

DUDGEON protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

Presuda od 22. oktobra 1981. godine

NEZVANIČNI SAŽETAK I HISTORIJAT PREDMETA

A. Osnovne činjenice

U Sjevernoj Irskoj, prema Zakonu o krivičnim djelima protiv ličnosti iz 1861. godine i Aktu o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona iz 1885. godine, djela pederastije i teškog bluda između muškaraca, bilo da su počinjena u privatnosti ili javno, smatraju se krivičnim djelima kažnjivim maksimalnom kaznom doživotnog zatvora, odnosno kaznom zatvora u trajanju od dvije godine. Homoseksualne radnje uz pristanak između punoljetnih ženskih osoba nisu krivično djelo.

Uz izvjesne izuzetke u pogledu mentalnih bolesnika, pripadnika oružanih snaga i mornara na trgovačkim brodovima, homoseksualni čin počinjen u privatnosti između dva muškarca od 21. godine ili starija prestao je biti krivičnim djelom u Engleskoj i Walesu od donošenja Zakona o seksualnim krivičnim djelima iz 1967. godine, a u Škotskoj od donošenja Zakona o krivičnoj pravdi (Škotska) iz 1980. godine.

U julu 1978. godine, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva je objavila prijedlog nacrtu zakona kojim bi se zakon Sjeverne Irske o ovim pitanjima uskladio sa zakonom Engleske i Walesa. Međutim, nakon konsultovanja stanovništva Sjeverne Irske, Vlada je u julu 1979. godine objavila da ne namjerava istrajati na prijedlogu izmjena zakona.

Gospodin Dudgeon, državljanin Ujedinjenog Kraljevstva, srednjih tridesetih godina, stanovnik Sjeverne Irske, je homoseksualac. Već izvjesno vrijeme on i drugi provode kampanju čiji je cilj reforma zakona Sjeverne Irske koji se odnosi na homoseksualce. U januaru 1976. godine i on je bio podvrgnut ispitivanju policije zbog navodnih homoseksualnih radnji. Predmet je prosljeđen direktoru Javnog tužilaštva, ali u februaru 1977. godine g. Dudgeon je obaviješten da neće biti krivično gonjen.

0B. Postupak pred Komisijom za ljudska prava

Predmet je iniciran predstavkom koju je g. Dudgeon u maju 1976. godine uložio Komisiji. Gospodin Dudgeon je tvrdio da Krivični zakoni u Sjevernoj Irskoj koji zabranjuju homoseksualne radnje u privatnosti između punoljetnih muškaraca uključuju miješanje u njegovo pravo iz člana 8. Konvencije na poštivanje njegovog privatnog života. On je također tvrdio da je žrtva diskriminacije kroz kršenje člana 14. Konvencije s s obzirom da kao homoseksualac podliježe većim ograničenjima od homoseksualaca u drugim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva i od heteroseksualaca i lezbijki u Sjevernoj Irskoj.

U Izvještaju usvojenom 13. marta 1980. godine Komisija je izrazila mišljenje da:

- zakonska zabrana privatnih homoseksualnih radnji bez prisile u koje su uključeni muškarci ispod 21 godine starosti nije predstavljala kršenje prava podnosioca predstavke iz člana 8. (osam glasova za i jedan glas protiv) ili iz člana 14. uzetog u vezi sa članom 8. (osam glasova za i jedan glas protiv, sa jednim uzdržanim glasom);
- nije neophodno razmotriti pitanje da li je posljednja pomenuta zabrana predstavljala kršenje člana 14. uzetog u vezi sa članom 8. (osam glasova prema jedan).

Komisija je prosljedila predmet Sudu 18. jula 1980. godine.

IZVOD IZ PRESUDE

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANA 8.

A. Uvod

37. Podnosilac predstavke se žalio da je, prema zakonu koji je na snazi u Sjevernoj Irskoj, podložan krivičnom gonjenju zbog homoseksualnih radnji i da je iskusio strah, patnju i psihološku uznemirenost direktno izazvane samim postojanjem ovih zakona – uključujući i strah od uznemiravanja i ucjene. On se također žalio da ga je, nakon pretresa njegove kuće u januaru 1976. godine, policija ispitala o izvjesnim homoseksualnim radnjama i da su mu za vrijeme pretresa oduzeti njegovi lični dokumenti koji su mu vraćeni tek nakon više od godinu dana.

On je naveo da je u povredi člana 8. pretrpio, i da još uvijek trpi neopravdano miješanje u njegovu pravo na poštivanje njegovog privatnog života.

38. Član 8. glasi:

"1. Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih."

39. Mada sama homoseksualnost nije zabranjena, nego radnje teškog bluda između muškaraca i pederastija (v. član 14. gore), nema sumnje u to da homoseksualnost među

muškarcima, čija je zabrana predmet žalbi podnosioca predstavke, spada u okvir kažnjivih djela prema osporavanom zakonodavstvu; upravo na toj osnovi su Vlada, podnositelj predstavke i Komisija obrazlagali predmet. Nadalje, prekršaji su počinjeni bez obzira na to da li se te radnje dešavaju u javnosti ili privatno, bez obzira na starosnu dob ili odnos učesnika, i bez obzira na to da li su učesnici saglasno pristali na iste. Iz podneska g. Dudgeona očito je, međutim, da je njegova predstavka u suštini usmjerena protiv činjenice da homoseksualne radnje koje bi mogao počinuti u privatnosti sa drugim muškarcima koji su sa tim saglasni, predstavljaju krivično djelo prema zakonu Sjeverne Irske.

B. Postojanje miješanja u pravo iz člana 8.

40. Komisija nije vidjela razlog za sumnju u opću istinitost navoda podnosioca predstavke koji se odnosi na strah i uznemirenost koji su nastali kao posljedica postojanja ovih zakona. Komisija je jednoglasno zaključila da “se zakon na koji se žali miješa u pravo podnosioca predstavke na poštivanje njegovog privatnog života garantovano članom 8. stav 1. u mjeri u kojoj zabranjuje homoseksualne radnje počinjene u privatnosti između saglasnih muškaraca” (v. stav 94. i 97. izvještaja Komisije).

Vlada, iako ovo nije priznala, nije osporila da je g. Dudgeon direktno pogođen zakonom i da stoga može tvrditi da je “žrtva” prema članu 25. Konvencije. Vlada također nije osporila gore navedeni zaključak Komisije.

41. Sud ne vidi zašto bi se njegovo mišljenje razlikovalo od mišljenja Komisije: održavanje na snazi osporenog zakona predstavlja trajno miješanje u pravo podnosioca predstavke na njegov privatni život (što uključuje i njegov seksualni život) u smislu člana 8. stav 1. U ličnim okolnostima podnosioca predstavke, samo postojanje ovog zakona trajno i direktno utiče na njegov privatni život (v. *mutatis mutandis* presudu od 13. juna 1979. g. u predmetu Marckx, serija A br. 31, str. 13, stav 27): on ili poštuje zakon i uzdržava se od učešća - čak i privatno sa saglasnim muškarcima – u zabranjenim seksualnim radnjama kojima je podložan zbog svojih homoseksualnih sklonosti, ili će počinuti takvu radnju i time postati podložan krivičnom gonjenju.

Ne može se reći da je ovaj zakon mrtvo slovo na papiru. Isti se primjenjivao i još uvijek se primjenjuje kako bi se krivično gonile osobe zbog privatnih saglasnih homoseksualnih radnji u koje su uključeni muškarci ispod 21 godine starosti (v. stav 30. gore). Iako posljednjih godina nije pokrenut nijedan postupak koji se odnosi na takve radnje u koje su uključeni samo muškarci preko 21 godine, osim mentalnih bolesnika, ne postoji utvrđena politika vlasti da se zakon ne izvršava s tim u vezi (*ibid*). Nadalje, osim krivičnog gonjenja od strane direktora Javnog tužilaštva, uvijek ostaje mogućnost za privatno krivično gonjenje (v. stav 29. gore).

Štaviše, policijska istraga iz januara 1976. godine je bila posebna mjera primjene u odnosu na ovaj zakon koja je direktno uticala na podnosioca predstavke u uživanju njegovog prava na poštivanje privatnog života – iako je stvarno krivično gonjenje

izostalo (v. stav 33. gore). Tako se pokazalo da je prijetnja koja mu je visila nad glavom bila stvarna.

C. Postojanje opravdanja za miješanje koje je Sud ustanovio

42. Prema podnesku Vlade, zakon Sjeverne Irske koji se odnosi na homoseksualne radnje ne dovodi do kršenja člana 8, s obzirom da je on opravdan prema stavu 2. tog člana. Ovu tvrdnju su osporili i podnosilac predstavke i Komisija.

