

# SLUČAJ DUDGEON PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

(Predstavka broj 7525/76)

## PRESUDA

Strasbourg, 22. oktobra 1981. godine

U slučaju **Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva**, Evropski Sud za ljudska prava, donoseći odluku na plenarnom zasjedanju, shodno odredbi 48. Poslovnika, sastavljen od sledećih sudija; gospodina R. RYSSDALA (predsjednika), gospodina M. ZEKIAE, gospodina J. CREMONAE, gospodina THÓRA VILHJÁLMSSONA, gospodina W. GANSHOFA VAN DER MEERSCHA, gospođe D. BINDSCHEDLER-ROBERT, gospodina D. EVRIGENISA, gospodina G. LAGERGREN, gospodina L. LIESCHA, gospodina F. GÖLCÜKLÜA, gospodina F. MATSCHERA, gospodina J. PINHEIROA FARINHA, gospodina E. GARCIAE DE ENTERRIAE, gospodina L.-E. PETTITIJA, gospodina B. WALSHA, Sira VINCENTA EVANSA, gospodina R. MACDONALDA, gospodina C. RUSSOA, gospodina R. BERNHARDTA (sve sudije), od gospodina M.A. EISENA, sekretara Suda, i zamjenika gospodina H. PETZOLDA, zamjenika sekretara Suda, nakon vijećanja na zatvorenim sjednicama dana 24. i 25. aprila, i od 21. do 23. septembra 1981. godine, izriče sljedeću presudu udonijetu na posljednjeg navedenog datuma:

## POSTUPAK

1. Slučaj Dudgeon je upućen Sudu od strane Evropske komisije za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija). Slučaj je formiran iz predstavke protiv Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske (UK) koja je podnešena Komisiji 22. maja 1976. godine prema članu 25. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) od strane građanina Ujedinjenog Kraljevstva, g. Jeffrey Dudgeon-a.

2. Zahtjev Komisije je podnešen Sekretarijatu Suda dana 18. jula 1980. godine u roku od tri mjeseca kao što je predviđeno članovima 32., stav 1, i 47. (član 32-1, član 47). Zahtjev se odnosi na članove 44. i 48. i na deklaraciju Ujedinjenog Kraljevstva o priznavanju obavezne nadležnosti Suda (član 46). Svrha zahtjeva Komisije je da dobije odluku Suda o tome da li činjenice ovog slučaja ukazuju na kršenje od strane tužene države svojih obaveza prema članu 8. Konvencije, uzeto samostalno ili u vezi sa članom 14.

3. Vijeće od sedam sudija je, kao članove po službenoj dužnosti, uključilo Sir Vincent Evans-a, izabranog sudiju britanske nacionalnosti (član 43. Konvencije) i g. G. Balladore Pallieri-a, predsjednika Suda (pravilo 21. paragraf 3 (b) Pravilnika Suda). Dana 30. septembra 1980., predsjednik je, u prisustvu sekretara Suda, ždrijebom izvukao imena pet ostalih članova Vijeća, odnosno g. G. Wiarda, g. D. Evrigenis, g. G. Lagergren, g. L. Liesch i g. J. Pinheiro Farinha (član 43. Konvencije i pravilo 21., stav 4).

4. G. Balladore Pallieri je preuzeo dužnost predsjednika Vijeća (pravilo 21., stav 5). Preko sekretara Suda on je utvrdio stavove zastupnika Vlade UK (u daljem tekstu: Vlada/Država) i Delegata Komisije u pogledu postupka koji slijedi. Dana 24. oktobra 1980. godine, on je usmjerio zastupnike Vlade da do 24. decembra 1980. godine, podnesu predstavku, a delegati trebaju biti podstaknuti da podnesu odgovor na predstavku u roku od dva mjeseca od dana dostavljanja vladinih podnesaka od strane sekretara Suda. Dana 20. decembra, 1980. godine, g. Wiarda, potpredsjednik Suda, koji je zamijenio preminulog ranijeg predsjednika Vijeća g. Balladore Pallieri-a, (pravilo 21., stav 5.), je pristao da produži prvi od ovih rokova do 6. februara 1981. godine.

5. Dana 30. januara 1981., Vijeće je odlučilo da, u skladu sa pravilom 48. Poslovnika Suda, bez odlaganja prepusti nadležnost potpunom Sudu.

6. Vladin podnesak je primljena u Sekretarijat Suda dana 6. februara 1981. godine, a komisijin 1. aprila 1981. godine; komisijinoj predstavi su bila priključena zapažanja podnosioca predstave o vladinoj predstavi.

7. Nakon konsultacija putem sekretara Suda, zastupnik Vlade i delegata Komisije, g. Wiarda, koji je u međuvremenu izabran za predsjednika Suda, zakazao je dana 2. aprila 1981. godine usmenu raspravu za 23. april 1981. godine.

8. Dana 3. aprila 1981. godine, podnositelj predstave je pozvao Sud da sasluša svjedočenje stručnjaka, Dr. Dannacker-a, docenta na Univerzitetu Frankfurta. U pismu dostavljenom registru 15. aprila 1981. godine, Delegati Komisije tvrde da su ostavili na Sudu da odluči da li je takav dokaz neophodan.

9. Dokument je podnijela Vlada 14. aprila 1981. godine.

10. Usmene rasprave održane su javno u zgradi Suda, u Strasbourgu, 23. aprila 1981. godine. Neposredno prije otvaranja, Sud je održao pripremni sastanak i odlučio da ne sasluša svjedočenje stručnjaka.

Pred Sudom su se pojavili:

(a) U ime Države: gđa A. GLOVER, pravna savjetnica, Ministarstvo spoljnih poslova, agent, g. N. BRATZA, pravni advokat, g. B. KERR, pravni advokat, savjetnik, g. R. TOMLINSON, Kancelarija u kući, g. D. CHESTERTON, Kancelarija Sjeverne Irske, g. N. BRIDGES, Kancelarija Sjeverne Irske, savjetnik,

(b) U ime Komisije: g. J. FAWCETT, g. G. TENEKIDES, delegat, g. Lord GIFFORD, pravni advokat, g. T. MUNYARD, pravni advokat, g. P. CRANE, advokat, pomoćnik Delegatim prema pravilu 29., stav 1, druga rečenica, Pravilnik Suda.

Sud je saslušao obraćanja delegata i Lord Gifford-a Komisiji, i g. Kerr-a i g. Bratza Vladi. Lord Gifford je podnio razna dokumenta delegatima Komisije.

11. Dana 11. i 12. maja sekretar Suda je primio od strane zastupnika Vlade i delegata Komisije i njihovih asistenata pismene odgovore na određena pitanja postavljena od strane Suda i ili njihova pismena zapažanja o dokumentima podnijetim prije ili u toku saslušanja.

12. Septembra 1981. godine, gospodinu Wiardi je onemogućeno da učestvuje u razmatranju slučaja; g. Ryssdal je nakon toga predsjedavao Sudom kao potpredsjednik Suda.

## ČINJENICE

13. Gospodin Jeffrey Dudgeon, star 35 godina, otpremnik je i živi u Belfastu, u Sjevernoj Irskoj. Gospodin Dudgeon je homoseksualac, a njegovi prigovori se odnose prvenstveno na postojanje zakona u Sjevernoj Irskoj koji imaju uticaja da određene saglasne homoseksualne akte, među odraslim muškarcima, svrstavaju u krivična djela.

### A. Aktualni zakon u Sjevernoj Irskoj

14. Relevantne odredbe koje su na snazi u Sjevernoj Irskoj sadržane su u Zakonu o krivičnim djelima protiv osobe 1861 ("Zakon 1861"), u Zakonu o amandmanima u Krivičnom pravu 1885 ("Zakon 1885"), i u običajnom pravu. Pod odjeljcima 61. i 62. Zakona 1861, vršenje sodomije i pokušaj vršenja sodomije tretiraju se kao krivična djela koja se kažnjavaju maksimalno

doživotnim zatvorom, odnosno sa deset godina zatvora. U sodomiju spadaju polni analni odnos muškarca s muškarcem ili muškarca sa ženom, i polno analni ili vaginalni odnos muškarca ili žene sa životinjom. Po odjeljku 11. Zakona 1885, krivično djelo je kažnjivo s maksimalno dvije godine zatvora za svaku mušku osobu koja na javnom mjestu ili privatno počini "tešku povredu morala" s drugim muškarcem. "Teška povreda morala" nije zakonom definisana, ali se odnosi na bilo koji čin koji uključuje polno nemoralno ponašanje među muškim osobama; prema dokazima podnesenim Wolfendenovom odboru (vidjeti dolje stav broj 17.), to obično uključuje zajedničku masturbaciju, međusobni kontakt nogama ili bedrima, ili oralno - genitalan kontakt. U običajnom pravu, sam pokušaj da se počini krivično djelo samo po sebi predstavlja krivično djelo, pa u skladu s tim, to je krivično djelo koje uključuje pokušaj činenja čina navedenog u odjeljku 11. Zakona 1885. U teoriji, u Sjevernoj Irskoj pokušaj je kažnjiv neograničenom zatvorskom kaznom (ali u vezi s tim, vidjeti dolje stav 31.). Pristanak se ne priznaje kao odbrana za bilo koje od ovih krivičnih djela, pa se u tekstu zakona ne pravi nikakva razlika u pogledu na godine. Izvještaj o tome kako se zakon primjenjuje u praksi pružen je u stavovima dolje, od 29. do 31.

15. Homoseksualne radnje među ženama ne tretiraju se i nikada nijesu bile tretirane kao krivična djela, ali činom nemoralnog napada može se smatrati čin jedne žene ako to radi s drugom ženskom osobom koja ima manje od 17 godina. Što se heteroseksualnih odnosa tiče, krivično djelo je, uz određene izuzetke, ako muškarac ima polni odnos s djevojkom koja ima manje od 17 godina. Što se tiče heteroseksualnih odnosa, krivično je djelo, uz određene izuzetke, da muškarac ima seksualne odnose sa djevojkom mlađom od 17 godina. Do 1950. godine starosna granica za pristanak djevojke na seksualni odnos je bila 16 godina u Engleskoj, Velsu i Sjevernoj Irskoj, ali po zakonima koji su donešeni te godine starosna granica je u Sjevernoj Irskoj povećana na 17. Iako je u odnosu na ista krivična djela u Engleskoj i Velsu odbrana za muškarca mlađeg od 24 godine da pokaže da je vjerovao sa opravdanim razlogom da je djevojka bila starija od 16 godina, takva odbrana nije dostupna pod zakonom Sjeverne Irske.

## **B. Zakon i reforma zakona u ostalim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva**

16. Zakon 1861 i zakob 1885 donio je Parlament UK. Nakon što su izglasani, primjenjivani su na području Engleske, Velsa, i cijele Irske, koja je tada još bila nepodijeljena, dakle sastavni dio Ujedinjenog Kraljevstva, a Zakon 1885, i na Škotsku.

### **1. Engleska i Vels**

17. U Engleskoj i Velsu, aktualni zakon o homoseksualnim činovima među muškim osobama sadržan je u Zakonu o seksualnim krivičnim djelima 1956 ("Zakon 1956"), a nakon izmjena i dopuna, sadržan je u Zakonu o seksualnim krivičnim djelima 1967 ("Zakon 1967"). Zakon 1956, konsolidujući postojeće parlamentarne zakone, proglasio je krivičnim djelom čin bilo koje osobe koja se upušta u sodomiju s drugom osobom ili životinjom (odjeljak 12.), i krivičnim djelom ukoliko muškarac počini "čin grube nemoralnosti" s drugim muškarcem (odjeljak 13.). Zakon 1967, koji je u Parlamentu predložio zastupnik Donjeg doma Parlamenta, usvojen je kako bi se sprovele preporuke u vezi s homoseksualnošću, koje su navedene 1957. godine u Izvještaju odjeljnog odbora za homoseksualna krivična djela i prostituciju, osnovanog pod predsjedanjem Sira Johna Wolfendena („Wolfendenov odbor“ i „Wolfendenov izvještaj“). Odbor Wolfenden-a smatra da je funkcija krivičnog zakona u ovoj oblasti "da se očuva javni red i pristojnost, da se građani zaštite od onoga što je uvrijedljivo ili opasno i da se obezbijedi dovoljna zaštita od eksploatacije i korupcije drugih, naročito onih koji su posebno ranjivi kao što su mladi, fizički i psihički slabiji, neiskusni ili u stanju posebne fizičke, zvanične ili ekonomske zavisnosti", ali ne i "da se miješa u privatne živote građana, ili da ohrabruje neki određeni obrazac ponašanja više nego što je potrebno da se sprovedu ciljevi koje smo naveli." Wolfendenov odbor je zaključio da homoseksualno ponašanje među odraslim osobama uz pristanak i u privatnosti spada u po-

druže vlastitog morala ili nemorala, što kratko i ugrubo rečeno znači da se ne tiče zakona i više ne treba smatrati kriminalom. Zakonom 1967 izmijenjeni su odjeljci 12. i 13. Zakona 1956, pa je određeno da, osim u određenim izuzecima, kada se radi o mentalnim pacijentima, pripadnicima oružanih snaga i pripadnicima trgovačke mornarice, sodomija i grubi nemoralni činovi u privatnosti i uz pristanak među muškarcima starim 21 godinu ili više se ne trebaju tretirati kao krivična djela. I dalje, u svim okolnostima, izvršenje homoseksualnog čina s muškom osobom mlađom od 21 godine, tipa navedenog u gornjim odsjecima, tretira se kao krivično djelo. Punoljetstvo je u određene svrhe, uključujući mogućnost vjenčanja bez roditeljske dozvole i stupanje u ugovorne odnose, smanjeno sa 21 na 18 godina prema Podzakonskom Aktu o porodičnoj reformi iz 1969. godine. Dovoljna starost za glasanje i minimalna starost za porotnike je također smanjena na 18 godina prema Narodnom predstavničkom zakonu 1969. i Zakonu o krivičnom postupku 1972. Gornji dom Parlamenta je 1977. godine odbacio prijedlog zakona za spužanje starosne granice, dopuštene za homoseksualne činove koji se vrše privatno i uz pristanak, na 18 godina. Naknadno, u izvještaju koji je objavljen u aprilu 1981. godine, odbor koji je uspostavilo Ministarstvo unutrašnjih poslova preporučilo je da najniža starosna granica dopuštena za homoseksualne odnose među muškarcima treba biti smanjena na 18. Manjina koja je brojala pet članova tražila je smanjenje na 16.