43. Miješanje u provođenje prava iz člana 8. neće biti spojivo sa stavom 2. osim ako nije u skladu sa zakonom, ako nije imalo cilj ili ciljeve koji su legitimni prema tom stavu, i ako nije bilo “neophodno u demokratskom društvu” za navedeni cilj ili ciljeve (v. *mutatis mutandis*, presudu od 13. avgusta 1981. god. u predmetu Young, James and Webster, serija A br. 44, str. 24, stav 59).

44. Nije osporavano da je ispoštovan prvi od ova tri uslova. Kako je Komisija istakla u stavu 99. svog Izvještaja, miješanje je jasno “u skladu sa zakonom” s obzirom da je nastalo kao rezultat postojanja izvjesnih odredbi u Zakonima iz 1861. i 1885. godine i u običajnom pravu (common law) (v. stav 14. gore).

45. Sljedeće što je potrebno utvrditi jeste da li je cilj miješanja “zaštita morala” ili “zaštita prava i sloboda drugih”, što su dvije svrhe na koje se Vlada oslanjala.

46. Zakoni iz 1861. i 1885. godine su doneseni kako bi se proveo koncept seksualnog morala kakav je prevladavao u to vrijeme. Isti su se prvobitno primjenjivali u Engleskoj i Walesu, u cijeloj Irskoj, tada nepodijeljenoj, i također u slučaju Zakona iz 1885. godine, u Škotskoj (v. stav 16. gore). Prethodnih godina djelokrug zakona je bio ograničen u Engleskoj i Walesu (Zakonom iz 1967. godine), a potom i u Škotskoj (Zakonom iz 1980. godine): sa izvjesnim izuzecima, više se ne smatra krivičnim djelom kada dva muškarca starija od 21 godine saglasno počine homoseksualne radnje u privatnosti (v. stavove 17. i 18. gore). U Sjevernoj Irskoj, za razliku od toga, zakon je ostao nepromijenjen. Sud prihvata da je odluka objavljena u julu 1979. godine, da se ne poduzimaju daljnje radnje u odnosu na prijedlog izmijene postojećeg zakona, bila potaknuta onim što je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva ocijenila kao snaga osjećanja u Sjevernoj Irskoj protiv predložene izmjene, i posebno, snaga mišljenja da bi to ozbiljno štetilo moralnoj strukturi društva Sjeverne Irske (v. stavove 25. i 26. gore). Zbog toga, ostaje da je opći cilj koji je zakon imao bio zaštita morala u smislu moralnih standarda koji su postojali u Sjevernoj Irskoj.

47. I Komisija i Vlada su zauzeli stav da, u mjeri u kojoj je zakon išao za tim da zaštiti mlade osobe od nepoželjnih i štetnih pritisaka i pozornosti, on također ima za cilj “zaštitu prava i sloboda drugih”. Sud smatra da je jedna od svrha zakona da pruži zaštitu od posljedica homoseksualnosti osjetljivim kategorijama društva kao što je omladina.

Međutim, donekle je neprirodno da se u ovom kontekstu napravi oštra razlika između “zaštite prava i sloboda drugih” i “zaštite morala”. Posljednje može podrazumijevati zaštitu duha morala ili moralnih standarda društva u cjelini (v. stav 108 Izvještaja Komisije), ali također može, kao što je i Vlada istakla, obuhvatati zaštitu moralnih interesa i dobrobiti određenog dijela društva, na primjer školske djece (v. presudu od 7. decembra 1976. god. u predmetu *Handyside*, serija A br. 24, str. 25, stav 52 in fine – u odnosu na član 10. stav 2) Konvencije). Tako “zaštita prava i sloboda drugih” kada označava zaštitu moralnih interesa i dobrobit određenih pojedinaca ili klasa pojedinaca kojima je potrebna posebna zaštita zbog npr. nezrelosti, mentalne nesposobnosti ili zavisnosti, jeste jedan aspekt “zaštite morala” (v. *mutatis mutandis*, presuda od 26. aprila 1979. god. u predmetu *Sunday Times*, serija A br. 30, str. 34, stav 56). Sud će stoga, na ovoj osnovi, uzeti u obzir dva cilja.

48. Kako je Komisija ispravno primijetila u svom Izvještaju (u stavu 101), osnovno pitanje koje proizlazi po članu 8. u ovom predmetu je do koje mjere je, ako uopće i jeste, očuvanje važećeg zakona “neophodno u demokratskom društvu” radi postizanja ovih ciljeva.

49. Ne može se poreći da se izvjestan stepen regulisanja muške homoseksualnosti, kao i drugih oblika seksualnosti, sredstvima krivičnog zakona, može opravdati kao “neophodno u demokratskom društvu”. Cjelokupna funkcija krivičnog zakona u ovoj oblasti je, prema navodima Wolfendenovog izvještaja (v. stav 17. gore), “u očuvanju javnog reda i pristojnosti” i “zaštiti građana od onoga što je uvredljivo ili štetno”. Nadalje, ova potreba za izvjesnim stepenom kontrole se može proširiti i na samovoljne radnje počinjene u privatnosti, gdje zaista postoji potreba – da se još jednom citira Wolfendenov izvještaj – “da se osigura dovoljna zaštita protiv eksploatacije i korupcije drugih, posebno onih koji su posebno ugroženi zato što su mladi, slabe konstitucije ili uma, neiskusni ili koji su u posebnoj fizičkoj, službenoj ili ekonomskoj ovisnosti”. U praksi, zakon o ovim stvarima postoji u svim zemljama članicama Savjeta Evrope, ali ono što zakon Sjeverne Irske razlikuje od onoga što postoji u većini država članica je to da on općenito zabranjuje tešku nepristojnost između muškaraca i pedofiliju u bilo kojim okolnostima. Ako je prihvaćeno da je neki oblik zakonodavstva “neophodan” da bi se zaštitile određene društvene grupe, kao i moralni duh društva u cjelini, pitanje u ovom predmetu je da li osporene odredbe zakona Sjeverne Irske i njihovo izvršavanje ostaju u granicama onoga što se, u demokratskom društvu, može smatrati neophodnim za ostvarenje tih ciljeva.

50. Jedan broj principa relevantnih za ocjenu “neophodnosti”, “u demokratskom društvu”, mjera poduzetih za unapređenje nekog cilja koji je legitiman prema Konvenciji, Sud je dao u prethodnim presudama.

51. Prvo, “neophodan” u ovom kontekstu nema fleksibilnost izraza kao “koristan”, “razuman”, ili “poželjan”, već podrazumijeva postojanje “hitne društvene potrebe” za ovo miješanje (v. gore pomenutu presudu u predmetu *Handyside*, str. 22, stav 48).

52. Drugo, na domaćim vlastima je da daju početnu ocjenu hitne društvene potrebe u svakom slučaju; shodno tome, stepen slobodne procjene je ostavljen njima (*ibid.*). Međutim, njihove odluke ostaju predmetom sudske revizije (*ibid.*, str. 23, stav 49). Kako je ilustrovano presudom u predmetu *Sunday Times*, okvir slobodne procjene nije identičan u odnosu na svaki od ciljeva koji opravdavaju ograničenja prava (str. 36, stav 59). Vlada je iz presude u predmetu *Handyside* zaključila da će stepen slobodne procjene biti širi kada je u pitanju zaštita morala. Neosporna je činjenica, kako je Sud naveo u presudi u predmetu *Handyside*, da “stav u vezi ... zahtjevom morala varira s vremena na vrijeme i od mjesta do mjesta, posebno u našoj eri,” i da su “zbog njihovog direktnog i stalnog kontakta sa vitalnim snagama u zemlji, državne vlasti u principu u boljoj poziciji od međunarodnog sudije da daju mišljenje o stvarnom sadržaju ovih zahtjeva” (str. 22, stav 48).

Međutim, na djelokrug stepena slobodne procjene neće uticati samo priroda cilja ograničenja nego i priroda uključenih radnji. Ovaj predmet se tiče najintimnijeg aspekta privatnog života. Shodno tome, moraju postojati posebno ozbiljni razlozi da bi se miješanje javnih vlasti moglo smatrati legitimnim u svrhe stava 2. člana 8.

53. Konačno, u članu 8. kao i u nekoliko drugih članova Konvencije, koncept “neophodnog” je povezan sa konceptom “demokratskog društva”. Prema praksi Suda, ograničenje prava iz Konvencije se ne može smatrati “neophodnim u demokratskom društvu” – čija su dva svojstva tolerancija i širokounnost – ukoliko, između ostalog, to ograničenje nije proporcionalno legitimnom cilju kojem se teži. (v. gore pomenutu presudu u predmetu *Handyside*, str. 23, stav 49, i gore pomenutu presudu u predmetu *Young, James i Webster*, str. 25, stav 63).

54. Zadatak Suda je da, na osnovu gore navedenih principa, utvrdi da li su razlozi korišteni za opravdanje ovog “miješanja” relevantni i dovoljni prema članu 8. stav 2. (v. gore navedenu presudu u predmetu *Handyside*, str. 23-24, stav 50). Sud ne smatra potrebnim da daje vrijednosni sud u pogledu moralnosti homoseksualnih odnosa među odraslim muškarcima.