## 2. Škotska

18. Kada je podnosilac tužbe podnio pritužbu 1976. godine, aktualni primjenjivani zakon bio je sličan zakonu koji je sada na snazi u Sjevernoj Irskoj. Odjeljak 7 (škotskog) Zakona o seksualnim krivičnim djelima 1976, koji predstavlja konsolidujuću odredbu kojom je utvrđen odjeljak 11. Zakona 1885, pokrio je krivično djelo grubog nemorala; krivično djelo sodomije već je postojalo u običajnom pravu. Međutim, javni tužiocci su tvrdili u Parlamentu da njihova politika nije da gone osobe u vezi s aktima koji ne bi bili kažnjivi da je Zakon 1967 bio primjenjivan i u Škotskoj. (Škotski) Zakon o kaznenim krivičnim djelima 1980 ("Zakon 1980") je i formalno uskladio škotski zakon sa zakonom Engleske i Velsa. Kao i u slučaju Zakona 1967, promjena zakona nastala je kroz amandmane koje je u Parlamentu predložio jedan obični zastupnik.

## C. Ustavni položaj Sjeverne Irske

19. Putem Zakona o Vladi Irske 1920, koji je donio Parlament UK, osnovan je poseban Parlament za Sjevernu Irsku, koji je bio ovlašćen da reguliše sva zakonska područja koja su mu prepuštena tim zakonom, uključujući i krivični i socijalni zakon. Osnovano je i izvršno tijelo, poznato kao Vlada Sjeverne Irske, s ministrima odgovornim za razna područja koja pripadaju tom zakonu. Sporazumno, tokom postojanja Parlamenta Sjeverne Irske (1921. – 1972.), Parlament UK rijetko je, ako ikad, za Sjevernu Irsku regulisao područja vezana s prepuštenim nadležnostima, posebno socijalna pitanja, koja su bila u nadležnosti tog bivšeg parlamenta.

20. U martu 1972. godine, zamrznut je rad Parlamenta Sjeverne Irske, pa je Sjeverna Irška podvrgavana direktnom upravljanju iz Westminstera (vidjeti presudu od 18. januara 1978. godine, u slučaju Irška protiv UK, Serije A br. 25, strane 10., 20. i 21., stavovi 19. i 49.). Od tog dana, osim perioda od pet mjeseci 1974. godine kada su određene zakonodavne i izvršne nadležnosti prenesene na Skupštinu i Egzekutivu Sjeverne Irske, donošenje zakona u svim područjima prešlo je u nadležnost Parlamenta UK. U Donjem domu Parlamenta UK, dvanaest zastupnika, od njih ukupno 635, predstavlja biračko tijelo Sjeverne Irske. Po odredbama koje su sada na snazi, nadležnost donošenja zakona prenešena je na Njeno Veličanstvo da donosi zakone za Sjevernu Irsku prema Naredbama Savjeta. Ako nema urgentnih razloga, Njenom Veličanstvu se ne mogu nuditi preporuke da izda Naredbe u Savjetu po ovim odredbama, osim ako nije odobren nacrt Naredbe od strane oba doma Parlamenta. Odgovornost je Vlade da pripremi nacrt Naredbe i izloži ga Parlamentu za odobrenje. Nacrt može biti odobren ili odbijen jedino u potpunosti Parlamenta,

ali ne može biti izmijenjen. Funkcija Kraljice u Savjetu je, u izradi Naredbi nakon što su one odobrene od strane Parlamenta, čista formalnost. U praksi, veliki dio zakonodavstva Sjeverne Irske se ostvaruje na ovaj način umjesto putem sredstava Zakona Parlamenta.

#### D. Prijedlozi za reformu u Sjevernoj Irskoj

21. U Parlamentu Sjeverne Irske nijesu nikada predložene mjere koje se mogu porediti sa Zakonom 1967, ni od strane Vlade Sjeverne Irske ni od bilo kojeg zastupnika.

22. U julu 1976. godine, nakon neuspjeha Ustavne konvencije Sjeverne Irske da za Sjevernu Irsku razradi zadovoljavajući oblik vladavine koja bi se sastojala od prenesenih ovlašćenja, tadašnji ministar za Sjevernu Irsku najavio je da će se Vlada UK, posebno u cilju boljeg usklađivanja zakona Sjeverne Irske sa zakonima u ostalim djelovima zemlje, baviti intenzivno potrebom za zakonodavstvom za područja za koja se do tada mislilo da je najprimjerenije prepustiti budućoj vladi na koju bi te nadležnosti bile prenesene. Naveo je homoseksualnost i razvode kao moguća područja djelovanja. Međutim, priznavši poteškoće u vezi s tim pitanjima u Sjevernoj Irskoj, ukazao je na to da su dobrodošla mišljenja lokalnih ljudi, uključujući i stavove Stalne savjetodavne komisije za ljudska prava ("Savjetodavne komisije") i stavove zastupnika koji u Parlamentu predstavljaju biračko tijelo Sjeverne Irske.

23. Dakle, pozvana je bila i Savjetodavna komisija, kao nezavisno izvršno tijelo, da razmatra ta pitanja. Što se homoseksualnih krivičnih djela tiče, Savjetodavna komisija je dobila niz dokaza od brojnih osoba i organizacija (religijskih i svjetovnih). Savjetodavna komisija nije dobila nikakvu predstavku od Rimokatoličke crkve niti od bilo kojeg od dvanaest poslanika Sjeverne Irske u Donjem domu Parlamenta UK. Savjetodavna komisija je svoj izvještaj objavila u aprilu 1977. godine. Savjetodavna komisija je zaključila da većina ljudi ne smatra zadovoljavajućim zadržavanje postojećih razlika među zakonima koji se odnose na homoseksualnost, i da bi se tek nekolicina suprotstavljala promjenama kojima bi zakon Sjeverne Irske bio usklađen sa zakonom Engleske i Velsa. S druge strane, nije smatrala da bi bio podržan zakon kojim bi se išlo dalje, posebno zakon kojim bi se snizila starosna granica za saglasne homoseksualne odnose. Savjetodavna komisija je preporučila da se zakon Sjeverne Irske treba uskladiti sa zakonom 1967, ali da budući amandmani na Zakon 1967 ne trebaju se automatski primjenjivati u Sjevernoj Irskoj.

24. Dana 27. jula 1978. godine, Vlada je objavila prijedlog nacрта Uredbe o homoseksualnim krivičnim djelima 1978 (za Sjevernu Irsku), kojom bi zakon Sjeverne Irske, koji se odnosi na tu tematiku, bio značajno usklađen sa zakonom Engleske i Velsa. Posebno, homoseksualni činovi privatno i uz pristanak od strane dvojice odraslih muškaraca iznad 21 godine starosti ne bi bili više kažnjivi. U predgovoru prijedloga, nadležni ministar je izjavio da je "država uvijek prepoznavala da je homoseksualnost pitanje o kojem su neki ljudi u Sjevernoj Irskoj jako savjesni ili imaju vjerska mišljenja". On je sumirao glavne argumente za i protiv promjena: "Ukratko, postoje dvije različite tačke posmatranja. Prvo, bazirano na religijskim principima, smatra da su homoseksualne radnje, pod bilo kojim okolnostima, nemoralne i da bi se trebao koristiti krivični zakon koji će sprovoditi moralno ponašanje tretirajući ih kao krivično djelo. Drugo gledište pravi razliku, sa jedne strane, da oblast privatnog morala u okviru koje pojedinac homoseksualac može (kao stvar građanske slobode) da ostvari svoje pravo na savjest, i, sa druge strane, oblast od javnog interesa gdje države trebaju i moraju da koriste zakon za zaštitu društva i posebno zaštitu djece, onih koji su mentalno zaostali i drugih koji su nesposobni za važeću ličnu saglasnost. Tokom razgovora sa religijskim i drugim grupama, čuo sam oba ova gledišta izražena sa iskrenošću i razumijem ubjeđenja koja su u osnovi oba posmatranja. Pored toga, postoje i druga shvatanja koja se moraju uzeti u obzir. Na primjer, naglašeno je da je sadašnji zakon teško sprovesti, da strah od izloženosti može izazvati nezadovoljstvo ne samo homoseksualca već i njegove porodice i prijatelja. Priznajući ova različita gledišta, vjerujem ne bi trebalo da previdimo zajednički osnov. Većina ljudi će se složiti da se mladima mora pružiti posebna zaštita; i većina ljudi će se takođe složiti da zakon treba da bude u

stanju da se sprovede. Štaviše, oni koji su protiv reformi imaju solidarnost i poštovanje individualnih prava isto onoliko koliko su oni, koji su za reformu, zabrinuti za dobrobit društva. Za pojedince u društvu, kao i za državu, teško je doći do uravnotežene presude”. Poziva se na javni komentar o predloženom amandmanu zakona.

25. Brojni komentari, upućeni Vladi kao odgovor na njen poziv tokom i nakon formalnog perioda za konsultacije, razotkrili su značajne razlike u mišljenjima. Prilikom jednostavnog brojanja glasova, utvrđeno je da se velika većina pojedinaca i institucija protivi predloženom nacrtu te uredbe. Među onima koji su se protivili promjenama bio je određen broj viših sudija, okružnih vijeća, (protestantskih) Narandžastih loža i drugih organizacija koje uopšteno imaju religijski karakter, a u nekim slučajevima učestvuju i u aktivnostima za mlade. Peticija za “Sačuvaj Ulster od sodomije”, koju je organizovala Demokratska stranka unionista koju predvodi gospodin Ian Paisley, poslanik/član Donjeg doma Parlamenta UK, sakupila je oko 70.000 potpisa. Najjače protivljenje pokazale su određene religijske grupe. Biskupi Rimokatoličke crkve prijedlog su kvalifikovali kao poziv društvu Sjeverne Irske da radikalno promijeni svoj moralni kodeks na način kojim bi se stvarali ozbiljniji problemi od onih koji se mogu pripisivati aktualnom zakonu. Biskupi Rimokatoličke crkve tvrde da ovakva promjena u zakonu može da dovede do daljeg pada moralnih standarda i do moralne slabosti koja bi mogla da ugrozi i stavi neželjeni pritisak na one najosjetljivije, posebno mlade. Slično, Prezbiterijska crkva u Irskoj, razumjevši argumente za promjenu, istakla je da uklanjanje homoseksualnih postupaka (izvršenih privatno i uz pristanak od strane odraslih muškaraca) iz nadležnosti krivičnog zakona javnost može shvatiti kao implicitnu dozvolu, ako ne i odobrenje za takve radnje, i kao promjenu javne politike ka daljem popuštanju moralnih principa. Najjača podrška za promjene došla je iz organizacija koje predstavljaju homoseksualce, i iz agencija za socijalni rad. Oni su tvrdili da je postojeći zakon nepotreban, i da stvara nevolje i neprilike za značajnu manjinu osoba na koje se odnosi. Urgirali su da područje morala bude odvojeno od krivičnog zakona, i da u toj sferi obzir prema ličnoj slobodi pojedinca mora biti najvažniji. Sa svoje strane, Stalni Odbor opšteg sinoda crkve u Irskoj prihvatio je da bi homoseksualni činovi u privatnosti između odraslih osoba starosti od 21 i preko godina, trebali biti uklonjeni iz oblasti krivičnog djela, ali je u amplifikaciji prokomentarisao da to ne znači da Crkva smatra homoseksualnost prihvatljivom normom. Štampani izvještaji ukazali su na to da je većina političkih formacija iskazala pozitivne stavove. Međutim, ni jedan od 12 sjevernoirskih članova Parlamenta nije javno podržao predloženu reformu, a nekolicina njih otvoreno joj se usprotivila. Ispitivanje javnog mnjenja, iz januara 1978. godine u Sjevernoj Irskoj, pokazalo je da su ispitanici bili podjednako podijeljeni oko opšteg pitanja poželjnosti reformisanja zakona o razvodima i homoseksualnosti kako bi ga se uskladilo sa zakonom Engleske i Velsa.

26. Dana 2. jula 1979. godine, tadašnji ministar Sjeverne Irske, u obavještenju za Parlament da Vlada neće raditi na predloženoj reformi, izjavio je: “Konsultacije su pokazale da u Sjevernoj Irskoj postoje čvrsti stavovi za i protiv postojećeg zakona. Iako nije moguće sa sigurnošću reći što većina ljudi u pokrajini misli, očigledno je da postoji znatan broj stavova (uključujući i širok opseg religijskih i političkih stavova) koja su protiv predloženih promjena ... Vlada je takođe uzela u obzir i činjenicu da je izrada zakona o sferi kao što je to ova navedena u nacrtu direktive tradicionalno uvijek bila prije svega stvar inicijative poslanika a tek onda vlade. Stoga, Vlada za sada predlaže da sama ne vrši dalje radnje ..., ali spremna je da ponovo razmatra pitanje ukoliko u budućnosti bude relevantnih okolnosti.”

27. U svom godišnjem izvještaju za 1979. - 1980. godinu, Savjetodavna komisija ponovo je navela svoje stavove da zakon treba reformisati. Ta je komisija iskazala uvjerenje da postoji opasnost da se s procjenom broja protivnika reforme pretjeralo.

28. Otkad je 1972. godine zamrznut rad Parlamenta Sjeverne Irske (vidjeti gore stav broj 20.), od strane glavnih političkih organizacija ili pokreta u Sjevernoj Irskoj nije bilo nikakvih inicijativa upućenih zakonodavcu za izmjenu zakona 1861 i 1885.

## E. Sprovođenje zakona u Sjevernoj Irskoj

29. Prema opštem pravu, svi, dakle i pojedinci, imaju pravo podnijeti tužbu za homoseksualna krivična djela, u skladu s ovlaštenjima upravnika Javnog tužilaštva da preuzima vođenje postupka ili da obustavi isti ukoliko to smatra prikladnim. Podaci o procesima protiv homoseksualnih nedjela između 1972. i 1981. godine pokazuju da u tom period nijedan proces nije pokrenut od strane fizičke osobe.

30. U Sjevernoj Irskoj tokom perioda od januara 1972. do oktobra 1980. godine vođena su 62 procesa protiv homoseksualnih krivičnih djela. Velika većina ovih slučajeva uključivala je maloljetne osobe, dakle osobe mlađe od 18 godina, a nekoliko postupaka je uključilo osobe stare od 18 do 21, osobe s mentalnim oštećenjima i zatvorenike. Po saznanjima države na osnovu pregleda spisa, tokom navedenog perioda, nijedna osoba u Sjevernoj Irskoj nije procesuirana za čin koji očigledno ne bi bio tretiran kao krivično djelo u Engleskoj i Velsu. Međutim, ne postoji politika kojom se garantuje da takvi činovi neće biti procesuirani. Po objašnjenju države Sudu, direktivama koje vrijede u kancelariji upravnika Javnog tužilaštva zadržava se pravo da upravnik, u dogovoru s javnim tužiocem, lično odluči da li da pokrene ili ne pokrene postupak prilikom svakog pojedinačnog slučaja, te, nakon razmatranja svih činjenica i okolnosti slučaja, jedini kriterijum za tu odluku je ocjena o tome da li bi postupak bio u javnom interesu.

Prema državi, najveće propisane kazne po Zakonima 1861 i 1885 su prikladne samo za najgore slučajeve tih krivičnih djela, pa u praksi nijedan sud ne bi nikad ni pomislio da izrekne maksimalnu kaznu za krivična djela počinjena od strane saglasnih strana privatno ili javno. Dalje, iako muškarcu krivom za pokušaj počinjenja teške povrede morala može biti izrečena neograničena kazna, nikada mu ne bi bila izrečena kazna veća od one propisane za već počinjeno krivično djelo, dakle uopšte, izrečena kazna bila bi znatno manja. U svim slučajevima homoseksualnih krivičnih djela, izrečena kazna zavisice od pojedinačnih okolnosti.

## F. Lične okolnosti podnosioca tužbe

32. Podnosilac tužbe, prema ličnom iskazu, po svojoj volji je homoseksualac od svoje četrnaeste godine. Već neko vrijeme, on i drugi sprovode kampanju kojoj je cilj da uskladi zakon koji je na snazi u Sjevernoj Irskoj sa zakonom koji je na snazi u Engleskoj i Velsu, i ukoliko bude moguće, da smanji dozvoljenu starosnu granicu za međusobno saglasne homoseksualne odnose na manje od 21 godinu.

Dana 21. januara 1976. godine, policija je otišla na adresu gospodina Dudgeona da bi izvršila nalog koji je izdat po Zakonu o zloupotrebi droga iz 1971. godine. Prilikom pretresa kuće pronađena je određena količina kanabisa, nakon čega je jedna, druga, osoba optužena za krivično djelo vezano sa drogama. Lični zapisi, uključujući i pisma i dnevnik podnosioca tužbe, u kojima su opisane njegove homoseksualne aktivnosti, takođe su bili pronađeni i oduzeti. Radi toga, pozvali su ga u policijsku stanicu gdje su ga zbog tih papira ispitivali oko četiri i po sata o njegovom seksualnom životu. Policijski zapisnik o toj istrazi poslali su upravniku tužilaštva. To je bilo razmotreno s namjerom podnošenja tužbe za tešku povredu morala među muškarcima. Upravnik je, nakon konsultacija s javnim tužiocem, odlučio da ne bi bilo u javnom interesu pokrenuti postupak. Gospodin Dudgeon je o tome obaviješten u februaru 1977. godine, te su mu papiri, sa bilješkama ispisanim po njima, vraćeni.

## POSTUPCI PRED KOMISIJOM

34. U svojoj predstavi podnijetoj Komisiji dana 22. maja 1976. godine, gospodin Dudgeon je tvrdio da:

- postojanje odredbi u aktuelnom krivičnom zakonu Sjeverne Irske po kojima se različite radnje muških homoseksualaca mogu tretirati kao krivično djelo, te policijska istraga u januaru 1976. godine predstavljaju neopravdano kršenje njegovog prava na poštovanje privatnog života, što je u suprotnosti sa članom 8. Konvencije;

- je, po sadržaju člana 14. Konvencije, bio podvrgnut diskriminaciji na osnovu polne orijentacije, seksualnosti i prebivališta.

Podnosilac predstavke je takođe tražio naknadu.

35. Odlukom od 3. marta 1978. godine, Komisija je proglasila prihvatljivim pritužbe podnosioca tužbe u vezi s aktualnim zakonima Sjeverne Irske, po kojima su zabranjeni homoseksualne radnje (i pokušaji činjenja istih) među muškarcima, ali neprihvatljivim njegove pritužbe u vezi s postojećom kategorizacijom u običajnom pravu Sjeverne Irske, po kojoj određene radnje predstavljaju krivična djela. U svom izvještaju, usvojenom 13. marta 1980. godine, (na osnovu člana 31. Konvencije), Komisija je izrazila mišljenje da:

- pravna zabrana privatnih homoseksualnih činova uz pristanak muških osoba mlađih od 21 godine nije kršenje prava podnosioca tužbe ni po članu 8. (osam glasova prema dva), ni po članu 14. u kombinaciji s članom 8 (osam glasova prema jedan, jedan uzdržan);

- prema članu 8., pravna zabrana takvih činova među muškim osobama starijim od 21 godine krši pravo podnosioca tužbe na poštovanje privatnog života (devet glasova prema jedan);

- nije potrebno razmotriti pitanje da li posljednja zabrana takođe krši član 14. razmatran u kombinaciji s članom 8. (devet glasova prema jedan).

Izvještaj sadrži jedno zasebno mišljenje.

## FINALNI PODNESCI ZA SUD

36. Na rasravi održanoj dana 23. aprila 1981. godine, država je sačuvala podneske, kojim je tražila od Suda:

(1) U vezi sa članom 8. (član 8)

Da donese odluku i objavi da sadašnji zakoni u Sjevernoj Irskoj, koji se odnose na homoseksualne činove, ne dovode do povrede člana 8. Konvencije, zakoni su neophodni u demokratskom društvu radi zaštite morala i za zaštitu prava drugih za potrebe stava 2, člana 8.

(2) U pogledu člana 14, u vezi sa članom 8 (članovi 14+8)

(i) Da donese odluku i objavi da činjenice ukazuju da nije postojala povreda člana 14., u vezi sa članom 8. Konvencije; alternativno, ukoliko je utvrđena ili ako se utvrdi povreda člana 8. Konvencije,

(ii) Da donese odluku i objavi da je neophodno da se ispita pitanje da li zakoni u Sjevernoj Irskoj, koji se odnose na homoseksualne činove, dovode do posebne povrede člana 14., u vezi sa članom 8. Konvencije”.

## PRAVO

### I. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 8.

#### A. Uvod

37. Podnosilac tužbe žalio se da bi on, usljed zakona koji su na snazi u Sjevernoj Irskoj, mogao biti podvrgnut krivičnom gonjenju zbog svoje homoseksualne orijentacije, i da je doživljavao i proživljavao strah, patnje i psihološki stres, uključujući i strah od šikaniranja i ucjenjiva-



nja, direktno prouzrokovanih samim postojanjem pomenutih zakona. Dalje, žalio se da je nakon pretresa njegove kuće u januaru 1976. godine bio ispitan u policiji o određenim homoseksualnim aktivnostima, i da su prilikom tog pretresa njegovi lični papiri bili oduzeti i da mu nijesu bili vraćeni duže od godinu dana. Naveo je da je usljed toga pretrpio i nastavlja trpjeti neopravdano kršenje njegovog prava na poštovanje privatnog života, što je suprotno članu 8. Konvencije.

38. Članak 8 glasi:

„1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i dopisivanja.“

2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne bezbjednosti, javnog reda i mira, ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi spriječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

39. Iako sama homoseksualnost nije zabranjena zakonom već određeni akti/radnje povrede morala i sodomija među muškarcima (vidjeti gore stav broj 14.), nema sumnje da homoseksualne radnje čija je zabrana povod pritužbi podnosioca tužbe spadaju u okvir nedjela kažnjivih spornim zakonima; to je osnova ovog slučaja, o kojoj su Država, podnosilac tužbe i Komisija predstavili svoje argumente. Dalje, po tim zakonima smatra se da je krivično djelo počinjeno bez obzira da li je čin izvršen privatno ili javno, bez obzira na starost ili odnose osoba koji su dio toga, i bez obzira na pristanak. Ipak, iz podnesaka gospodina Dudgeona vidljivo je da se njegove pritužbe u osnovi odnose na činjenicu da se po zakonu Sjeverne Irske homoseksualne radnje, koje bi on mogao napraviti s drugim muškarcima koji mogu dati valjan pristanak, ubrajaju u krivično djela.

## **B. Postojanje kršenja prava iz člana 8.**

40. Komisija nije našla razlog za sumnju u navode podnosioca tužbe, koji se odnose na strah i stres, koje je on proživljavao usljed postojanja pomenutih zakona. Komisija je jednoglasno utvrdila da zakoni na koje se pritužbe odnose krše pravo podnosioca tužbe na poštovanje privatnog života, što je garantovano članom 8.,stav 1., budući da su tim zakonima zabranjene homoseksualne radnje izvedene privatno i uz pristanak među muškarcima (vidjeti stavove 94. i 97. izvještaja Komisije). Država nije potvrdila tu tezu, ali nije osporila to da ti zakoni direktno pogađaju gospodina Dudgeona, kao ni to da on, po članu 25. Konvencije, ima pravo da tvrdi da je “žrtva tih zakona“. Takođe, Država nije osporila ni gore navedeni zaključak Komisije.

41. Sud ne vidi nikakav razlog za neslaganje sa stavovima Komisije budući da, prema sadržaju člana 8.,stav 1., važenje tih osporenih zakona predstavlja kršenje prava podnosioca tužbe na poštovanje privatnog života (što uključuje i njegov seksualni život). Kada se radi o situaciji u kojoj se podnosilac tužbe nalazi, samo postojanje tih zakona trajno i direktno pogađa njegov privatni život (vidjeti uz nužne izmjene, presudu Marckx od 13. juna 1979. godine, Serija A broj 31, stranica 13, stav 27.); dakle, njemu su ostavljena dva izbora: ili da poštuje zakon i se suzdržava da bude dio u zabranjenim seksualnim radnjama s drugim muškarcima (čak ni privatno i uz pristanak), kojima je on sklon usljed svojih homoseksualnih sklonosti, ili da bude dio u takvim radnjama i tako postane predmet krivičnog gonjenja. Ne može se reći da su predmetni zakoni, koji regulišu ovo područje, mrtvo slovo na papiru. Ti zakoni su bili primjenjivani, i dalje se primjenjuju za progon osoba mlađih od 21 godinu, koje privatno i uz pristanak učestvuju u homoseksualnim radnjama (vidjeti gore stav broj 30.). Iako se čini da posljednjih godina nije bilo pokrenutih procesa protiv muškaraca, starijih od 21 godine, koji su učestvovali u takvim radnjama (izuzev u slučajevima pacijenata s mentalnim smetnjama), ne postoji deklarirana politika vlasti da neće primijeniti zakon u ovakvim slučajevima. Pored toga, osim mogućnosti progona od strane upravnika javnog tužilaštva, i dalje ostaje mogućnost privatne tužbe (vidjeti gore stav 29.). Dodatno, policijska istraga u januaru 1976. godine bila je poseban način primjene pomenutih zakona - bez ob-

zira na to što nije došlo do pokretanja postupka – što je podnosiocu tužbe direktno narušilo pravo na poštovanje privatnog života (vidjeti gore stav broj 33). To samo po sebi pokazuje da su za njega prijetnje koje proizlaze iz tog zakona bile stvarne.

### C. Postojanje opravdanja za kršenje prava utvrđenih od strane Suda

42. Prema podnesku Države, zakon Sjeverne Irske koji se odnosi na homoseksualne činove ne predstavlja kršenje člana 8., budući da je opravdan odredbama stava 2 tog člana. Ovu tvrdnju osporili su i podnosilac tužbe i Komisija.

43. Kršenje prava koja su garantovana članom 8. neće biti u skladu sa stavom 2 tog člana, ako to kršenje “nije u skladu sa zakonom“, i ako cilj po tom stavu nije legitiman i “nužan u demokratskom društvu“ (vidjeti uz nužne izmjene, presudu Young, James i Webster od 13. avgusta 1981. godine, Serija A broj 44, stranica 24, stav 59.).

44. Nijedna strana nije izjavila da prvi uslov nije bio ispunjen. Kao što je to Komisija istakla u stavu 99 svog izvještaja, potpuno jasno je da je kršenje bilo “u skladu sa zakonom“ budući da proizlazi iz samog postojanja određenih odredbi u Zakonima 1861 i 1885 i u običajnom pravu (vidjeti gore stav 14.).

45. Dalje, treba biti ustanovljeno da li je kršenje bilo radi “zaštite morala“ ili radi “zaštite prava i sloboda drugih“, budući da je i jedno i drugo dužnost države.

46. Zakoni 1861 i 1885 usvojeni su da bi ozakonili tadašnje prevladavajuće shvatanje polnog morala. Tada su oni vrijedili za Englesku, Vels i cijelu Irsku koja nije bila podijeljena, a zakon 1885 je vrijedio i za Škotsku (vidjeti gore stav broj 16.). Posljednjih godina, zakonom iz 1967. godine, u Engleskoj i Velsu smanjen je okvir tih zakona, a kasnije zakonom 1980 to je učinjeno i u Škotskoj; uz određene izmjene, više nije krivično djelo da dvojica muškaraca iznad 21 godine privatno i uz međusobni pristanak budu učesnici u homoseksualnim činovima (vidjeti gore stavove broj 17. i 18.). Za razliku od toga, zakon je u Sjevernoj Irskoj ostao nepromijenjen. Sud prihvata da je odluka, iz jula 1979. godine, da se ne poduzmu dalji koraci u vezi s prijedlogom za izmjenu postojećeg zakona bila podstaknuta onim što je Vlada UK okarakterisala kao snagu osjećaja u Sjevernoj Irskoj protiv predloženih izmjena, i posebno kao snagu stavova da bi te izmjene ozbiljno oštetile tkivo morala društva u Sjevernoj Irskoj (vidjeti gore stavove broj 25. i 26.). Usljed toga, opšti cilj zakonodavca bio je zaštita morala u smislu moralnih standarda dominantnih u Sjevernoj Irskoj.

47. I Komisija i Država drže da sve dok zakonodavac teži da zaštiti mlade osobe od nepoželjnih i štetnih pritisaka i pažnji, istovremeno je usmjeren i prema “zaštiti prava i sloboda drugih“. Sud priznaje da jedan od ciljeva zakonodavstva da pruža zaštitu za ranjive članove društva, kao što su mladi, protiv posljedica homoseksualnih aktivnosti. Ipak, bilo bi nekako neprirodno da se u ovom kontekstu pravi stroga razlika između „zaštite prava i sloboda drugih“ i „zaštite morala“. “Zaštita morala“ može da podrazumijeva zaštitu moralnog etosa društva ili standarda morala društva kao cjeline (vidjeti stav 108. izvještaja Komisije), ali takođe može, kao što je to Država istakla, da pokriva zaštitu moralnih interesa i dobrobiti specifičnog dijela društva, kao što su na primjer učenici osnovnih škola (vidjeti presudu Handyside od 7. decembra 1976. godine, Serija A broj 24, stranica 25, stav 52 (sažeto) u odnosu na stav 2 člana 10. Konvencije.) Zato, “zaštita prava i sloboda drugih“ kada to predstavlja zaštitu moralnih interesa i dobrobit specifičnih pojedinaca ili grupa, kojima je potrebna posebna zaštita usljed razloga kao što su još nedostignuta zrelost, mentalna zaostalost ili stepen zavisnosti, takođe predstavlja i jedan aspekt “zaštite morala“ (vidjeti, uz određene neophodne izmjene, presudu The Sunday Times od 26. aprila 1979. godine, Serija A broj 30, stranica 34, stav 56). Sud će se zato fokusirati na ova dva cilja ove osnove.