55. Pogodno je početi sa razmatranjem razloga koje je Vlada iznijela u svom obrazloženju kojim osporava zaključak Komisije da krivična zabrana privatnih homoseksualnih radnji u koje su saglasno uključeni muškarci iznad 21 godine starosti nije opravdana prema članu 8. stav 2. (v. stav 35. gore).

56. Vlada je na prvom mjestu ukazala na ono što je opisala kao temeljne razlike u stavu i javnom mnijenju između Sjeverne Irske i Velike Britanije u pogledu pitanja morala. Tvrdi se da je društvo Sjeverne Irske konzervativnije i da veliki značaj pridaje religioznim faktorima, što je ilustrovano donošenjem strožijih zakona u oblasti heteroseksualnih odnosa (v. stav 15. gore).

Iako je podnosilac predstavke ocijenio ovakvu karakterizaciju činjenice uveliko pretjeranom, Sud prihvata da takve razlike postoje u izvjesnoj mjeri i da predstavljaju relevantan faktor. Kako su i Vlada i Komisija naglasili, u procjeni zahtjeva zaštite morala

u Sjevernoj Irskoj, osporavane mjere se moraju posmatrati u kontekstu društva Sjeverne Irske.

Činjenica da se slične mjere ne smatraju neophodnim u ostalim dijelovima Velike Britanije ili u drugim zemljama članicama Savjeta Evrope ne znači da se one ne mogu smatrati neophodnim u Sjevernoj Irskoj (v. *mutatis mutandis*, presudu u gore navedenom predmetu Sunday Times, str. 37-38, stav 61; v. također presudu u gore navedenom predmetu Handyside, str. 26-28, stavovi 54. i 57). Tamo gdje postoje različite kulturne zajednice, koje žive u istoj državi, može se desiti da različiti zahtjevi, kako morala tako i društva, budu postavljeni vladajućim organima.

57. Kako je Vlada ispravno iznijela, slijedi da moralna klima u Sjevernoj Irskoj u seksualnim pitanjima, posebno kako je to predočeno suprotstavljanjem predloženoj izmjeni zakona, predstavlja jedan od faktora koje domaće vlasti mogu uzeti u obzir u korištenju njihove diskrecije. Postoji, i Sud to prihvaća, jaka snaga suprotnog mišljenja koja svoje mišljenje zasniva na istinskom i iskrenom uvjerenju, koje dijeli i veliki broj odgovornih članova zajednice Sjeverne Irske, da bi izmjena u zakonu mogla ozbiljno oštetiti moralnu strukturu društva (v. stav 25 gore). Ova opozicija odražava – kao što to na drugi način čine preporuke Savjetodavne komisije iz 1977. godine (v. stav 23. gore) – mišljenje kako o zahtjevima morala u Sjevernoj Irskoj tako i o mjerama koje zajednica smatra neophodnim za očuvanje prevladavajućih moralnih standarda.

Bez obzira da li je ovo mišljenje ispravno ili ne, i ako je ono možda zastarjelo u odnosu na sadašnji odnos u drugim društvima, njegovo postojanje među važnim društvenim krugovima Sjeverne Irske je svakako relevantno za svrhe člana 8. stav 2.

58. Vlada je tvrdila da je ovaj zaključak još više potkrijepljen posebnim ustavnim okolnostima u Sjevernoj Irskoj (opisanim gore u stavovima 19. i 20). U periodu između 1921. godine (kada se Parlament Sjeverne Irske po prvi put sastao) i 1972. godine (kada se sastao posljednji put), zakon u društvenoj oblasti se smatrao naslijeđenom stvari u okviru isključivog domena tog Parlamenta. Kao rezultat uvođenja “direktnog pravila” Wesminstera, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, rečeno je, imala je posebnu odgovornost da svakako uzme u obzir želje stanovništva Sjeverne Irske prije donošenja odluke u takvim stvarima.

U sadašnjim okolnostima direktnog pravila, potreba za oprezom i osjećajem za javno mnijenje u Sjevernoj Irskoj su očigledni. Međutim, Sud to ne smatra odlučujućim pri ocjenjivanju “neophodnosti”, u svrhe Konvencije, očuvanja osporavanog zakona pri donošenju odluke, ne od bivše Vlade Sjeverne Irske i Parlamenta nego od vlasti Ujedinjenog Kraljevstva u periodu za koji se oni nadaju da će biti privremeni period direktnog pravila.

59. Bez ikakve sumnje, suočena sa tim različitim razlozima, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva je djelovala sa dužnom pažnjom i u dobroj namjeri ; štaviše, ona je uložila sve napore da uravnoteženo procijeni mišljenje koje se suprotstavlja izmjeni zakona u Sjevernoj Irskoj prije nego su donijeli zaključak da ono predstavlja značajan dio u

ukupnoj strukturi stavova u Sjevernoj Irskoj u mjeri da se daljnje radnje po tom pitanju ne bi trebale poduzimati (v., na primjer, stavovi 24. i 26. gore). Ipak, ovo samo po sebi ne može biti presudno u pogledu utvrđivanja neophodnosti miješanja u privatni život podnosioca predstavke koje je rezultiralo osporavanim mjerama (v. gore navedenu presudu u predmetu *Sunday Times*, str. 36, stav 59). Uprkos stepenu slobodne procjene koja je data domaćim vlastima, na Sudu je da da konačnu ocjenu o tome da li su razlozi koje je našao relevantnim bili dovoljni u datim okolnostima, posebno da li je miješanje koje je predmet predstavke bilo proporcionalno navedenoj društvenoj potrebi (v. stav 53. gore).

60. Pravo Vlade obuhvaćeno osporenim zakonodavstvom štiti u osnovi privatno ispoljavanje ljudske ličnosti (v. stav 52, treći podstav, gore).

Kada se uporedi sa razdobljem kada je to legislative donesena, sada postoji više razumijevanja, i kao posljedica toga, došlo je do porasta tolerancije u odnosu na homoseksualno ponašanje u toj mjeri da se u velikoj većini država članica Savjeta Evrope više ne smatra neophodnim ili odgovarajućim da se homoseksualnost ove vrste tretira kao problem koji zahtijeva primjenu krivičnih mjera; Sud ne može preći preko naznačenih izmjena koje su, u vezi sa ovim, nastupile u domaćim zakonodavstvima zemalja članica (v. *mutatis mutandis*, gore navedenu presudu u predmetu *Marckx*, str. 19, stav 41, i presudu od 25. aprila 1978. god. u predmetu *Tyrer*, serija A br. 26, str. 15-16, stav 31). U samoj Sjevernoj Irskoj, vlasti su se u zadnjih nekoliko godina uzdržale od provođenja zakona u odnosu na privatne homoseksualne radnje između muškaraca preko 21 godine starosti koji su na to dobrovoljno pristali (v. stav 30. gore). Ne navode se činjenice koje bi ukazale da takvo što predstavlja povredu moralnih standarda u Sjevernoj Irskoj ili da su u javnosti postojali zahtjevi za strožiju primjenu zakona.

Ne može se tvrditi da, u ovim okolnostima, postoji “hitna društvena potreba” da se takve radnje predvide kao krivična djela jer nema dovoljne opravdanosti koja bi se bazirala na postojanju rizika od štete za osjetljive društvene grupe koje bi se trebale zaštititi ili rizika od uticaja na javnost. U vezi sa pitanjem proporcionalnosti, Sud smatra da nad opravdanjima datim u prilog očuvanja postojećeg zakonodavstva prevažu štetne posljedice koje samo postojanje ovih zakonskih odredbi može imati na život osobe koja je homoseksualno orijentisana, kao što je podnosilac predstavke. Iako članovi društva koji homoseksualnost smatraju nemoralom mogu biti šokirani, uvrijeđeni ili uznemireni pojavom homoseksualnim radnji kod drugih, ovo samo po sebi ne može nalagati potrebu primjene kaznenih mjera kada se radi o odraslim osobama koje su na to dobrovoljno pristale.

61. Shodno tome, razlozi koje je Vlada navela, iako relevantni, nisu dovoljni da opravdaju održavanje na snazi osporenog zakonodavstva s obzirom da isto ima opći efekat kriminalizacije privatnih homoseksualnih odnosa između muškaraca koji su sposobni za daju valjanu saglasnost. Posebno, moralni stavovi prema muškom homoseksualizmu u Sjevernoj Irskoj i zabrinutost da bi svako popuštanje u zakonu moglo potkopati postojeće moralne standarde ne predstavljaju, kao takav, dovoljan osnov za miješanje u privatni život podnosioca predstavke u takvoj mjeri. “Dekriminalizacija” ne

podrazumijeva odobravanje i strah da neke grupe stanovništva mogu izvući iz reforme zakonodavstva pogrešne zaključke u pogledu ovoga, ne pruža dobru osnovu za njegovo održanje na snazi sa svim njegovim neopravdanim karakteristikama.

Ukratko, ograničenje nametnuto g. Dudgeonu prema zakonu Sjeverne Irske, zbog svog obima i apsolutnog karaktera, neovisno od težine mogućih kazni koje su za to propisane, neproporcionalno je ciljevima kojima se težilo.

62. Prema mišljenju Komisije, miješanje na koje se podnosilac predstavke žalio može se, u mjeri u kojoj je on spriječen da ima seksualne odnose sa mladićima ispod 21 godine, opravdati kao neophodno za zaštitu prava drugih (v. posebno stavove 105. i 116. Izvještaja). Vlada je prihvatila i usvojila ovaj zaključak, ali je podnosilac predstavke isti osporavao navodeći da bi starosna dob za saglasne homoseksualne veze trebala biti ista kao i starosna dob za heteroseksualne ili lezbijske veze, koja je, prema sadašnjem zakonu Sjeverne Irske, 17 godina (v. stav 15. gore).

Sud je već prihvatio legitimnu neophodnost u demokratskom društvu za izvjesnim stepenom kontrole homoseksualnog ponašanja, uglavnom da bi se obezbijedila zaštita od eksploatacije i korupcije onih koji su posebno ugroženi, na primjer, zbog svoje mladosti (v. stav 49. gore). Međutim, na domaćim je vlastima u prvom redu da odluče o mjeri odgovarajuće zaštite potrebnoj za odbranu morala u njihovim društvima, i posebno, da utvrde starosnu dob u kojoj će mladi ljudi biti pod zaštitom krivičnog zakona (v. stav 52. gore).

D. Zaključak

63. Gospodin Dudgeon je pretrpio, a i dalje trpi neopravdano miješanje u njegovo pravo na poštivanje privatnog života. Shodno tome postoji kršenje člana 8.

II NAVODNA POVREDA ČLANA 14. UZETOG U VEZI SA ČLANOM 8.

64. Član 14. glasi:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”

65. Podnosilac predstavke je tvrdio da je žrtva diskriminacije kršenjem člana 14. uzetog u vezi sa članom 8. zbog toga što on, prema krivičnom zakonu na koji se žalio, trpi veće miješanje u njegov privatni život nego što je to slučaj kod homoseksualaca u ostalim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva i kod heteroseksualaca ili lezbijki u samoj Sjevernoj Irskoj. On je naročito istakao da član 14. zahtijeva da bi starosna dob za saglasnost trebala da bude ista za sve vrste seksualnih odnosa.

66. Pri razmatranju pitanja iz člana 14, Komisija je, kao i Vlada, napravila razliku između homoseksualnih radnji u koje su uključene osobe ispod i iznad 21 godine.

U odnosu na član 8. Sud je već odlučio da je u prvom redu na domaćim vlastima da utvrde starosnu granicu u okviru koje bi mladi ljudi trebali biti zaštićeni krivičnim zakonom (v. stav 62. gore). Sadašnji zakon Sjeverne Irske, u dijelu zabranjenih homoseksualnih radnji, o ovome se ne izjašnjava. Samo kada se utvrdi starosna dob, moći će se pokrenuti pitanje iz člana 14; na Sudu nije da izrazi svoje mišljenje o pitanju koje se u sadašnjem trenutku ne pokreće.

67. Kada se poziva na sam član Konvencije i u vezi sa članom 14, i kada se ustanovi odvojena povreda tog samog člana, općenito nije neophodno da Sud također razmotri predmet i prema članu 14, a sasvim je drugačiji stav ako je jasna nejednakost u postupku uživanja tog prava temeljni aspekt predmeta (v. presudu od 9. oktobra 1979. god. u predmetu Airey, serija A br. 32, str. 16, stav 30).

68. Ovaj posljednji uslov nije ispunjen u odnosu na navodnu diskriminaciju nastalu kao rezultat postojanja različitih zakona koji se odnose na homoseksualne radnje muškaraca u raznim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva (v. stavove 14, 17. i 18. gore). Štaviše, sam g. Dudgeon je naveo da će, ukoliko Sud ustanovi povredu člana 8, ovo posebno pitanje prestati da ima istu važnost.

69. Prema riječima podnosioca predstavke, bitan aspekt njegove žalbe iz okvira člana 14. jeste taj da je homoseksualnost muškaraca u Sjevernoj Irskoj, za razliku od heteroseksualnih i homoseksualnih odnosa žena, predmet krivičnih sankcija čak i kada se odigravaju u privatnosti između saglasnih odraslih osoba.

Centralno pitanje ovog predmeta zaista je postojanje zakona u Sjevernoj Irskoj prema kojem su pojedine homoseksualne radnje krivičnim zakonom kažnjive u svim okolnostima. Ipak, ovaj aspekt žalbe podnosioca iz člana 14. u stvari predstavlja istu žalbu, iako viđenu iz drugog ugla, koju je Sud već razmatrao u odnosu na član 8; nema potrebe odlučivati o suštini spora nekog problema koji je dio šireg problema i koji je u istim sadržan (v. *mutatis mutandis*, presuda od 27. februara 1980. god., u predmetu Deweer, serija A br. 35, str. 30-31, stav 56. *in fine*). Kada je jednom odlučeno da ograničenje podnosioca predstavke u poštivanju njegovog privatnog života vodi povredi člana 8. zbog svog obima i apsolutnog karaktera (vidi stav 61. *in fine* gore), ne postoji korisna pravna svrha kojoj bi se služilo u utvrđivanju da li je podnosilac predstavke uz to bio izložen diskriminaciji u poređenju sa drugim ljudima koji su izloženi manjim ograničenjima u uživanju istog prava. Zbog toga se ne može reći da je jasna nejednakost u postupanju temeljni aspekt ovog predmeta.

70. Shodno tome, Sud ne smatra potrebnim da razmatra predmet i u okviru člana 14.

III PRIMJENA ČLANA 50.

71. Zastupnik podnosioca predstavke je naveo da će, ukoliko Sud ustanovi da je došlo do povrede Konvencije, njegov klijent tražiti pravičnu naknadu u skladu sa članom 50. po tri osnova: prvo, za uznemiravanje, patnju i nemir koji su nastali kao rezultat policijske istrage januara 1976. godine; drugo, za strah uopće i uznemirenost g. Dudgeona s obzirom da mu je bilo 17 godina; i konačno, za pravne i druge troškove. Zastupnik navodi iznos od 5.000 funti za prvu stvar, 10.000 funti za drugu i 5.000 funti za treću stvar.

Vlada, u svom dijelu, traži od Suda da odloži pitanje.

72. Shodno tome, iako je pokrenuto prema pravilu 47. bis Pravila Suda, ovo pitanje nije spremno za odluku i mora se odložiti; u okolnostima ovog predmeta, Sud smatra da se predmet treba vratiti Vijeću u skladu sa pravilom 50. stav 4. Pravila suda.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. *Odlučuje* sa petnaest glasova za i četiri glasa protiv da je povrijeđen član 8. Konvencije;
2. *Odlučuje* sa četrnaest glasova za i pet glasova protiv da nije neophodno razmatrati predmet prema članu 14. uzetim u vezi sa članom 8;
3. *Odlučuje* jednoglasno da pitanje primjene člana 50. još nije spremno za odluku;
 - (a) shodno tome odlaže u cjelini to pitanje;
 - (b) prosljeđuje ovo pitanje Vijeću prema članu 50. stav 4. Pravila suda.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, a engleski tekst je autentičan, u Zgradi ljudskih prava u Strasbourgu, dana 22. oktobra 1981. godine.

Za predsjednika

John CREMONA
sudija

Marc-André EISSEN
Registrar

U skladu sa članom 51. stav 2. Konvencije i pravilom 50. stav 2. Pravila Suda, ovoj presudi su priložena slijedeća odvojena mišljenja:

- oprečno mišljenje g. Zekija;
- oprečno mišljenje g. Evrigenisa i g. Garcíe de Enterría;

- oprečno mišljenje g. Matschera;
- oprečno mišljenje g. Pinheiroa Farinhae;
- djelimično oprečno mišljenje g. Walsh.

J. C.

M.-A. E.

OPRECNO MIŠLJENJE SUDIJE ZEKIJA

Govorit ću samo o najvažnijoj tački koja je navela sud da ustanovi da je tužena Vlada prekršila član 8. stav 1. Konvencije.

Zakoni iz 1861. i 1885. godine, koji su još uvijek na snazi u Sjevernoj Irskoj, zabranjuju teški blud između muškaraca i pedofiliju. Ustanovljeno je da se ovi zakoni u svom neizmijenjenom obliku miješaju u pravo na poštivanje privatnog života podnosioca predstavke, koji je homoseksualac. Odlučujuće centralno pitanje u ovom predmetu je stoga da li su odredbe gore navedenih zakona koje kriminaliziraju homoseksualne odnose bile neophodne u demokratskom društvu za zaštitu morala i zaštitu prava i sloboda drugih, da je neophodnost bila preduslov za valjanost zakona prema članu 8. stav 2. Konvencije.