48. Kao što je to Komisija s pravom navela u svom izvještaju (u stavu 101), u ovom slučaju glavna sporna tačka prema članu 8. je do koje je mjere “nužno“, odnosno da li je uopšte “nužno u demokratskom društvu“ imati zakone s takvim odredbama radi tih ciljeva.

49. Ne može se poreći opravdanost toga da je “i u demokratskom društvu nužno“ putem Kaznenog zakona u nekoj mjeri regulisati homoseksualno ponašanje među muškarcima, baš kao što je to nužno i za sve druge oblike seksualnog ponašanja. Prema riječima Wolfendenovog izvještaja (vidjeti gore stav 17.), krajnja svrha Krivičnog zakona za ovo područje je “čuvati javni red i moral, i zaštititi građanina od onoga što je uvredljivo ili štetno.“ Dalje, ova potreba za određenim oblikom nadzora može dalje da obuhvata i privatne činove uz pristanak, prvenstveno kada je to potrebno “kako bi se obezbijedila dovoljna zaštita protiv iskorištavanja i kvarenja drugih, to jest kako bi posebno bili šticeeni oni koji su posebno ranjivi usljed toga što su mladi, fizički ili mentalno slabi, neiskusni, ili zavisni od drugih fizički, pravno ili ekonomski“. Zapravo, sve države članice Savjeta Evrope imaju zakon koji to reguliše, ali ono po čemu se zakon u Sjevernoj Irskoj razlikuje od zakona u velikoj većini država članica jeste to da su njime uopšteno i u svim okolnostima zabranjene nemoralne radnje između muškaraca i analni polni odnosi. Prihvatajući “potrebu“ za nekim oblikom zakonske regulacije ovog područja radi zaštite određenih grupa kao i moralnog etosa društva u cjelini, pitanje u ovom konkretnom slučaju je da li su sporne odredbe zakona u Sjevernoj Irskoj i sprovođenje istih unutar granica koje se u demokratskom društvu mogu smatrati potrebnim za postizanje tih ciljeva.

50. U prethodnim presudama Suda navedeni su brojni relevantni principi za ocjenu “potrebe“ mjera za podržavanje ciljeva koji su prema Konvenciji legitimni “u demokratskom društvu“.

51. Prvo, riječ “potreban“ u ovom kontekstu nema fleksibilnost koju imaju riječi kao što su “koristan“, “razuman“ ili “poželjan“ nego podrazumijeva postojanje “neodložive potrebe društva“ za pomenutim narušavanjem prava (vidjeti gore navedenu presudu Handyside, stranica 22, stav 48.).

52. Drugo, nacionalne vlasti, uz stepen diskrecije, imaju prednost da ocijene neodložive potrebe društva u svim pojedinačnim slučajevima (vidjeti na istom mjestu). Ipak, njihova odluka podliježe razmatranju od strane Suda (na istom mjestu, stranica 23, stav 49.). Kao što je to ilustrovano u presudi Sunday Times, stepen diskrecije nije identičan za svaki cilj kojim se opravdava povreda određenog prava (stranica 36, stav 59). Iz presude Handyside Država je zaključila da će stepen diskrecije biti veći kada se radi o zaštiti morala. Kao što je to Sud naveo u presudi Handyside, neosporna je činjenica da stav o mehanizmima zaštite morala, posebno u našem dobu, varira s vremena na vrijeme i od područja do područja, pa, budući da su javne vlasti u direktnom i stalnom kontaktu s ključnim snagama u svojim zemljama, one su po pravilu u boljem položaju od međunarodnih sudija da oforme svoje mišljenje o tačnom sadržaju tih mehanizama (stranica 22, stav 48.). Ipak, na opseg diskrecije neće uticati samo priroda cilja restrikcije već i priroda samih aktivnosti. Postojeći slučaj se odnosi na najintimniji aspekt privatnog života. Stoga, moraju postojati ozbiljni razlozi da bi narušavanje određenog prava od strane javnih vlasti bilo legitimno po članu 8., stav 2.

53. Konačno, u članu 8., kao i u nekoliko drugih članova Konvencije, pojam “potrebe“ vezan je za pojam “demokratskog društva“. Prema prethodnim slučajevima Suda, restrikcija određenog prava iz Konvencije ne može se smatrati “potrebnom u demokratskom društvu“, glavne karakteristike koje su tolerancija i širokournost, ako je, između ostalog, nesrazmjerna legitimnoj ciljnoj svrsi (vidjeti gore navedenu presudu Handyside, stranica 23, stav 49., i gore navedenu presudu Young, James i Webster, stranica 25, stav 63.).

54. Dužnost Suda je da na osnovu gore navedenih principa ocijeni da li su ponuđeni razlozi, kojima se želi opravdavati kršenje određenog prava, relevantni i zadovoljavajući po član 8., stav 2, (vidjeti gore navedenu presudu Handyside, stranice 23. i 24., stav 50.). Nije dužnost Suda da ocjenjuje moralnost homoseksualnih odnosa među odraslim muškarcima.

55. Prikladno je započeti s razmatranjem ponuđenih razloga u obrazloženju Države, kojima se ona protivi zaključku Komisije da zabrana pod prijetnjom kaznenog progona privatnih homoseksualnih činova uz pristanak među muškim osobama iznad 21 godine nije opravdana po član 8. stav 2. (vidjeti gore stav 35.).

56. Prvo, Država je skrenula pažnju Suda na to što je ona opisala kao osnovne razlike u stavovima i javnom mnjenju o moralu između Sjeverne Irske i Velike Britanije. Rečeno je da je sjevernoirsko društvo konzervativnije i da više obraća pažnju na religijske činioce, što je iskazano restriktivnijim zakonima čak i za područje heteroseksualnog ponašanja (vidjeti gore stav broj 15.). Iako je podnosilac tužbe kvalifikovao ovu tvrdnju kao preuveličanu, Sud prihvata to da takve razlike u nekoj mjeri postoje i da su one relevantan faktor. Kao što su to naglasile i Komisija i Država, prilikom ocjenjivanja spornih mjera zaštite morala u Sjevernoj Irskoj, one moraju biti razmatrane u kontekstu sjevernoirskog društva. Činjenica da se slične mjere ne smatraju potrebnim u drugim djelovima Ujedinjenog Kraljevstva ili u drugim zemljama članicama Savjeta Evrope ne znači da one nijesu potrebne u Sjevernoj Irskoj (vidjeti uz neophodne određene izmjene, gore navedenu presudu *Sunday Times*, stranice 37 - 38, stav 61.; uporediti i s gore navedenom presudom *Handyside*, stranice 26 - 28, stavovi 54. i 57.). Ondje gdje postoje zajednice različitih kultura, koje žive na istom mjestu, može se očekivati miješanje države u određivanju moralnih i društvenih mjera zaštite.

57. Kao što je to Država ispravno obrazložila, moralna klima o seksualnim sferama u Sjevernoj Irskoj, koja je posebno uočljiva u protivljenju predloženoj izmjeni zakona, jedan je od faktora koji nacionalna vlast može legitimno uzeti u obzir kod vršenja svoje diskrecije. Sud prihvata da postoji snažno protivljenje koje proizlazi iz iskrenih i neiskvarenih uvjerenja velikog broja relevantnih članova sjevernoirske zajednice da bi izmjena predmetnog zakona ozbiljno oštetila moralno tkivo njihovog društva (vidjeti gore stav 25.). Ovo protivljenje odražava, kao što to na jedan drugi način odražavaju i preporuke Savjetodavne komisije iz 1977. (vidjeti gore stav broj 23.), stavove o moralnim standardima u Sjevernoj Irskoj i o mjerama koje zajednica smatra potrebnim za očuvanje tih prevladavajućih moralnih standarda. Nezavisno od toga da li je taj stav ispravan ili neispravan, i iako može biti da nije u skladu sa stavovima u drugim zajednicama, njegovo postojanje u tako značajnom dijelu sjevernoirskog društva svakako je značajno u interpretaciji člana 8., stav 2.

58. Država je dalje obrazložila da je ovaj zaključak dodatno pojačan posebnim ustavnim položajem Sjeverne Irske (opisanim gore u stavovima 19. i 20.). U periodu od 1921. (kada je Parlament Sjeverne Irske zasijedao prvi put) do 1972. (kada je zasijedao zadnji put), smatralo se da je zakonodavstvo za socijalno područje spada isključivo pod domen tog Parlamenta. Bilo je rečeno da će kao rezultat uvođenja "direktnog upravljanja" iz Vestminstera, Vlada UK imati posebnu dužnost da, prije donošenja zakona o takvim pitanjima, u potpunosti uzme u obzir želje stanovnika Sjeverne Irske. U današnjim okolnostima direktnog vladanja jasna je potreba za oprezom i senzibilitetom prema javnom mnjenju u Sjevernoj Irskoj. Međutim, za interpretaciju Konvencije u ocjenjivanju "potrebe" za održavanjem osporenih zakona, Sud ne smatra odlučujućim faktorom to da odluku o tome nijesu donijeli bivša vlada i bivši Parlament Sjeverne Irske već vlasti UK tokom perioda direktne vladavine, za koji se nadaju da će biti privremenog karaktera.

59. Bez ikakve sumnje, suočena s ovim različitim stavovima, Vlada UK djelovala je oprežno i s dobrim namjerama; Dodatno, primijenila je svaki napor da bi, usljed različitih stavova, došla do uravnoteženog rješenja prije nego što je uvidjela da se tako znatan broj istomišljenika u Sjevernoj Irskoj protivi izmjeni zakona te da stoga ne treba poduzeti dalje mjere (vidjeti na primjer, gore stavove 24. i 26.). Ipak, to samo po sebi ne može biti odlučujuće za miješanje u privatni život podnosioca tužbe, što je bilo rezultat osporenih mjera (vidjeti gore navedenu presudu *Sunday Times*, stranica 36, stav 59.). Bez obzira na opseg diskrecije koja je raspoloživa nacionalnim vlastima, dužnost je Suda da donese konačnu ocjenu o tome da li su razlozi, za koje je Sud zaključio da su relevantni, bili valjani u tim okolnostima, i posebno o tome da li je kršenje prava, na što ukazuje podnosilac tužbe, bilo razmjerno iznesenoj potrebi društva (vidjeti gore stav 53.).

60. Osporena je svrsishodnost zakona kojim je tužena Država dužna da zaštiti fundamentalnu privatnu ljudsku ličnost (vidjeti gore stav 52, treći odlomak). Za razliku od vremena kada su ti zakoni stupili na snagu, danas postoji bolje prihvatanje homoseksualnog ponašanja i, kao rezultat toga povećana tolerancija do te mjere da se u većini zemalja članica Savjeta Evrope više

ne smatra potrebnim, niti prikladnim, tretirati homoseksualne činove, tipa ovih navedenih ovdje, same po sebi predmetom na koji treba primjenjivati sankcije Krivičnog zakona; Sud ne može ignorirati značajne promjene koje su, u vezi s tim, ostvarene kroz domaće zakone zemalja članica (vidjeti, uz potrebne promjene, gore navedenu presudu Marckx, stranica 19, stav 41., i presudu Tyrer od 25. aprila 1978. godine, Serija A broj 26, stranice 15. i 16., stav 31.). U samoj Sjevernoj Irskoj, posljednjih godina vlasti su se suzdržavale od sprovođenja spornih zakona kada se radilo o homoseksualnim činovima među muškarcima starijim od 21 godine, koji mogu dati valjan pristanak (vidjeti gore stav broj 30.). Nijesu predloženi nikakvi dokazi koji bi ukazali na to da je to štetno za standarde morala u Sjevernoj Irskoj ili da postoje zahtjevi javnosti za striktnijim sprovođenjem zakona. U navedenim okolnostima, ne može se prihvatiti da postoji “nužna potreba društva” da takve radnje budu tretirani kao krivična djela, budući da nema valjanog opravdanja da postoji opasnost da će oni ugrožavati ranjive djelove društva, kojima je potrebna zaštita, niti da će oni imati štetne uticaje na javnost. Što se pitanja srazmjernosti tiče, Sud smatra da su argumenti kojima se podržava održavanje neizmijenjenog zakona manje značajni od devastirajućih efekata koje, samo postojanje takvog zakona, može imati na život osobe homoseksualne orijentacije, kao što je podnosilac tužbe. Iako određeni članovi društva, koji homoseksualnost smatraju nemoralnom pojavom, mogu biti šokirani, uvrijeđeni ili uznemireni pravom drugih na privatne homoseksualne odnose uz pristanak, to samo po sebi ne može opravdati primjenu sankcija Krivičnog zakona na odrasle osobe uključene u takve odnose.

61. Shodno tome, razlozi koje je Država iznijela, iako su relevantni, nijesu dovoljni za opravdanje održavanja spornog zakona budući ima opšti uticaj na kriminalizaciju privatnih homoseksualnih odnosa među odraslim muškarcima sposobnim za davanje valjanog pristanka. Posebno, moralni stavovi prema muškoj homoseksualnosti u Sjevernoj Irskoj, kao i zabrinutost da će bilo kakvo popuštanje putem zakona dovesti do erozije postojećih standarda morala ne mogu, bez bitnijih faktora, opravdavati miješanje u tolikoj mjeri u privatni život podnosioca tužbe. “Dekriminalizacija” ne znači odobravanje, i zabrinutost da će reformom zakona neki djelovi društva biti zavedeni i da će doći do pogrešnih zaključaka, ne pruža valjanu podlogu za održavanje na snazi tih zakona i njihovih neopravdanih obilježja. Ukratko, restrikcije kojima je gospodin Dudgeon izložen po zakonu Sjeverne Irske usljed širine i apsolutnosti karaktera tog zakona, nezavisno od težine predodređenih mogućih kazni, nesrazmjerne su ciljevima čijem se postizanju teži.

62. Prema mišljenju Komisije, kršenje prava, na što je podnosilac tužbe ukazao, ukoliko to onemogućava njemu ili bilo kom drugom muškarcu polne odnose s mladim muškarcima ispod 21 godine, može se opravdati kao potrebno radi zaštite prava drugih (vidjeti posebno stavove 105. i 116. izvještaja). Ovaj je zaključak prihvaćen i usvojen od strane Države, ali je osporen od strane podnosioca tužbe, koji je izjavio da dopuštena starosna granica za homoseksualne odnose uz pristanak među muškarcima treba biti ista kao što je za heteroseksualne odnose i homoseksualne odnose među ženama, to jest 17 godina po aktuelnom zakonu Sjeverne Irske (vidjeti gore stav broj 15.). Sud je već prihvatio legitimitet potrebe u demokratskom društvu za određenim stepenom nadzora nad homoseksualnim ponašanjem, prvenstveno radi primjene zaštitnih mehanizama protiv kvarenja drugih i iskorištavanja onih koji su posebno ranjivi usljed toga što su na primjer mladi (vidjeti gore stav broj 49.). Međutim, u prvoj instanci, pravo je nacionalnih vlasti da odrede prirodu prikladnih mjera potrebnih za zaštitu morala u njihovom društvu, i posebno da odrede starosnu granicu na osnovu koje mladi ljudi trebaju biti zaštićeni odredbama Krivičnog zakona (vidjeti gore stav broj 52.).

#### **D. Zaključak**

63. Gospodin Dudgeon bio je izložen, ali je i dalje izložen neopravdanom kršenju njegovog prava na poštovanje privatnog života. Zato, postoji kršenje člana 8.

## II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 14 U KOMBINACIJI S ČLANOM 8 (čl. 14+8)

64. Član 14. glasi: "Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osiguravaće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost".

65. Podnosilac tužbe ukazao je da je žrtva diskriminacije koja predstavlja kršenje člana 14. interpretiranog u kombinaciji s članom 8, time što je, po osporenom Krivičnom zakonu, izložen većem miješanju u njegov privatni život nego što su to homoseksualci u ostalim djelovima UK i heteroseksualci i homoseksualke u samoj Sjevernoj Irskoj. Posebno, u svojoj tužbi on traži da po članu 14. dopuštena starosna granica za polne odnose uz pristanak treba biti ista za sve oblike polnih odnosa.

66. Prilikom razmatranja slučaja po članu 14., i Komisija i Država razmičito su tretirale homoseksualne radnje između muškaraca starijih i onim mlađim od 21 godine. Sud je već utvrdio da, što se člana 8. tiče, u prvoj instanci pravo je nacionalnih vlasti da odrede starosnu granicu na osnovu koje mladi ljudi trebaju biti zaštićeni odredbama Krivičnog zakona (vidjeti gore stav broj 62.). Aktuelni zakon u Sjevernoj Irskoj, iako je na snazi, ne primjenjuje se na dio homoseksualnih činova među muškarcima, koji su njime zabranjeni. Tek kada se odredi ta starosna granica i ukoliko to osporava određena druga strana, tada to može postati predmet za razmatranje po članu 14., dakle, nije dužnost Suda da odluči o nečemu što trenutno nije predmet razmatranja.

67. Budući da se tužbom pozvao na član 8. (primarno), i na član 8. u kombinaciji s članom 14. (kao sekundarnom članu), i budući da je ustanovljeno da je prekršen primarni član, po pravilu nije potrebno da Sud razmotri slučaj i po sekundarnom članu (članu 14.), iako bi situacija bila drugačija kada bi očigledno nejednak tretman prema ostvarivanju određenog prava predstavljao fundamentalan aspekt slučaja (vidjeti presudu Airey od 9. oktobra 1979. godine, Serija A broj 32, stranica 16, stav 30).

68. Ovaj posljednji uslov, koji se odnosi na diskriminaciju usljed postojanja različitih zakona u različitim djelovima UK, koji se odnose na homoseksualne radnje među muškarcima, nije ispunjen (vidjeti gore stavove 14., 17. i 18.). Dodatno, gospodin Dudgeon je izjavio da ako Sud utvrdi da je prekršen član 8., ovo zasebno pitanje neće dalje imati istu važnost.

69. Prema podnosiocu tužbe, glavni aspekt njegove pritužbe po članu 14. jeste to da su u Sjevernoj Irskoj homoseksualne radnje među muškarcima, za razliku od heteroseksualnih činova i homoseksualnih činova među ženama, predmet krivičnih sankcija čak i kada su vršeni privatno među odraslim muškarcima. Glavna sporna tačka u ovom slučaju zaista proizlazi iz postojanja zakona u Sjevernoj Irskoj, po kojima su određene homoseksualne radnje krivično kažnjivi u svim okolnostima. Uprkos tome, ovaj aspekt pritužbe po član 14, iako je ovdje posmatran iz drugog ugla od strane podnosioca tužbe, u stvari predstavlja isti aspekt koji je Sud već razmotrio po članu 8.; dakle ne postoji potreba da se dodatno ocijeni određena tačka koja je dio šire tačke koja je već razmotrena (vidjeti uz neophodne izmjene, presudu Deweer od 27. februara 1980. godine, Serija A broj 35, stranice 30 - 31, stav 56, sažeto). Kada je već ocijenjeno da restrikcija prava na poštovanje privatnog seksualnog života podnosioca tužbe predstavlja kršenje člana 8. usljed širine i karaktera te restrikcije (vidjeti gore sažeti stav 61.), dalje ne postoji korisna pravna svrha da se ocijeni da li je podnosilac tužbe bio diskriminisan u odnosu na druge osobe izložene manjim restrikcijama istog prava. Usljed navedenih razloga, ne može se reći da to očigledno nejednako tretiranje predstavlja fundamentalan aspekt ovog slučaja.

70. Shodno tome, Sud ne smatra potrebnim da se razmatra slučaj i po članu 14.

## III. PRIMJENA ČLANA 50 (čl. 50)

71. Pravni zastupnik podnosioca tužbe izjavio je da će, ukoliko Sud ocijeni da je Konvencija prekršena, njegov klijent tražiti pravednu odštetu po članu 50. iz tri razloga: prvo, zbog uznemirenosti, paćenja i zabrinutosti, usljed policijske istrage u januaru 1976. godine; drugo,

zbog opšteg straha i nespokoja, koje je trpio od 17. godine; i konačno, za pravne i ostale troškove. Pravni savjetnik je naveo iznose od 5.000 funti za prvi stav, 10.000 funti za drugi, i 5.000 funti za treći. Država je sa svoje strane zamolila Sud da to pitanje ostavi za kasnije.

72. Zato, iako je to pitanje pomenuto i po odredbi 47. Sudskog poslovnika, o tome se ne može sada odlučiti, stoga mora biti odloženo; obzirom na okolnosti slučaja, Sud smatra da se to treba uputiti Sudskom vijeću u skladu sa stavom 4. odredbe 50. Sudskog poslovnika.

### IZ NAVEDENIH RAZLOGA, SUD

1. uz petnaest glasova za i četiri protiv, drži da je prekršen član 8. Konvencije;
2. uz četrnaest glasova za i pet protiv, drži da nije potrebno razmatrati slučaj i po članu 14. u vezi sa članom 8.;
3. jednoglasno drži da se još ne može odlučiti o pitanju primjene člana 50;
  - (a)shodno tome, odlaže odlučivanje o navedenom pitanju;
  - (b)navedeno pitanje upućuje Sudskom vijeću prema stavu 4. odredbe 50. Sudskog poslovnika.

Napisano na engleskom, kao izvornom jeziku, i francuskom, u Zgradi Suda za ljudska prava u Strasbourgu, 22. oktobra 1981. godine

Za predsjednika  
John Cremona, sudija

Sektetar  
Marc-André Eissen

Sljedeća zasebna mišljenja pridodata su ovoj presudi u skladu sa člana 51., stav 2., Konvencije i stavom 2 odredbe 50. Sudskog poslovnika:

- nesaglasno mišljenje g. Zekiae;
- nesaglasna mišljenja g. Evrigenisa i g. García de Enterríae;
- nesaglasno mišljenje g. Matschera;
- nesaglasno mišljenje g. Pinheiroa Farinhae;
- djelimično nesaglasno mišljenje g. Walsha.

John Cremona  
Marc-André Eissen

### NESAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE ZEKIAE

Suočavam se samo sa najbitnijom tačkom koja je dovela Sud do toga da pronade povredu člana 8. stav 1 Konvencije od strane odgovorne države.

Akti iz 1861. i 1885. godine koji su još uvijek na snazi u Sjevernoj Irskoj, zabranjuju neprikladnost između muškaraca i sodomiju. Ovi zakoni u svom neimenovanom obliku se miješaju sa pravom na poštovanje privatnog života podnosioca predstavke, homoseksualca.

Dakle, odlučujuće glavno pitanje u ovom slučaju je da li su, u demokratskom društvu, odredbe gore navedenih zakona, kojima se kriminališu homoseksualni odnosi, bile potrebne za zaštitu morala i prava i sloboda drugih, budući da, po članu 8. stav 2 Konvencije, takva potreba predstavlja preduslov za opravdano postojanje takvih odredbi.

Nakon razmatranja svih bitnih činjenica i priloga u vezi s ovim slučajem, došao sam do zaključka suprotnom većini. Razloge o svom zaključku da, u ovom slučaju, tužena Država nije ništa kršila daću u najkraćem mogućem obliku.

1. Hrišćanstvo i Islam ujedinjeni su u osudi homoseksualnih odnosa i sodomije. Moralna shvatanja zasnivaju se u velikoj mjeri na religijskim uvjerenjima.

2. Sve civilizovane zemlje, do prije ne puno godina, kažnjavale su homoseksualnost, sodomiju, i slične neprirodne polne odnose.

U Kipru su još uvijek na snazi odredbe slične onima u dotičnim zakonima Sjeverne Irske iz 1861. i 1885.

Odjeljak 171 Krivičnog zakonika Kipra, Cap. 154, koji je donijet 1929. godine, glasi:

“Svako lice koje (a) ima čulno znanje drugog lica protiv poretka prirode, ili (b) dozvoljava muškoj osobi da ima čulno znanje o njemu protiv poretka prirode, krivo je za zločin i kažnjava se zatvorskom kaznom u trajanju od pet godina.

Prema odjeljku 173, svako ko pokuša da izvrši takvo djelo, obavezan je na do tri godine zatvora.

Premda se s jedne strane mogu smatrati pristrasnim što sam kiparski sudija, s druge strane mogu se smatrati osobom koja je u boljem položaju da zamislim proteste i nemire, koji bi uslijedili kada bi takvi zakoni bili ukinuti ili izmijenjeni u korist homoseksualaca bilo u Kipru bilo u Sjevernoj Irskoj. I u Kipru i Sjevernoj Irskoj ljudi su religiozni, pa se drže moralnih standarda, koji su vjekovima stari.

3. Kada razmatramo poštovanje privatnog života homoseksualaca po članu 8. stav 1., moramo imati na umu i ne smijemo zaboraviti da se trebaju poštovati i ljudi koji imaju suprotne stavove, posebno ondje gdje veliku većinu čine upravo ljudi koji su potpuno protiv neprirodnih nemoralnih seksualnih odnosa. Svakako, i većina ljudi u demokratskom društvu, po članovima 8., 9. i 10. Konvencije i po članu 2. Aneksa broj 1., takođe ima pravo na poštovanje njihovih vjerskih uvjerenja i uvjerenja o moralu, i ima pravo da podučavaju i odgajaju svoju djecu u skladu sa svojim religijskim i filozofskim uvjerenjima.

U demokratskom društvu vlada volja većine. Prilikom razmatranja potrebe poštovanja nečijeg privatnog života, čini mi se nekako čudno i zbunjujuće da potcijenim potrebu održavanja zakona radi zaštite morala do kojeg većina ljudi uveliko drži.

Izmjena zakona, kojom bi se legalizovale privatne homoseksualne aktivnosti među odraslim muškarcima, najvjerojatnije bi prouzrokovala mnoge nemire u konkretnom društvu. Tužena Država opravdano je zaključila da u svom zakoniku treba zadržavati predmetne zakone kako bi zaštitila moral i da bi sačuvala javni mir.

4. Kada bi homoseksualac izjavio da pati usljed fizioloških, psiholoških ili drugih razloga, te kada bi zakon ignorisao te okolnosti, onda bi on mogao postati kandidat za oslobađanje od krivice ili ublažavanje sankcija, shodno tome da li su njegove sklonosti izlječive ili neizlječive. Ništa od toga nije navedeno i ništa od toga nije osporeno. Da je to podnosilac tužbe učinio, onda je trebao iscrpiti i sve ostale domaće sudske instance. U stvari, podnosilac tužbe nije ni optužen za ikakvo krivično djelo.

Iz procedure oko ovog slučaja očigledno je da podnosilac tužbe, uz pomoć člana 8 stavovi 1. i 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, traži biti slobodan da se upušta u homoseksualne odnose.

Mnogo je rečeno o malom broju slučajeva koji su sudski procesuirani na osnovu odredbi zakona, kojima su homoseksualne radnje među muškarcima zabranjeni, i o kojima smo raspravili. Izneseni su argumenti da ta činjenica ukazuje na ravnodušnost ljudi u Sjevernoj Irskoj prema neprocesuiranju počinjenih homoseksualnih krivičnih djela. Međutim, ista činjenica može ukazivati i na jako mali broj počinjenih homoseksualnih krivičnih djela, te takođe na nepotrebnost i neprikladnost izmjene zakona.

5. Za određivanje prirode i obima morala, kao i za određivanje stepena potrebe njegove zaštite po članovima 8., 9. i 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji će biti srazmjeran nacionalnom zakonu, jurisprudencija ovog Suda već nam je dala smjernice:

„A“ - Shvatanje morala mijenja se kroz vrijeme i razlikuje se od mjesta do mjesta. Ne postoji jedinstveno evropsko shvatanje morala. Javne vlasti su u boljem položaju od međunarodnih sudija da daju mišljenje o tome koji su prevladavajući standardi morala u njihovoj zemlji; (pre-



suda Handyside od 7. decembra 1976. godine, Serija A broj 24, stranica 22, stav 48.). Ne može se osporiti da je u Sjevernoj Irskoj moralna klima protiv izmjene dotičnih zakona, i kada bi ti zakoni bili izmijenjeni, posljedica toga, na jedan ili drugi način, bio bi dozvoljavanje nemoralna.

„B“ - Javne vlasti takođe su u boljem položaju procijenile stepen do kojeg nacionalno zakonodavstvo nužno treba ograničiti određena prava radi zaštite morala u društvu i zaštite prava drugih, koja su zajamčena odgovarajućim članovima Konvencije.

Zakonodavna skupština mjerodavna za izmjene zakona uzdržala se od izmjene dotičnih zakona, smatrajući da je nužno održati te zakone radi zaštite prevladavajućeg morala u regiji i radi očuvanja mira. Zemlje potpisnice uživaju određen stepen diskrecije, iako sigurno, ne neograničen.