Nakon što sam uzeo u obzir sve relevantne činjenice i podneske u predmetu, došao sam do zaključka suprotnog zaključku većine. Nastavit ću da navedem što je moguće kraće razloge zbog kojih smatram da u ovom predmetu tužena Vlada nije načinila povredu.

1. Kršćanska i islamska religija su jedinstvene u osudi homoseksualnih odnosa i sodomije. Moralni koncepti su u velikoj mjeri ukorijenjeni u religijskim uvjerenjima.
2. Sve civilizovane zemlje su do posljednjih godina kažnjavale sodomiju i pedofiliju i slične neprirodne odnose.

Krivične odredbe slične onima koje su sadržane u Zakonima Sjeverne Irske iz 1861. i 1885. godine su na snazi na Kipru. Član 171. Krivičnog zakona Kipra, glava 154, koji je uveden 1929. godine, glasi:

“ Svaka osoba (a) koja vrši bludne radnje protivne prirodi prema nekoj osobi, ili

(b) koja dozvoljava muškarcu da vrši bludne radnje protivne prirodi nad njim, kriva je za teško krivično djelo i može joj se izreći kazna zatvora u trajanju od pet godina.

Prema članu 173, pokušaj izvršenja ovog djela može se kazniti sa tri godine zatvora.

Dok me sa jedne strane mogu smatrati pristrasnim zbog toga što sam ja kiparski sudija, s druge strane može se reći da sam u boljoj poziciji da dam prognozu prosvjeda javnosti i uzbuđenja koje bi nastalo ako bi se takvi zakoni ukinuli ili izmijenili u korist homoseksualaca, bilo na Kipru ili u Sjevernoj Irskoj. Obje zemlje su religijski nastrojene i drže se vjekovima starih moralnih standarda.

3. Prilikom razmatranja poštivanja koje se odnosi na privatni život homoseksualaca iz člana 8. stav 1, ne smijemo zaboraviti i moramo imati na umu da se poštivanje odnosi i na ljude koji imaju suprotne poglede, posebno u zemljama u kojima je većina stanovništva u potpunosti protiv neprirodne nemoralne prakse. Svakako, većina u demokratskom društvu također ima pravo prema članovima 8, 9. i 10. Konvencije i članu 2. Protokola br. 1. na poštivanje svojih religioznih i moralnih ubjeđenja i pravo da uči i odgaja djecu u skladu sa svojim religioznim i filozofskim ubjeđenjima.

Demokratskim društvom upravlja pravilo većine. Meni izgleda nekako čudno i zbunjujuće da se, u razmatranju potrebe poštivanja nečijeg privatnog života, zanemari potreba očuvanja važećeg zakona za zaštitu morala koji većina visoko poštuje.

Promjena zakona, kako bi se legalizovale homoseksualne radnje koje u privatnosti obavljaju odrasle osobe, će veoma vjerovatno uzrokovati uznemirenje u datoj zemlji. Tužena Vlada je imala opravdanje u stavu da je neophodno sačuvati relevantne akte u skupini kako bi se zaštitio moral i očuvao javni mir.

4. Ukoliko neki homoseksualac tvrdi da pati zbog fizioloških, psiholoških ili drugih razloga i da zakon zanemaruje takve okolnosti, onda bi njegov predmet mogao biti za eksculpaciju ili ublažavanje (prihvatanje olakšavajućih okolnosti). Nijedan od ovih argumenata nije iznesen ili osporen. Da je podnosilac predstavke to uradio, tada bi domaća pravna sredstva bila iscrpljena. U stvari, on nije krivično gonjen ni za kakav prekršaj.

Iz postupka u ovom predmetu je očigledno da ono što podnosilac predstavke traži prema članu 8. stavovi 1. i 2. Evropske konvencije jeste da bude slobodan da se u privatnosti upusti u homoseksualne odnose.

Dosta se govori o oskudnom pokretanju postupaka pred sudom u skladu sa kaznenim odredbama Zakona o kojim raspravljamo. Tvrdi se da ova činjenica ukazuje na ravnodušnost ljudi u Sjevernoj Irskoj prema krivičnom nekažnjavanju za počinjene homoseksualne prekršaje. Ista činjenica je, međutim, mogla ukazati na rijetke slučajeve počinjenih homoseksualnih radnji i također na odsustvo potrebe izmjene zakona.

5. U utvrđivanju prirode i djelokruga morala i stepena neophodnosti zaštite takvog morala domaćim zakonom, na šta se osvrće u članovima 8, 9. i 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima, jurisprudencija ovog Suda nam je već dala smjernice:

“A” Koncept morala se mijenja s vremena na vrijeme i od mjesta do mjesta. Ne postoji jedinstven evropski koncept morala. Državne vlasti svake zemlje su u boljoj poziciji od međunarodnog sudije da daju mišljenje o prevladavajućim standardima morala u njihovoj zemlji, (presuda od 7. decembra 1976. g, u predmetu Handyside, serija A br. 24, str. 22, stav 48).

Ne može se osporiti da je vladajuća moralna klima u Sjevernoj Irskoj protiv izmjena ovog zakona, čija promjena bi, ukoliko bi se izvršila, na ovaj ili onaj način značila dozvoljavanje nemorala.

“B” Državne vlasti su isto tako u boljoj poziciji da odrede granicu do koje bi domaći zakon trebalo ići u ograničavanju, u cilju zaštite morala i prava i sloboda drugih, prava garantovanih relevantnim članovima Konvencije.

Zakonodavna skupština nadležna za izmjenu zakona koji se razmatraju se uzdržala da to učini, vjerujući da je neophodno da se isti sačuvaju kako bi se zaštitio moral koji prevladava u toj regiji i kako bi se održao mir. Državama ugovornicama je dat stepen slobodne procjene, iako nesumnjivo ne i neograničen.

Uzimajući u obzir sve relevantne činjenice i pravna pitanja i principe koji stoje iza toga za sveobuhvatnu ocjenu situacije koja je predmet razmatranja, ne nalazim da je očuvanje Zakona u Sjevernoj Irskoj – koji datiraju iz prošlog vijeka – koji zabranjuju teški blud i pedofiliju između odraslih muškaraca prestalo biti neophodno za zaštitu morala i prava drugih u zemlji. Došao sam tako do zaključka da tužena strana nije prekršila Konvenciju.

OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJA EVRIGENISA I GARCÍE DE ENTERRÍA

Zauzevši stav da bi se predmet također trebao razmotriti u skladu sa članom 14. uzetim u vezi sa članom 8, ali bez prejudiciranja našeg stava o meritumu problema, morali smo u izreči presude glasati protiv tačke 2. iz slijedećih razloga:

U najmanju ruku, razlika u tretiranju u Sjevernoj Irskoj homoseksualaca i lezbijki i homoseksualaca i heteroseksualaca (v. stavove 65. i 69. presude) – razlika u tretmanu na koju ukazuje podnosilac predstavke – trebala bi se razmotriti u skladu sa članom 14. uzetim u vezi sa članom 8. Čak i ako se prihvati ograničena formula koju je sud dao u presudi u predmetu Airey i koja je primijenjena u presudi izrečenoj u ovom predmetu (u stavu 67: "jasna nejednakost u tretmanu "koja je temeljni aspekt predmeta"), bilo bi teško dokazati da ovi uslovi nisu u potpunosti zadovoljeni u ovim okolnostima. U svakom slučaju, interpretirati član 14. na ograničen način objavljen u presudi u predmetu Airey u velikom dijelu lišava ovu temeljnu odredbu njenog značaja i funkcije u sistemu suštinskih pravila utvrđenih Konvencijom.

OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE MATSCHERA

I. U vezi navodnog miješanja u pravo iz člana 8.

Iako se slažem sa općim sadržajem obrazloženja Suda, zauzimam u neku ruku drugačiji stav o činjenicama u predmetu. Kao rezultat toga ne mogu da se usaglasim sa zaključcima presude o pitanju povrede člana 8. Konvencije. Stoga ću pokušati da u dijelu koji slijedi iznesem svoje stavove.

Članom 8. uopće se ne zahtijeva od države da razmatra pitanje homoseksualnosti – manifestovano u bilo kojem obliku – kao alternativu koja je jednaka heteroseksualnosti i da bi, kao posljedica toga, zakoni trebali ta dva pitanja razmatrati na istom osnovu. I zaista, presuda sasvim ispravno upozorava na to u nekoliko navrata.