Imajući u obzir sve bitne činjenice i pravna načela, kao i pozadinska načela za procjenu ukupne situacije koju smo razmotrili, ne mogu zaključiti da je održavanje dotičnih zakona u Sjevernoj Irskoj, koji datiraju iz prošlog vijeka, i kojima su zabranjeni teška povreda morala i homoseksualnost među odraslim muškarcima, postalo nepotrebno za zaštitu morala i zaštitu prava drugih u tom društvu. Stoga, zaključio sam da tužena Država nije prekršila Konvenciju.

#### NESAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJA EVRIGENISA I GARCÍAE DE ENTERRÍAE

Budući da smo mišljenja da je slučaj takođe trebao biti razmotren i po članu 14. u kombinaciji s članom 8. , ali bez prejudiciranja s naše strane o zaslugama procesa, osjetili smo da smo dužni da glasamo protiv operativne odluke broj 2 u presudi ovog Suda usljed sljedećih razloga:

Barem je razlika između tretmana homoseksualaca i tretmana homoseksualki i heteroseksualaca u Sjevernoj Irskoj (vidjeti stavove 65. i 69. presude), na koju se oslonio podnosilac tužbe prilikom svoje argumentacije, trebala biti razmotrena i po članu 14 u kombinaciji s članom 8. Čak i prihvatajući restriktivnu formulaciju iz presude Airey, koju je Sud primijenio za odlučivanje o ovoj tački (u stavu 67: “očigledno nejednak tretman“ predstavljao bi „fundamentalan aspekt slučaja“), teško bi bilo tvrditi da u navedenim okolnostima ti uslovi nijesu jasno zadovoljeni. U svakom slučaju, tumačenje člana 14. na tako restriktivan način kao u presudi Airey ovoj fundamentalnoj odredbi u velikoj mjeri umanjuje sadržinu i funkciju u sastavu suštinskih odredbi Konvencije.

#### NESAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE MATSCHERA

##### I. Što se tiče navođenog kršenja jednog od prava iz člana 8.;

Iako se slažem s opštim načinom rasuđivanja Suda, činjenice ovog slučaja vidim nekako drugačije. Zato se ne mogu složiti sa zaključcima presude da je prekršen član 8. Konvencije. Stoga ću svoje stavove iznijeti niže.

Član 8. uopšte ne nalaže da Država treba smatrati homoseksualnost - bez obzira u kojem se obliku pojavljuje - alternativom koja je ekvivalentna heteroseksualizmu, i da ih iz tog razloga treba zakonski tretirati jednako. Svakako, to je u presudi potpuno ispravno spomenuto u nekoliko navrata.

S druge strane, (osim u posebnim situacijama kao na primjer kada je bilo zloupotreba nečije zavisnosti, ili kada su homoseksualni činovi izvršeni u određenim posebnim okolnostima zajedničkog življenja kao na primjer u domovima, kasarnama, i slično) iz gore navedenog i po sadržaju člana 8 stav 2 ne vidi se da je krivično gonjenje za homoseksualne radnje među muškarcima, vršene privatno i uz pristanak, “nužno“ za zaštitu onih vrijednosti koje određeno društvo legitimno (takođe prema sadržaju Konvencije) želi čuvati. Stoga, u konkretnom slučaju, što se tiče tumačenja člana 8. i posebno njegovog drugog stava, slažem se s opštim načinom rasuđivanja prilikom donošenja presude.

Međutim, u vezi s tim, postoje dva argumenta koje ne mogu prihvatiti.

U stavu 51 rečeno je da pridjev “nužan“ podrazumijeva postojanje “neodložive potrebe društva“ za pomenutim narušavanjem prava (vezano za presudu Handyside od 7. decembra

1976. godine, Serija A broj 24, stav 48.). Po meni, međutim, kada se jednom prihvati da je cilj legitiman u okviru člana 8. stav 2., svaka mjera kojom se teži ostvarenju tog cilja je nužna ako bi nepreduzimanje takve mjere predstavljalo opasnost da cilj neće biti ostvaren. Samo se u ovom kontekstu može procijeniti nužnost određene mjere i, kao dodatan faktor, srazmjernost između vrijednosti koje su pripisane cilju i ozbiljnosti mjere (vidjeti sažete stavove 54. i 60.). Stoga, budući da se pridjev “nužan” odnosi isključivo na mjere (to jest sredstva), ne dopušta procjenu toga da li je sam cilj legitiman, što se čini da je suprotno tome napravljeno u presudi kada je riječ “nužan” povezana s riječima “neodloživa potreba društva”.

Dalje, prema drugom odlomku stava 60, nijesu predstavljani nikakvi dokazi koji bi pokazivali da je tolerantni stav, koje su u praksi zazulele vlasti u Sjevernoj Irskoj, bio štetan za standarde morala u toj regiji. Tu ne mogu ništa drugo nego da to smatram čisto spekulativnim argumentom bez ikakvog osnova i bez ikakve dokazne i dokazive vrijednosti.

Moje neslaganje prvenstveno se odnosi na evaluaciju pravnih odredbi osporenih zakona i mjera njihove primjene, o čemu se podnosilac tužbe žalio da je realno bio žrtva i da je i dalje potencijalna žrtva usljed postojanja tih osporenih zakona.

(a) Država je izjavila da već duže vrijeme (preciznije, između 1972. i 1980.) nije bilo krivičnih procesuiranja slučajeva sličnih ovom. Niko nije osporio ovu tvrdnju, dodatno se više nego čini da je to slika stvarnog stanja. Istina je da po običajnom pravu sudski progon može pokrenuti i pojedinac, što bi zavisilo od odluke upravnika Javnog tužiteljstva o nastavku ili prekidu procesa. Međutim, tokom navedenog perioda, nije bilo primjera gonjenja ovakve vrste (stavovi 29 - 30). Iz ovog zaključujem da u praksi nije bilo procesuiranja homoseksualnih radnji vršenih privatno i uz pristanak među odraslim muškarcima. Nepostojanju gonjenja bilo kakve vrste čini se ide u prilog i postojanje broja udruženja koja zagovaraju homoseksualnost (Komisija je navela barem pet njih u stavu 30 svog izvještaja), za koje se teško može reći da svoje aktivnosti obavljaju tajno nego više ili manje bez ikakvih ograničenja, i koje su, između ostalog, aktivne u kampanji za legalizaciju homoseksualnosti, pa se može pretpostavljati da neki njihovi članovi ako ne i većina njih imaju homoseksualne sklonosti, a u jednoj od njih je sam podnosilac tužbe sekretar. U ovakvim okolnostima, postojanje “straha, patnje i psihološke uznemirenosti” kojima je podnosilac tužbe bio i je izložen, u što ni Komisija ni Sud nijesu vidjeli nikakav razlog za sumnju (stavovi 40 - 41), i što je navodno direktna posljedica postojanja pomenutih zakona, meni se ipak čini malo vjerovatnim. Da rezimiram, smatram da kao bitnu činjenicu ne treba prihvatiti ono što slovo zakona u Sjevernoj Irskoj kaže već stvarnu situaciju koja vlada ondje, to jest usvojeni stvarni stav nadležnih vlasti prema muškoj homoseksualnosti u proteklih barem deset godina. Stoga, konkretna situacija je u osnovi različita od one u slučaju Marckx (stav 27 presude od 13. juna 1979. godine, Serija A broj 31), na koji se aktuelna presuda poziva (u stavu 41); u slučaju Marckx, osporene odredbe belgijskog građanskog prava direktno su se primjenjivale na podnositeljku tužbe koja je njihove posljedice pretrpjela u svom porodičnom životu, dok u aktuelnom slučaju, osporeni zakoni su samo formalno na snazi, ali činjenično se ne primjenjuju kada se radi o aspektima koji su predmet ove tužbe. Obzirom na to, podnosilac tužbe i drugi poput njega mogu svoj privatni život organizovati onako kako žele bez ikakvog miješanja od strane vlasti. Naravno, ovom prilikom, podnosilac tužbe i udruženja koje stoje iza njega traže više: traže da se izričito ukinu zakoni koji su na snazi, to jest tako reći, traže vrstu “povelje” kojom se homoseksualnost proglašava alternativnim ekvivalentom heteroseksualnosti sa svim elementima koje to uključuje (kao što je, na primjer, polno obrazovanje). Međutim, član 8. Konvencije to ni na koji ne nalaže.

(b) Na policijsku akciju izvršenu 21. januara 1976. godine (stavovi 30 - 31) protiv podnosioca tužbe može se gledati i iz drugog ugla: u dotičnim okolnostima, policija je izvršavala nalog izdat po Zakonu o zloupotrebi droga 1971. Tokom pretrage, policija je pronašla papire koji upućuju na njegove homoseksualne sklonosti. Jedan od razloga zbog kojeg je policija sprovela istragu vjerovatno je bio i to da provjeri da li je možda podnosilac tužbe imao homoseksualne odnose i s maloljetnicima. Svakako, dobro je poznato da je to rasprostranjena sklonost u homoseksualnim

krugovima, te činjenica da je sam podnositelj tužbe tada bio uključen u kampanju za smanjenje dopuštene starosne granice za homoseksualne odnose među muškarcima upućuje na isti smjer. Dodatno, pokrenuta istraga bila je sastavni dio još veće policijske akcije kojoj je cilj bio da locira jednog maloljetnika koji je bio nestao iz kuće i za kojeg se vjerovalo da se druži s homoseksualcima (o tome, vidjeti odgovor Države na osmo pitanje, Sudski spis (81) 32). Dalje, nadležne sudske vlasti zatvorile su spis slučaja podnosioca tužbe.

Ova ukupna evaluacija činjenica vodi me do stava da podnositelj tužbe nema osnovu da tvrdi da postoji uplitanje u njegov privatni život. Iz tog razloga zaključujem da, u konkretnom slučaju, član 8. Konvencije nije prekršen.

## II. Što se tiče navođenog kršenja člana 14. interpretiranog u vezi s članom 8.

Podnositelj tužbe je naveo da je član 14. interpretiran u kombinaciji sa članom 8. prekršen na tri (ili čak četiri) različita načina: (a) postojanjem različitih zakona u različitim djelovima UK; (b) razlikama dopuštene starosne granice za heteroseksualne i homoseksualne odnose među ženama; (c) i (d) razlikama u Krivičnom zakonu po kojem se drugačije tretira homoseksualnost među muškarcima a drugačije homoseksualnost među ženama, i razlikama između odnosa prema homoseksualnosti i heteroseksualnosti.

Što se tiče starosne granice za dopuštene polne odnose [(b)], Sud s pravom navodi (u stavu 66., drugom odlomku) da, u prvoj instanci, određivanje te granice spada u okvir nacionalnih vlasti. Rezonovanje većine članova Suda je bilo kako slijedi: u Sjevernoj Irskoj, homoseksualnost među muškarcima je kažnjiva po Krivičnom zakonu bez obzira na godine uključenih pojedinaca, zato, tek kada se starosna granica za takve odnose odredi, to može postati slučaj za rješavanje po članu 14. To rezonovanje je koherentno, i tu nema šta da se doda.

Po meni, nadležne vlasti u stvari prave razliku prema uzrastu kako bi ostali tolerantni, ali isključivo, prema homoseksualnosti uz pristanak odraslih muškaraca. Iz razloga koji su toliko očigledni da bi bilo kakvo objašnjenje bilo suvišno, to pravljenje razlike smatram savršeno legitimnim prema članu 14., pa to ne predstavlja diskriminaciju.

Što se drugih pritužbi [(a), (c) i (d)] tiče, većina članova Suda smatra da kada se ustanovi primarno kršenje određenog člana Konvencije, uopšte nije potrebno da se razmatra i sekundarno kršenje drugih članova (u ovom slučaju, člana 14.), s tim da bi situacija bila drugačija samo kada bi očigledno nepravedan tretman osobe u ostvarivanju određenog prava predstavljao bitan aspekt slučaja (pozivanje na presudu Airey od 9. oktobra 1979. godine, Serija A broj 32, stav 30). Zaključeno je da ovaj posljednji uslov nije ispunjen u okolnostima konkretnog slučaja. Dodatno, u presudi se ističe da ne postoji potreba da se presudi o određenoj spornoj tački koja je dio šire sporne tačke, koja je već razmotrena, i o kojoj je već presuđeno (pozivanje na presudu Deweer od 27. februara 1980. godine, Serija A broj 35, stav 56, sažeto), te da ista navedena situacija postoji i u konkretnom procesu. U ovakvim okolnostima, većina članova Suda presudila je da ne postoji korisna pravna svrha da se ocijeni da li je podnositelj tužbe bio dodatno diskriminisan u odnosu na druge osobe na koje se odnose manja ograničenja.

Žalim što ne mogu da se složim s tim rasuđivanjem. Po mom mišljenju, kada se Sudu podnese tužba koja je prihvaćena od strane Suda i u kojoj su navedene sporne tačke kroz koje tužilac tvrdi da je Konvencija prekršena, što u ovom slučaju tvrdi podnositelj tužbe a Država to osporava, dužnost je Suda da donese odluku o svakoj spornoj tački te da obrazloži svoje odluke. Sud ne može da izbjegava ovu dužnost tako da se služi formulama kojima se smanjuje širina nekog drugog člana Konvencije (u ovom slučaju člana 14.) do te mjere da on gubi svu praktičnu vrijednost.

Naravno, ima ekstremnih situacija kada je postojeće različito tretiranje toliko minimalno da ne uključuje stvarne fizičke ili moralne predrasude prema osobama na koje se tako tretiraju. U tom slučaju, na osnovu sadržaja člana 14. ne bi bilo moguće razlučiti tu diskriminaciju, a uz to katkad bi moglo biti otežano ponuditi objektivno i racionalno objašnjenje za takvu

razliku u tretmanu. Samo u tim okolnostima, po mom mišljenju, princip “sudija se ne bavi sitnicama“ bio bi prihvatljiv (vidjeti uz neophodne izmjene, moje posebno mišljenje izdvojeno u presudi Marckx, stranica 58). Međutim u konkretnom slučaju ne vidim da postoje takve okolnosti, dakle Sud je trebalo da zauzme odlučan stav o navedenim pritužbama podnosioca tužbe, koje se odnose na kršenje člana 14.

(a) Razlike u domaćim zakonima, što su karakteristika saveznih država, same po sebi ne mogu nikada predstavljati diskriminaciju, stoga ne postoji potreba da se razlike takve vrste obražlože. Ako bi tvrdili drugačije, to bi bilo potpuno zanemarivanje suštine federalizma.

(c) i (d) Razlike u karakteru između homoseksualnih i heteroseksualnih odnosa čine se očiglednim, pa moralna i društvena pitanja koja odatle proizlaze nisu uopšte ista. Slično tome, postoji istinska razlika u karakteru i u stepenu moralnih i društvenih problema koji nastaju kroz mušku i onih koji nastaju kroz žensku homoseksualnost. Stoga, različito tretiranje te dvije vrste homoseksualnosti u Krivičnom zakonu se, po mom mišljenju, zasniva na potpuno objektivnim razlozima.

U skladu sa gore navedenim, što se tiče svake od pritužbi podnosioca tužbe, zaključujem da nije bilo kršenja člana 14. u vezi s članom 8.

#### NESAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE PINHEIROE FARINHAE

Ne mogu da se složim sa stavovima i zaključcima svojih istaknutih kolega, izloženih u vezi s konkretnim slučajem, da je UK prekršilo član 8. Konvencije.

Po mom mišljenju, tu nije bilo žrtve, pa Sud nije nadležan da utvrđuje kršenje Konvencije na osnovu pritužbe od strane nekog ko nije žrtva.

Policajska akcija je izvršena radi primjene Zakona o zloupotrebi droga 1971 a ne zbog krivičnog procesuiranja podnosioca tužbe zbog homoseksualnosti (stav 33.).

Policajska istraga bila je dio veće policijske operacije s ciljem da se locira jedan maloljetnik koji je nestao iz kuće i za kojeg se vjerovalo da se druži s homoseksualcima (nesaglasno mišljenje sudije Matschera) te nije poslužila za podizanje bilo kakve krivične optužnice (stav 41.).

Sučaj je zatvoren od strane tužilaštva usprkos činjenici da je podnosilac tužbe bio sekretar jednog udruženja koje je vodilo kampanju za legalizaciju homoseksualnosti i usprkos dokazima o njegovim homoseksualnim sklonostima.

Budući da dotični zakoni nijesu primijenjeni na podnosioca tužbe i budući da se ti zakoni ne primjenjuju direktno, već tek nakon formalne odluke vlasti, zaključujem da podnosilac tužbe nije bio žrtva.

Budući da nije bilo žrtve, zaključak mora biti da nije bilo kršenja člana 8. niti člana 14. u vezi s članom 8.

Dalje bih naglasio da određeni stepen regulisanja muškog homoseksualnog ponašanja baš kao i ostalih oblika seksualnog ponašanja može biti opravdavan kao “nužan u demokratskom društvu“, i to se ne može negirati, a može postojati čak i “nužda za nekim stepenom nadzora homoseksualnih činova vršenih privatno i uz pristanak“ (stav 49).

#### DJELIMIČNO NESAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE WALSHA

Da li je podnosilac tužbe “žrtva” prema sadržaju člana 25.?

1. Zakon Sjeverne Irske ne tretira homoseksualnost kao krivično djelo i ne tretira sve homoseksualne aktivnosti kao krivična djela. Zakon 1885 je jedan od ukupno dva zakona osporenih u ovom procesu za koji se može tvrditi da reguliše isključivo homoseksualne aktivnosti. Taj zakon kriminališe vršenje nemoralnih radnji među muškim osobama bez obzira na to da li su izvršeni privatno ili u javnosti. Odredbe Zakona 1861, koje su takođe osporene od strane podnosioca tužbe, odnose se jednako na heteroseksualne i homoseksualne aktivnosti. Pritužba podnosioca tužbe odnosi se samo na primjenjivanje odredbi Zakona 1861 na homoseksualne

aktivnosti tipa navedenih u osporenom dijelu. Od svega navedenog, zaista postoji samo jedna sporna tačka koja zahtijeva donošenje odluke od strane Suda, a to je dakle pitanje sodomije među muškim osobama.

2. Zakonom 1885 nije definisan nijedan čin teške povrede morala specifično već njim je jednostavno zabranjeno "grubi nemoral". Nemoralni akti među muškim osobama sami po sebi nijesu krivična djela, nego su to samo oni akti/radnje koji se kvalifikuju kao "grubi nemoral". Za koje se akte iz bilo kojeg datog slučaja smatra da predstavljaju grubi nemoral zavisi od suda odnosno realno od porote koja ocjenjuje o činjenicama svakog pojedinačnog slučaja.

3. Podnosilac tužbe nije nikad izjavio da je ikad bio upušten u aktivnosti zabranjene Zakonom 1861 ili Zakonom 1885, niti je izjavio da se želi upuštati ili ima namjeru upuštati se u takve aktivnosti. Ustvari, njegov se slučaj zasniva na tome da ako on odluči da se upušta u bilo koju od dotičnih zabranjenih aktivnosti, silom zakona, ukoliko bi osporene odredbe bile primjenjivane, bilo bi prekršeno njegovo pravo na integritet privatnoga života, koje je garantovano članom 8. Konvencije. U stvari, vlasti nikad nijesu preduzele nikakve mjere protiv njega na osnovu bilo koje od predmetnih odredbi.

4. Istina je da je policija pokazala zanimanje o tome da li je on bio upušten u homoseksualne aktivnosti. Sudu nije poznato da li su te aktivnosti predstavile krivična djela po osporenim odredbama. Dokazni materijal, koji je bio povod policijskom zanimanju, pronađen je prilikom izvršenja naloga za pretres, koji je izdat po zakonima kojima se zabranjuje zloupotreba droga. Policija je od podnosioca tužbe zatražila da ode s njima u policijsku stanicu kako bi, između ostalog, nastavili ispitivanje o njegovim homoseksualnim aktivnostima, u što su posumnjali. Podnosilac tužbe se dobrovoljno složio da ode s njima u policijsku stanicu. Da su ga odveli u policijsku stanicu mimo njegove volje samo da bi ga ispitivali o njegovim navodnim homoseksualnim aktivnostima bio bi žrtva neopravdanog zadržavanja, pa je po zakonima Sjeverne Irske mogao da zatraži odštetu na nadležnim građanskim sudovima. Iz onoga što se vidi iz pruženih dokaza, to nije napravljeno niti je podnosilac tužbe razmišljao to napraviti, pa ni na koji način nije sugerisano da odlazak podnosioca tužbe u policijsku stanicu nije bio čisto dobrovoljan. Po uobičajenoj praksi, podnosilac tužbe mora da je u policijskoj stanici bio informisan od strane policije da nije dužan da odgovara na pitanja niti da daje ikakve izjave. Uprkos tome, podnosilac tužbe dobrovoljno je dao izjavu čiji sadržaj nije predstavljen Sudu. Sudu nije poznato da li je ta izjava bila optužujuća ili oslobađajuća. Ni od strane policije, a ni od strane načelnika Javnog tužilaštva nije nikad pokrenut nikakav proces protiv podnosioca tužbe u vezi s bilo kojom od njegovih navodnih protivzakonitih homoseksualnih aktivnosti. Što se privatnosti tiče, ništa sporno ne proizlazi u vezi s upadom u kuću podnosioca tužbe budući da je upad izvršen po valjanom nalogu za pretres u vezi sa zloupotrebom droga, te nije bilo nikakvih pritužbi u vezi s nalogom ili u vezi s upadom. Neki lični papiri podnosioca tužbe uključujući i njegova pisma i dnevnike, u kojima su opisane homoseksualne aktivnosti, odneseni su od strane policije. Sudu nije rečeno da li su ti zapisi bili važni ili nevažni za krivična djela u vezi s drogama, u što je policija tada sumnjala i što je tada istraživala, te u vezi s tim nije bilo pritužbi.

5. Očigledno je da slučaj podnosioca tužbe po naravi više odgovara „slučaju za ostvarivanje interesa određene skupine posredstvom suda“. Kada se radi o njemu lično, njegov slučaj jedva jedvice može biti prihvaćen na osnovu navođenih strahova i strepnji. Uz to što sam nikad nije bio sudski proganjan, on od Suda konkretno traži staviti izvan snage dva zakonska akta zemlje članice. Sud nema ovlašćenje deklarativnog karaktera u segmentu koji nije povezan sa stvarnom nanesenom štetom ili sa stvarnom štetom za koju bilo koji tužitelj tvrdi da mu je nanesena. Po mom mišljenju, ukoliko bi Sud to napravio i u slučajevima poput ovog, gdje podnosilac tužbe nije bio žrtva niti mu prijete realna opasnost da to postane, posljedice toga bile bi dalekosežne u svakoj od zemalja članica.

6. Po mom mišljenju, podnosilac tužbe po sadržaju člana 25 (čl. 25) Konvencije nije pokazao da je žrtva, te stoga ne može se donijeti odluka u korist onoga što on traži.

Navođeno kršenje člana 8 (čl. 8)

7. Ako se po sadržaju člana 25 (čl. 25) smatra da je podnosilac tužbe žrtva, onda se treba razmatrati i primjenjivanje člana 8 (čl. 8) na njegov slučaj. Stav 1 člana 8 glasi: „Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i dopisivanja.“ U ovom slučaju, ne postoji nikakva naznaka koja ukazuje na povredu porodičnog života. Stoga, cilj njegove pritužbe je u suštini ostvarivanje prava na upuštanje u homoseksualne aktivnosti u okviru njegovog privatnog života i, pretpostavlja se, u privatnosti.

8. Prva stvar koju treba razmatrati jest značenje stava 1 člana 8 (čl. 8-1). Možda su najbolju i najsazetiju pravnu definiciju privatnosti sročili Warren i Brandeis, koja glasi: to je „pravo da budeš ostavljen na miru“. Pitanje je da li, po članu 8 § 1 (čl. 8-1), pravo na nepovredivost nečijeg privatnoga života treba biti protumačeno kao apsolutno pravo bez obzira na prirodu aktivnosti vršenih kao dio privatnog života, i kao pravo koje je zabranjeno narušiti u svim situacijama izuzev u onim pokrivenim stavom 2 člana 8 (čl. 8-2). S obzirom na presudu, čini se da je ovo upravo to tumačenje Suda. Ne bi bilo posebno drugačije utvrditi da je „privatni život“, koji je štićen članom 8 § 1 (čl. 8-1), ograničen na privatno ispoljavanje ljudske ličnosti. U bilo kom datom slučaju, određena ljudska ličnost može u privatnom životu ispoljavati opasne ili zlobne sklonosti izračunate za postizanje loših učinaka prema sebi ili prema drugima. Čini se da Sud nije uzeo u obzir činjenicu da takvo ispoljavanje može uključivati više od jedne osobe, to jest učestvovanje više osoba, a da se i dalje to ispoljavanje smatra aktivnošću u privatnom životu. Ako se radi ovog slučaja ova pretpostavka i prihvati, onda slijedi pitanje da li se navođeno narušavanje privatnoga života može opravdati po stavu 2 člana 8. Po redoslijedu, to pokreće temu da su, po članu 8 (čl. 8), neodvojive društvene dimenzije privatnog života ili „privatnog morala“ ograničene unutar okvira stava 2 člana 8. Sporno je da li je dotično narušavanje privatnoga života podnosioca tužbe, ukoliko je toga bilo, bilo u skladu sa zakonom. Pitanje koje proizlazi iz stava 2 (čl. 8-2) jeste da li je povreda privatnosti, koja je dopuštena zakonom, nužna u demokratskom društvu radi zaštite zdravlja, morala, ili prava i sloboda drugih.

9. Time se pokreće prastaro filozofsko pitanje o tome što je svrha zakona. Postoji li sfera morala, koja nije predmet zakona, te da li je zakon takav da moralna načela tretira na pravilan način? U okviru pravosuđa Ujedinjenog Kraljevstva i istinske filozofije zakona, u moderno doba o tome su debatovali profesor H.L.A. Hart i lord Devlin. Uopšteno govoreći, profesor H.L.A. prihvata filozofiju koju je prošlog vijeka zagovarao John Stuart Mill, dok lord Devlin drži da je moral s pravom predmet zakona. Lord Devlin obrazlaže da budući da zakon postoji radi zaštite društva, njime se ne smije zaštićivati od šteta, korupcije i iskorišćivanja samo pojedinac, „nego zakonom moraju biti zaštićene i institucije i cjelokupnost političkih i moralnih ideja bez kojih ljudi ne bi mogli živjeti zajedno. Društvo mora mariti za moralnost pojedinca jednako kao što mari i za njegovu lojalnost; moralnost i lojalnost opstaju zajedno, a ako nema jednoga nestane i ono drugo.“ On ističe da Krivičnim zakonom Engleske ne samo da su „otpočetka bila zaštićena moralna načela već se njime kontinuirano nastavlja njihova zaštita“. Među krivičnim djelima za koja je istakao da se nalaze u okviru krivičnog zakona na osnovu moralnih načela, bez obzira na to da bi se moglo smatrati da ne ugrožavaju javnost, nalazili su se eutanazija, ubijanje druge osobe na sopstveni zahtjev, samoubilački ugovori, dueli, abortus, incesti između brata i sestre. Ovo su djela na koja je on gledao kao na ona koja se mogu uraditi u privatnosti i bez krivičnog djela prema drugim osobama, i koja ne moraju da uključuju korupciju ili eksploataciju drugih. Ipak, kako je istakao, niko nije išao toliko daleko da predloži da bi sva ova krivična djela trebalo ostaviti van krivičnog zakona kao pitanja privatnog morala.

10. Moglo bi se reći da je Ujedinjeno Kraljevstvo, u situacijama za koje bi bilo potrebno, spremno da donosi zakone protiv nemorala. Čini se da je u modernom zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva nekoliko kaznenih zakona zasnovano na moralnim načelima, te da je funkcija tih kaznenih sankcija zakonski da osigurava moralna načela. Nasilje nad životinjama je nelegalno zbog moralnih osuda zadovoljstva koje se dobija nanošenjem bola svjesnim bićima. Zakoni koji zabranjuju ili štite kockanje odnose se na etički značaj kockanja koji se graniči sa uticajem

koji može imati na karakter kockara kao člana zajednice. Zakon protiv rasne diskriminacije za svoj cilj ima oblikovanje moralnog razmišljanja ljudi legalnim sankcijama i mijenjanjem ljudskog ponašanja na način što će vlasti početi da kažnjavaju.