S druge strane, iz gore navedenog ne proizlazi da je krivično gonjenje za homoseksualne radnje počinjene u privatnosti između odraslih osoba koje su na iste svojevoljno pristale (ostavljajući po strani posebne situacije, na primjer, gdje je došlo do zloupotrebe odnosa zavisnosti, ili gdje se ta radnja javila u izvjesnim kontekstima javnog života kao što su internati, kasarne itd.) “neophodno”, u smislu člana 8. stav 2., za zaštitu onih vrijednosti koje dato društvo legitimno (odnosno u svrhe Konvencije) želi da zaštiti. Ja se stoga slažem sa općim sadržajem obrazloženja presude u pogledu tumačenja koje se treba dati članu 8, posebno stavu 2. tog člana, u ovom predmetu.

S tim u vezi, postoje dva argumenta sa kojima se ne mogu složiti.

U stavu 51. je rečeno da pridjev “neophodan” podrazumijeva postojanje “hitne društvene potrebe” za ovo miješanje (poziv na presudu od 7. decembra 1976. god. u predmetu Handyside, serija A br. 24, stav 48). Po mom mišljenju, jednom kada se ustanovi da je cilj legitiman u svrhe člana 8. stav 2, svaka mjera poduzeta za ostvarivanje tog cilja je neophodna ukoliko bi propust poduzimanja mjere ugrozio ostvarivanje tog cilja. Samo u ovom kontekstu se može razmotriti neophodnost izvjesne mjere i, uz dodatni faktor, proporcionalnosti između vrijednosti koja se pripisuje tom cilju, te ozbiljnosti te mjere (v. stavove 54. i 60. in fine). S obzirom da se pridjev “neophodan” tako odnosi samo na te mjere (odnosno sredstva), on ne dozvoljava ocjenu da li je cilj sam po sebi legitiman, nešto što se izgleda u presudi radi kada se “neophodno” vezuje sa “hitnom društvenom potrebom”.

Nadalje, prema stavu 60, drugi podstav, nisu navedeni dokazi koji bi pokazali da stav o toleranciji koji je prihvaćen u praksi vlasti Sjeverne Irske vrijeda moralne standarde u toj regiji. Ostaje mi da ovo smatram samo spekulativnim argumentom, lišenom osnova i koji time nema nikakve dokazne vrijednosti.

Moje se neslaganje na prvom mjestu odnosi na ocjenu datu o zakonskim odredbama i implementaciji mjera zbog kojih se podnosilac predstavke žali da je konkretna žrtva i da je još uvijek potencijalna žrtva zbog postojanja osporenog zakona.

(a) Vlada je tvrdila da već duže vrijeme (tačnije, između 1972. i 1980. godine) nije bilo krivičnog gonjenja u okolnostima koje odgovaraju onima iz ovog predmeta. Niko se

nije usprotivio ovoj tvrdnji koja izgleda, štaviše, više nego ispravna izjava o stvarnosti. Tačno je da, prema običajnom pravu, tužbu može također podnijeti privatno lice, uz pravo direktora javnog tužilaštva da prekine postupak. Međutim, opet nema primjera krivičnog gonjenja ove vrste u datom periodu (stavovi 29-30).

Iz ovoga zaključujem da u praksi nema krivičnog gonjenja za homoseksualne radnje počinjene saglasno u privatnosti između odraslih osoba. Odsustvo bilo kojeg oblika krivičnog gonjenja je utemeljeno postojanjem velikog broja udruženja (Komisija navodi bar pet u pasusu 30. svog Izvještaja) – gdje je podnosilac predstavke sekretar jednog od njih – koja svoje aktivnosti ne obavljaju u tajnosti, nego više-manje bez ikakvih ograničenja i koja su, između ostalog, uključena u kampanju za legalizaciju homoseksualnosti, a neki od njihovih članova, ako ne i većina, otvoreno ispoljavaju – može se pretpostaviti – homoseksualne sklonosti.

U ovim okolnostima, postojanje “straha, patnje i psihološke uznemirenosti” kojima je podnosilac žalbe bio izložen kao direktnoj posljedici postojanja važećih zakona – nešto u šta Komisija i Sud nisu vidjeli razlog za sumnju – meni se, nasuprot tome, čini potpuno nevjerovatnim.

Ukratko, smatram da slovo zakona nije ono što bi se trebalo uzeti u obzir, nego aktuelna situacija u Sjevernoj Irskoj, tj. stav koji nadležne vlasti u stvari imaju u vezi s muškim homoseksualizmom u zadnjih deset godina.

Situacija je, dakle, suštinski drugačija od one u predmetu Marckx (stav 27. presude od 13. juna 1979, serija A br. 31) na koji se sadašnja presuda poziva (u stavu 41): u prijašnjem predmetu, odredbe belgijskog građanskog zakona na koje se žalilo odnose se direktno na podnositeljicu predstavke čiji je porodični život trpio posljedice tih odredbi; u ovom predmetu, zakon na koji se žali formalno je važeći, ali u stvari on se ne primjenjuje zbog njegovih napadanih aspekata. Prema tome, podnosilac predstavke i slični njemu mogu organizovati svoj privatni život onako kako žele bez ikakvog miješanja vlasti.

Svakako, podnosilac predstavke i organizacije koje iza njega stoje traže više: oni traže brzo i formalno ukidanje važećeg zakona, tj. “povelju” po kojoj je homoseksualnost alternativni disident heteroseksualnosti, sa svim posljedicama koje to može imati (npr. u odnosu na seksualno obrazovanje). Međutim, to se ni na koji način ne zahtijeva članom 8. Konvencije.

(b) Policijska radnja od 21. januara 1976. godine (stavovi 30-31) protiv podnosioca predstavke može se posmatrati također u drugačijem svjetlu: u ovim okolnostima, policija je izvršavala nalog prema Zakonu o zloupotrebi lijekova iz 1971. godine. Za vrijeme pretresa policija je pronašla papire koji su dokazivali njegove homoseksualne sklonosti. Razlog zbog kojeg je policija pokrenula istrage je vjerovatno bio i da se ispita da li je podnosilac predstavke također imao homoseksualne odnose sa maloljetnicima. I zaista, opće je poznato da je ta sklonost rasprostranjena u krugovima homoseksualaca, i činjenica da je i sam podnosilac predstavke bio uključen u kampanju da se zakonska granica starosne dobi za davanje svojevoljnog pristanka snizi također ukazuje na to;

nadalje, ova istraga je provedena u kontekstu šire operacije policije, čiji cilj je bio da se uđe u trag maloljetnoj osobi koja je nestala i za koju se vjerovalo da je povezana sa homoseksualcima (v. u vezi s ovom tačkom odgovor Vlade na pitanje br. 8, dokument Suda (81) 32). Štaviše, nadležni sudski organi su zatvorili predmet.

Ova sveobuhvatna ocjena činjenica dovodi me do stanovišta da podnosilac predstavke ne može tvrditi da je žrtva miješanja u njegov privatni život. Zbog toga zaključujem da u ovom predmetu ne postoji povreda člana 8. Konvencije.

II. U vezi sa navodnom povredom člana 14. uzetog u vezi sa članom 8.

Podnosilac predstavke je naveo povredu člana 14. uzetog u vezi sa članom 8. u odnosu na tri (ili eventualno četiri) tačke: (a) postojanje različitih zakona u različitim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva; (b) razlike u pogledu starosne dobi u kojoj se može dati svojevolian pristanak; (c) i (d) razlike u tretmanu prema krivičnom zakonu između muških homoseksualaca i lezbijki i homoseksualnosti i heteroseksualnosti.

Što se tiče starosne dobi u kojoj se može dati svojevolian pristanak ((b)), sud s pravom zapaža (u stavu 66, drugi podstav) da je to problem koji bi u prvom redu trebalo da riješe domaće vlasti. Obrazloženje većinskog dijela Suda je slijedeće: muška homoseksualnost je kažnjiva prema krivičnom zakonu Sjeverne Irske bez obzira na starosnu dob; shodno tome, samo onda kada se utvrdi starosna dob može se pokrenuti pitanje iz člana 14. Ovo obrazloženje je koherentno i nema mu se šta dodati.

Prema mom mišljenju, nadležne vlasti u stvari prave razliku prema starosnoj dobi i iskazuju toleranciju samo prema homoseksualnosti između saglasnih odraslih muškaraca. Smatram da je, iz razloga čija očiglednost svako objašnjenje čini suvišnim, ovo razlikovanje potpuno legitimno za svrhe člana 1, i time ne daje povod za diskriminaciju.

U vezi sa ostalim žalbama ((a), (c) i (d)), većina u Sudu navodi da, kada se ustanovi posebno kršenje određenog člana Konvencije, onda nema potrebe da sud razmatra predmet i u skladu sa članom 14; drugačije je samo ako je jasna nejednakost u tretmanu u uživanju ovog prava temeljni aspekt predmeta (poziv na presudu od 9. oktobra 1979. god. u predmetu Airey, serija A br. 32, stav 30). Smatra se da u ovim okolnostima ovaj posljednji uslov nije ispunjen. Nadalje, u presudi se nastavlja, nije potrebno odlučivati o suštini spora određenog pitanja koje je dio šireg pitanja i koje je u isto uvršteno (poziv na presudu od 27. februara 1980. g, u predmetu Deweer, serija A br. 35, stav 56 *in fine*), što je pozicija ovog predmeta. U ovim uslovima, većina smatra da ne postoji korisna pravna svrha koja bi se zadovoljila utvrđivanjem da li je podnosilac predstavke uz to bio izložen i diskriminaciji u poređenju sa drugim osobama koji su izložene manjim ograničenjima u okviru istog prava.