11. Suprotan stav, koje se u engleskom pravu može pripisati Johnu Stuartu Millu, jeste da zakon ne treba biti upleten u sferu ličnog morala više no što je potrebno za očuvanje javnog reda i za zaštitu građana od onoga što je štetno i uvredljivo, te da postoji sfera ličnog morala, koju treba ostavljati savjesti pojedinca jednako kao kada se radi o slobodi mišljenja ili vjerovanja. Preporuke Wolfendenovog odbora, kojima je podržano neprimjenjivanje zakona u slučajevima homoseksualnih aktivnosti uz pristanak odraslih muškaraca, djelimično su se oslanjale na taj stav. O ovom aspektu pitanja, Wolfendenov odbor je izjavio: „Ostaje još jedan dodatni protivargument za koji vjerujemo da je odlučujući, to jest važnost koju društvo i zakon trebaju u praksi dati ličnoj slobodi izbora kada se radi o ličnom moralu. Ukoliko društvo ne želi namjerno da pokuša da posredstvom zakona izjednači krivična djela s grijesima, tada mora ostati određeno područje ličnog morala i nemoralna, koje ukratko i ugrubo nije posao zakona. Govoriti to ne znači opravdavati ili podupirati lični nemoral.“ Ovaj aspekt izvještaja Wolfendenovog odbora očigledno je bio cijenjen od strane Suda (v. paragrafe 60 i 61 presude).

12. Sud se takođe slaže sa zaključkom u Wolfendenovom izvještaju o tome da je potreban određen stepen nadzora čak i kada se radi o činovima uz pristanak vršenim privatno, prvenstveno kada je potrebno „osigurati dovoljnu zaštitu protiv iskorištavanja i kvarenja drugih, posebno za one koji su posebno ranjivi zato što su mladi, fizički ili mentalno slabi, neiskusni, ili specifično fizički, pravno ili ekonomski zavisni o drugima“ (v. paragraf 49 presude). Sud dalje prihvata da su potrebni i određeni zakoni koji zaštićuju ne samo određene skupine društva već i moralni sastav vrijednosti i ponašanja društva kao cjeline (v. isti paragraf). Međutim, praksa pokazuje da žrtve iskorištavanja i kvarenja nisu samo oni koji su mladi, mentalno ili fizički slabi, neiskusni, ili specifično fizički, pravno ili ekonomski zavisni o drugima.

13. Činjenica da neko pristane da učestvuje u homoseksualnom činu nije dokaz da je takav pojedinac prirodno seksualno orijentisan u tom smjeru. Mora da se napravi razlika između homoseksualaca koji su takvi usljed neke prirodne sklonosti ili patološke konstitucije, za koje se smatra da su neizlječive, i onih čije su sklonosti posljedica nedostatka normalnog seksualnog razvoja, ili posljedica navika, iskustva ili drugih sličnih uzroka, ali koje su izlječive. Što se neizlječive kategorije tiče, njihove aktivnosti moraju se smatrati abnormalnostima ili čak hendikepima, te takvi pojedinci trebaju biti tretirani sa saosjećanjem i tolerancijom, koji se zahtijevaju kako te osobe ne bi bile viktimizirane usljed svojih sklonosti koje ne mogu nadzirati, i za koje lično nisu krive. Međutim, nova pitanja se pojavljuju kada te sklonosti rezultiraju aktivnostima. Kvarenje, protiv kojeg Sud prihvata potrebu za nadzorom, i potrebu za zaštitom moralnoga etosa zajednice, može biti usko povezano s tim. Čak i kada se pretpostavi da jedan od dvojice učesnika ima neizlječive sklonosti, može biti da ih drugi nema. Poznato je da se mnogi pojedinci, koji su heteroseksualci ili panseksualci, upuštaju u homoseksualne aktivnosti ne usljed neizlječivih sklonosti nego zbog same seksualne uzbudljivosti takvih aktivnosti. Ipak, treba priznati da je slučaj podnosioca tužbe činjenično predstavljen kao slučaj pojedinca koji je po prirodi homoseksualno predodređen ili orijentisan. Sud je, u nedostatku dokaza da je u pitanju druga opcija, prihvatio te argumente kao osnovu slučaja podnosilaca tužbe, te je presuda o njemu donesena isključivo smatrajući ga pojedincem koji je po prirodi homoseksualno orijentisan (v., na primjer, paragrafe 32, 41 i 60 presude).

14. Ako se prihvati da Država ima valjan interes da sprječava tu vrstu kvarenja drugih i zaštititi moralni etos svog društva, onda ona ima pravo da usvoji takve zakone za koje razumno smatra da su nužni za postizanje tih ciljeva. Sama vladavina zakona o moralu zavisi od konsenzusa u zajednici, te se u demokratiji ne može priuštiti da se zakonom ignoriše konsenzus zajednice o moralu, budući da svako udaljavanje od konsenzusa i težnja bilo kojim drugom cilju dovodi do nepoštovanja zakona. Vrlina se ne može ostvarivati usvojenim zakonima, ali suprotno stanje može ukoliko su zakoni takvi da suviše otežavaju postizanje

vrline. Takva bi situacija mogla imati erozivan učinak na moralni etos zajednice. Glavno opravdanje za postojanje zakona jeste da zakon služi ostvarivanju moralnih ciljeva. Istina je da mnogi oblici nemoralna koji mogu da imaju efekat korupcije nisu predmet zakonodavstva za zabrane ili kazne. Međutim, ovakvi propusti ne podrazumijevaju poricanje mogućnosti korupcije ili erozije moralnog etosa zajednice, već priznaju praktičnu nemogućnost donošenja zakona na efikasan način za sve oblasti nemoralna. Ondje gdje je ovakav zakon usvojen, to je odraz zabrinutosti „pametnog zakonodavca”. Štaviše, ne smije se previdjeti ni to da je veći dio osnove za preporuku Wolfendenovog odbora da se trebaju dekriminalisati homoseksualni odnosi među odraslim muškarcima bio formuliran na osnovu vjerovanja da je teško primjenjivati taj zakon, te vjerovanja da bi, i kada bi se taj zakon primijenio, to najvjerovatnije prouzrokovalo više zla nego koristi tako što bi to podstaklo druga zla kao što je ucjenjivanje. Očigledno je da to potrebno nema sveopštu valjanost. Relevantni uslovi mogu da variraju od jedne zajednice do druge. Iskustvo je takođe pokazalo da određene seksualne aktivnosti, koje same po sebi nisu kontroverzne krivičnom zakonu, mogu takođe biti plodni predmeti ucjena kada povređuju moralni etos zajednice, npr. preljube, homoseksualnost među ženama, i, čak i ondje gdje nije nelegalna, homoseksualnost među muškarcima.

15. Polni moral je samo jedan dio cjelokupnog područja morala, i pitanje koje se ne može izbjeći jeste da li se polni moral kategorizuje „samo kao lični moral“, ili to ima i neodvojivu društvenu dimenziju. Seksualno ponašanje je više određivano kroz kulturni uticaj nego kroz instinktivne potrebe. Kulturni trendovi i kulturna očekivanja mogu stvarati porive koje određeni ljudi mogu nesvjesno kvalifikovati kao urođene instinktivne nagone. Uspostavljeni zakonski okvir i instrukcije koji regulišu seksualno ponašanje su vrlo važni formativni faktori u oblikovanju kulturnih i društvenih institucija.

16. Referencija od strane Suda na činjenicu da se u većini zemalja članica Savjeta Evrope homoseksualni činovi vršeni privatno među muškarcima više ne svrstavaju u nedjela, po mom mišljenju, zaista ne pridonosi argumentima (paragraf 60 presude). Savjet Evrope sačinjava dvadeset jedna zemlja, a one se geografski prostiru od Turske do Islanda, i od Mediterana do Arktičkog pojasa, i obuhvataju znatnu raznolikost kultura i moralnih vrijednosti. Sud tvrdi da ne može da ignorše značajne izmjene zakona koji se odnose na homoseksualno ponašanje u državama članicama (v. u istom paragrafu). Bilo bi žalosno kada bi to navodilo na pogrešni zaključak da su već razrađene ili da se mogu razraditi euro-norme za zakone koji se odnose na homoseksualne aktivnosti.

17. Stanovništvo Sjeverne Irske ima jako čvrsta religijska vjerovanja, što direktno utiče na stavove i poglede velike većine ljudi ondje o pitanjima polnog morala. Kada se radi o homoseksualnosti, a posebno o sodomiji, može se činiti da takav stav o polnom moralu odvaja ljude Sjeverne Irske od mnogih drugih društava u Evropi, ali pitanje da li ta činjenica predstavlja promašaj, u najmanju ruku, je podložno raspravi. Takvi stavovi o protivprirodnim seksualnim odnosima realno se ne razlikuju od onih koja su predodredila moralni etos jevrejskih, hrišćanskih, i islamskih kultura kroz čitavu njihovu istoriju.

18. Kazneni zakoni u jurisdikcijama Ujedinjenog Kraljevstva nikada nisu bili ujednačeni. Sud uvažava činjenicu da kada zajednice različitih kultura žive u istoj državi, vlasti će vrlo vjerovatno biti suočene s različitim moralnim i društvenim zahtjevima (paragraf 56 presude). Sud takođe prihvata da se sporne odredbe trebaju posmatrati u okviru sjevernoirskog društva (isti paragraf). Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, s obzirom na to da je nadležna za izmjene zakona u svim jurisdikcijama Ujedinjenog Kraljevstva, oglasila se mišljenjem u Sjevernoj Irskoj o ovom pitanju izmjene zakona o homoseksualnim krivičnim djelima. Iako je moguće da je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva pogrešno procijenila posljedice koje bi uvažavanjem traženih izmjena zakona uslijedile u sjevernoirskoj zajednici, bez obzira na to, ona je u jednakom ako ne i boljem položaju od ovog Suda da procijeni tu situaciju. Kaznene sankcije možda nisu najpoželjniji način rješavanja situacije, ali se to ipak tek treba ocijeniti u kontekstu faktora koji zaista prevladavaju u Sjevernoj Irskoj. U svim kulturama, pitanja polnog morala su posebno osjetljive tačke, pa je posljedice određenih oblika polnog nemoralna teže jednako tačno i objektivno procjenjivati nego što je to



kada su u pitanju posljedice zločina kao što su mučenje, ili ponižavajuće i neljudsko postupanje. Do te mjere referenca Suda u svojoj presudi (paragraf 60) u slučaju Tyrer nije baš ubjedljiva. Uz dužno poštovanje navedeno je da presuda Marckx nije relevantna u ovom slučaju, jer se ticala položaja vanbračnog djeteta čije sopstvene radnje nisu dovođene u pitanje na bilo koji način.

19. Čak i ako se misli, a ja to ne mislim, da su ljudi u Sjevernoj Irskoj, zbog svojih stavova o homoseksualnim aktivnostima, „nazadniji“ od ostalih društava u ostalim državama članicama Savjeta Evrope, to uvelike više govori o onima koji tako misle nego o onome o čemu se govori, te je to bazirano isključivo na početnoj postavci. Teško je procijeniti kakve bi bile posljedice za sjevernoirsko društvo kada bi se sada, čak i uz mehanizme za zaštitu mladih ljudi i onih kojima je zaštita potrebna, zakonski dopuštale homoseksualne aktivnosti tipa onih koje su za sada zabranjene zakonom. Usudujem se da iznesem stav da je tužena Država, nakon razmatranja situacije, u boljem položaju od ovog Suda da procijeni to što je prethodno navedeno, pogotovo usljed toga što sam Sud priznaje nadležnost Države da zakonski reguliše to područje, ali osuđuje posljedice stvorene postojećim zakonima.

20. Uloga zakona je da utiče na moralne stavove, pa ako tužena Država smatra da bi tražene izmjene zakona imale štetan uticaj na moralne stavove, onda, po mom mišljenju, ima pravo da održava zakone koje sada ima. Presuda Suda ne predstavlja deklaraciju u kojoj se tvrdi da određene homoseksualne aktivnosti, koje su kažnjive dotičnim spornim odredbama, praktično spadaju u osnovna ljudska prava. Međutim, to neće sprečavati one koji se trude da prave nejasnom razliku između heteroseksualnih i homoseksualnih aktivnosti da ovu presudu prikazuju takvom.

21. Čak i u Wolfendenovom izvještaju stoji da je jedna od funkcija Krivičnog prava da čuva javni red i moral i osigura dovoljnu zaštitu protiv iskorištavanja i kvarenja drugih, pa je stoga u izvještaju preporučeno da „i dalje treba biti klasifikovano kao krivično djelo ako treća strana ostvari ili pokuša da ostvari čin nemoralna među muškim osobama bez obzira na to da li ostvareni čin ili pokušaj ostvarivanja istog predstavlja kazneno krivično djelo ili ne“. I odrasli muškarci, čak i kada se radi o činovima uz pristanak, mogu biti potkupljivi i iskorištavani usljed njihovih vlastitih slabosti. Prema mom mišljenju, to je područje u kojem zakonodavstvo ima velik opseg diskrecije ili slobode, koji ne treba poremetiti osim kada bi bilo potpuno jasno da se radi o zakonu koji je takav da ga niti jedna razumna zajednica ne bi usvojila. Po meni, u ovom slučaju takvih dokaza o tome nije bilo.

22. U Sjedinjenim Američkim Državama bilo je mnogo parničenja u vezi s pitanjem privatnosti i u vezi sa garantovanjem privatnosti, što je posvećeno Ustavom Sjedinjenih Američkih Država. Vrhovni sud i ostali sudovi Sjedinjenih Država podržali su pravo bračnih parova na privatnost, protiveći se tako zakonima koji su težilo da nadziru bračne seksualne aktivnosti uključujući i sodomiju. Ipak, ti su sudovi odbili da ustavnim garantovanjem privatnosti, koje vrijede za bračne parove, obuhvataju i homoseksualne aktivnosti i heteroseksualnu sodomiju van braka. Efekat ovoga jeste da se javnom politikom privatnost u braku i privatnost bračnih seksualnih aktivnosti smatraju praktično apsolutnim. Kako je porodica osnovna jedinična ćelija društva, valjan je pristup držati da su interesi koji se odnose na bračnu privatnost normalno važniji od interesa države kada se radi o određenim seksualnim aktivnostima koje bi se same po sebi smatrale nemoralnim ili iskvašenim. Za slične aktivnosti van bračne zajednice ne postoji tako potreban interes za privatnošću koja, usljed prirode dotičnih aktivnosti, treba biti njihova propratna komponenta.

23. Treba primijeti da član 8 § 1 (čl. 8-1) Konvencije govori o „privatnom i porodičnom životu“. Ako se primijeni pravilo interpretiranja onog što je navedeno u okviru onoga što je navedeno, onda se ta odredba treba protumačiti u okviru privatnog života što uključuje, na primjer, pravo na odgoj djece prema vlastitim filozofskim i religijskim načelima, i neometeno vršenje uobičajenih aktivnosti koje su slične onima koje se vrše u privatnosti porodičnog života i kao takve su dio uobičajenih ljudskih prava i osnovnih ljudskih prava. Za homoseksualne aktivnosti to isto se ne može tvrditi.

24. Po mom mišljenju nije bilo kršenja člana 8 Konvencije.

Član 14 (čl. 14)

25. Slažem se s presudom Suda u vezi s članom 14 (čl. 14).