Žao mi je što nisam u mogućnosti da se složim sa ovim obrazloženjem. Prema mom mišljenju, kada je Sud pozvan da presudi o kršenju Konvencije koje je podnosilac predstavke naveo i koje je osporavano od tužene Vlade, dužnost Suda je da, ukoliko je

žalba prihvatljiva, odluči o toj tački dajući odgovor o suštini pitanja koje je pokrenuto. Sud ne može pobjeći od ove odgovornosti korištenjem formula koje mogu u pretjeranoj mjeri ograničiti djelokrug člana 14. tako da ga liše svih praktičnih vrijednosti.

Priznajem, postoje izuzetne situacije u kojima je postojeća razlika u tretmanu tako mala da ne sadrži predrasude, tjelesne ili moralne, prema osobama u pitanju. U tom slučaju, ne može se uočiti diskriminacija u smislu člana 14, čak i ako u nekim prilikama može biti teško pružiti objektivna i racionalna objašnjenja za razliku u tretmanu. Samo u takvim okolnostima, prema mom mišljenju, načelo “*de minimis non curat praetor*” bi bilo prihvatljivo (v. *mutatis mutandis*, moje posebno mišljenje pridodato presudi u predmetu Marckx, str. 58). Međutim, smatram da ovi uslovi nisu zadovoljeni u ovom predmetu, uz ishod da se mora zauzeti određen stav u vezi s navodnom povredom člana 14. u odnosu na žalbe podnosioca.

(a) Različitost domaćih zakona, što je karakteristika federalne države, samo po sebi nikada ne predstavlja diskriminaciju i nema potrebe opravdavati različitost ove vrste. Tvrditi suprotno značilo bi u potpunosti zanemariti samu bit federalizma.

(c) i (d) Razlika u karakteru homoseksualnog i heteroseksualnog ponašanja je očigledna, i moral i društveni problemi koje ista pokreću nisu uopće isti. Slično, postoji istinska razlika, kako karaktera tako i stepena između moralnih i društvenih problema koje pokreću dva oblika homoseksualnosti, muška i ženska. Različit tretman koji im je dat prema krivičnom zakonu je tako zasnovan, prema mom mišljenju, na jasnim objektivnim opravdanjima.

Shodno tome, dolazim do zaključka da ne postoji povreda člana 14. uzetog u vezi sa članom 8. u odnosu na svaku žalbu na koju se podnosilac predstavke pozvao.

OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE PINHEIROA FARINHAÉ

Nisam u mogućnosti da se složim sa mišljenjima i zaključcima koje su u ovom predmetu dale moje cijenjene kolege, a u pogledu toga da je Ujedinjeno Kraljevstvo prekršilo član 8. Konvencije.

Prema mom mišljenju, nije bilo žrtve i Sud nema nadležnost da razmatra kršenje koje je navelo lice koje nije žrtva.

Za akciju policije se odlučilo (stav 33) u primjeni Zakona o zloupotrebi lijekova iz 1971. godine, a ne zbog pokretanja akcije protiv homoseksualizma prema krivičnom zakonu.

Policijska istraga “desila se u okviru šire aktivnosti policije, čiji cilj je bio da se uđe u trag maloljetnoj osobi koja je nestala i za koju se vjerovalo da je u vezi sa homoseksualcima” (oprečno mišljenje sudije Matschera) i nije vodila nikakvom krivičnom gonjenju (stav 41).

Istražni organi su zatvorili predmet, uprkos činjenici da je podnosilac predstavke bio sekretar organizacije koja je pokrenula kampanju za legalizaciju homoseksualizma i uprkos dokazu o homoseksualnim sklonostima.

Dolazim do zaključka da - zbog toga što zakon nije izvršen na njegovu štetu i što je primjenjiv ne direktno nego tek nakon konkretne odluke vlasti - podnosilac predstavke nije žrtva.

S obzirom da nema žrtve, zaključak mora biti da nije prekršen član 8. ili član 14. uzet u vezi sa članom 8.

Također bih istakao da “se ne može poreći da se izvjestan stepen utvrđenja regulisanja homoseksualnog ponašanja, kao i drugih oblika seksualnog ponašanja, može opravdati kao “neophodno u demokratskom društvu” i da se “ova potreba za izvjesnim stepenom kontrole može proširiti na saglasne radnje počinjene u privatnosti” (stav 49).

DJELIMIČNO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE WALSHA

Da li je podnosilac predstavke “žrtva” u smislu člana 25?

1. U zakonu Sjeverne Irske ne kaže se da je homoseksualnost zločin, niti isti proglašava sve homoseksualne aktivnosti krivičnim djelima. Jedino se za Zakon iz 1885. godine, od dva Zakona osporena u ovom predmetu, može reći da se bavi isključivo homoseksualnim radnjama. Zakon iz 1885. godine kriminalizira vršenje teškog bluda između muškaraca, bilo privatno ili javno. Odredbe Zakona iz 1861. godine, koji je podnosilac predstavke također osporio, podjednako se odnose na heteroseksualne i homoseksualne radnje. Predstavka podnosioca je usmjerena samo na primjenu odredbe Zakona iz 1861. godine na homoseksualne radnje one vrste koje su pomenute u odjeljku koji je osporen. Između ovih, Sud je u stvarnosti zaokupljen samo jednom vrstom, tj. sodomijom između muškaraca.

2. Zakon iz 1885. godine ne određuje posebno radnje teške bludi, nego jednostavno zabranjuje “teški blud”. Neprirodne radnje između muškaraca nisu krivična djela per se nego samo one koje su “teški blud”. Koja radnja u bilo kojem datom slučaju se može smatrati za teški blud pitanje je za sud, što zapravo znači za porotu, da donese odluku o činjenicama u svakom predmetu.

3. Podnosilac predstavke nije tvrdio da je ikada bio uključen u radnje zabranjene Zakonom iz 1861. g ili Zakonom iz 1885. godine, niti je izjavio da želi učestvovati u takvim radnjama, ili da namjerava to učiniti. Zapravo, njegov slučaj je u tome da, ukoliko izabere da učestvuje u nekoj zabranjenoj radnji, učinak zakona, ako se provede, bi bio da povrijedi zaštitu njegovog privatnog života garantovanu članom 8. Konvencije. U stvari vlasti nisu pokrenule nikakvu radnju protiv njega u skladu sa nekom od zakonskih odredbi u pitanju.

4. Tačno je da je policija pokazala interes za to da li je on učestvovao u homoseksualnim radnjama. Sudu je nepoznato da li ove radnje predstavljaju protupravne radnje prema ijednom od osporenih Zakona. Dokumentacija koja je pobudila interes policije izašla je na vidjelo za vrijeme pretresa naloženog u skladu sa zakonom koji zabranjuje zloupotrebu lijekova. Od podnosioca predstavke je zatraženo da sa policijom dođe u policijsku stanicu kako bi se, *inter alia*, mogli nastaviti ispitivanje vezano za sumnju da je učestvovao u homoseksualnim radnjama. Podnosilac predstavke je dobrovoljno pristao da ide u policijsku stanicu. Da je tamo doveden protiv njegove volje samo da bi bio ispitan o njegovim navodnim homoseksualnim radnjama, on bi se smatrao žrtvom protuzakonitog pritvora i prema zakonu Sjeverne Irske on bi mogao pokrenuti tužbu radi naknade štete pred redovnim sudovima. U mjeri u kojoj se to vidi u dokazima predstavke, takva tužba nikada nije pokrenuta ili razmatrana i nije bilo navedeno da je posjeta podnosioca predstavke policijskoj stanici bila išta drugo osim dobrovoljne posjete. Uobičajena praksa je da ga policija u policijskoj stanici obavijesti da nije obavezan da odgovara na pitanja ili da daje bilo kakve izjave. Uprkos tome, podnosilac predstavke je dobrovoljno dao izjavu čiji sadržaj nije otkriven Sudu. Sud ne zna da li je ta izjava inkriminirajuća ili oslobadajuća. Policija ili direktor javnog tužilaštva nikada nisu gonili podnosioca predstavke zbog navodnih nezakonitih homoseksualnih radnji.

Ne postavlja se pitanje o narušavanju privatnosti doma podnosioca predstavke s obzirom da je ulazak u njegovu kuću proveden prema važećem nalogu za pretres koji se odnosio na zloupotrebu lijekova i nikava žalba nije uložena zbog naloga ili ulaska u kuću. Policija je uzela neke lične dokumente, uključujući i pisma i dnevnik koji su pripadali podnosiocu predstavke, a u kojima su opisane homoseksualne radnje. Sud nije obaviješten da li su ti dokumenti bili nevažni u pogledu istrage o prvostepenim prekršajima o zloupotrebi lijekova i u pogledu čega nije uložena nikakva žalba.

5. Jasno je da je predmet podnosioca predstavke po prirodi više “klasna tužba”. U mjeri u kojoj je on lično uključen, jedva da je **quia time tužba**. S obzirom da sam nije krivično gonjen on je zapravo tražio od Suda da ukine dvije zakonske odredbe zemlje članice. Sud nema deklaratornu nadležnost u ovoj oblasti nevezanu za povredu koju je podnosilac predstavke stvarno ili navodno pretrpio. Prema mom mišljenju, ako bi Sud uzeo takvu nadležnost u predmetima gdje podnosilac predstavke nije žrtva niti će neposredno biti žrtva, posljedice će biti dalekosežne u svakoj zemlji članici.

6. Prema mom mišljenju podnosilac predstavke nije dokazao da je žrtva u smislu člana 25. Konvencije, te stoga nema pravo na odluku koju tuži.

Navoda povreda člana 8.

7. Ako bi se podnosilac predstavke smatrao žrtvom u smislu člana 25, u tom slučaju bi se trebala razmatrati primjenjivost člana 25.

Stav 1. člana 8. propisuje da “svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske”. Nema naznake da se bilo šta u vezi porodičnog

života pokreće u ovom predmetu. Stoga je predstavka zapravo traženje prava da u svom privatnom životu učestvuje u homoseksualnim radnjama, vjerovatno, u privatnosti.

8. Prvo pitanje koje se treba razmotriti je značenje stava 1. člana 8. Možda je jedna od naj-jezgrovitijih pravnih definicija privatnosti ona koju su dali Warren i Brandies – a to je “pravo biti ostavljen na miru”. Pitanje je da li se prema članu 8. stav 1, pravo na poštivanje nečijeg privatnog života treba tumačiti kao apsolutno pravo neovisno od prirode aktivnosti koja se obavlja kao dio privatnog života i da li miješanje u ovo pravo nije dozvoljeno ni pod kakvim okolnostima osim pod uslovima stava 2. člana 8. Čini se da je ovo tumačenje dao Sud u svojoj presudi.

U osnovi nije suštinski drugačije opisati “privatni život” zaštićen članom 8. stav 1. kao “ograničen ” na privatno ispoljavanje ljudske ličnosti. U svakom datom slučaju dotična ličnost u privatnom životu može ispoljiti opasne ili zle namjere sračunate da nenesu za tu osobu ili za druge. Izgleda da Sud kao materijalni faktor nije razmotrio da dato ispoljavanje može uključiti više od jedne osobe ili u istom može učestvovati više od jedne osobe, podrazumijevajući da se to ispoljavanje može okarakterisati kao radnja privatnog života. Ako se ova pretpostavka prihvata u svrhe ovog predmeta, postavlja se pitanje da li miješanje na koje se žali može biti opravdano stavu 2. Ovo ponovo pokazuje da su prema članu 8. nerazdvojive društvene dimenzije privatnog života ili “privatnog morala” ograničene unutar stava 2. člana 8. Izlišno je pitati da li je miješanje, ukoliko je postojalo, bilo u skladu sa zakonom. Pitanje nametnuto stavom 2. je da li je miješanje odobreno zakonom, neophodno u demokratskom društvu u interesu zaštite zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih.

9. Ovdje se postavlja staro filozofsko pitanje koja je svrha zakona. Da li postoji područje morala kojim se zakon ne bavi ili da li se zakon zapravo bavi principima morala? U kontekstu jurisprudencije Ujedinjenog Kraljevstva i filozofije prava ova debata je u modernim vremenima bila između profesora H. L. A. Hart-a i lorda Devlin-a. Uopćeno govoreći prvi od njih prihvata filozofiju koju je u prošlom stoljeću iznio John Stuart Mill, dok drugi zagovara da je moral zapravo briga zakona. Lord Devlin tvrdi da s obzirom da zakon postoji da se zaštiti društvo, on ne smije samo štititi pojedince od povreda, korupcije i eksploatacije nego on

“mora također štititi institucije i zajedništvo ideja, politike i morala, bez kojeg ljudi ne mogu živjeti zajedno. Društvo ne može zanemariti moral pojedinca više nego njegovu odanost; on jača oboje i bez jednog on umire”.

On tvrdi da se krivični zakon Engleske ne samo “bavi moralnim principima od svog od početka nego i dalje nastavlja da se bavi moralnim principima”. Među djelima koja on navodi da su uvedena u krivični zakon na osnovu moralnih principa, bez obzira što se može tvrditi da oni ne ugrožavaju javnost, su eutanazija, ubijanje drugoga na njegov lični zahtjev, sporazumi o samoubistvu, dvoboj, abortus, incest između brata i sestre. Ovo su djela za koja on smatra da se mogu obaviti privatno i bez povrede drugih i ista ne moraju uključivati korupciju i eksploataciju drugih. Ipak, kako je on istakao, niko

nije odmakao tako daleko da predloži da se ona ostave izvan krivičnog zakona kao stvar privatnog morala.

10. Proizilazi da Ujedinjeno Kraljevstvo zaista tvrdi da u principu može donositi zakone protiv nemorala. Iz modernog zakonodavstva Ujedinjenog Kraljevstva proizilazi da se veliki broj kaznenih zakona zasniva na moralnim principima i uloga ovih kaznenih zakona je da se sprovedu moralni principi. Mučenje životinja je nezakonito zbog moralne osude užitka u zadavanju boli bićima koja iste osjećaju. Zakoni koji ograničavaju ili sprečavaju kockanje bave se etičkim značajem kockanja ograničenim na uticaj koji ono može imati na karakter kockara kao člana društva. Zakonodavstvo protiv rasne diskriminacije za svoj cilj ima oblikovanje moralnog mišljenja putem zakonskih sankcija i izmjenu ljudskog ponašanja kroz ovlasti kažnjavanja.

11. Suprotan stav, zastupljen u engleskoj jrisprudenciji kod John Stuart Mill-a, je da se zakon ne bi trebao uplitati u pitanja privatnog morala više no što je neophodno kako bi se očuvao javni red i zaštitili građani od onoga što je štetno i uvredljivo i da postoji oblast moralnog ponašanja koja bi se trebala ostaviti savjesti pojedinca kao jednaka slobodi mišljenja ili vjerovanja. Preporuke Komiteta Wolfenden se djelimično oslanjaju na ovaj stav u prilog neintervenciji zakona u slučaju homoseksualnih radnji između odraslih muškaraca koji su saglasni da iste počine. O ovom Aspektu problema Komitet Wolfended iznosi:

“Ostaje još jedan dodatni suprotni argumenat za koji smatramo da je presudan, tj. važnost koju bi društvo i zakon trebali dati slobodnom izboru pojedinca u pogledu djelovanja oblasti privatnog morala. Ukoliko društvo namjerno ne pokuša, putem zakona, da područje zločina izjednači sa područjem grijeha, mora ostati područje privatnog morala i nemoralnosti koje, ukratko i grubo rečeno, nije stvar zakona. Reći ovo ne znači oprostiti i ohrabrivati privatni nemoral.

Ovaj aspekt izvještaja Komiteta Wolfender očigledno sam po sebi predstavlja preporuku Sudu (v. stavove 60. i 61. presude).

12. Sud se također slaže sa zaključkom u izvještaju Wolfended u mjeri da postoji potreba za izvjesnim stepenom kontrole čak i u pogledu saglasnih radnji počinjenih privatno, odnosno tamo gdje postoji poziv “da se osigura dovoljna zaštita protiv eksploatacije i korupcije drugih, posebno onih koji su posebno ranjivi zato što su mladi, slabe konstitucije ili uma, neiskusni ili koji su u posebnoj fizičkoj, službenoj ili ekonomskoj ovisnosti” (stav 49. ove presude). Nadalje, Sud prihvata da je izvjestan oblik zakonodavstva potreban da se zaštite ne samo određene grupe društva nego također i duh društva u cjelini (*ibid*). Međutim, iskustvo je pokazalo da eksploatacija i korupcija drugih nije ograničena na osobe koje su mlade, slabe konstitucije ili uma ili neiskusne ili koje su u posebnoj fizičkoj, službenoj ili ekonomskoj ovisnosti.

13. Činjenica da neka osoba dobrovoljno pristaje da učestvuje u homoseksualnim radnjama nije dokaz da je ta osoba po prirodi seksualno orijentisana u tom pravcu. Mora se napraviti razlika između homoseksualaca koji su takvi zbog neke vrste unutrašnjeg

nagona ili patološke konstitucije koja se ocjenjuje kao neizlječiva i onih čije sklonosti proizilaze iz nedostatka normalnog seksualnog razvoja ili iz navike ili iskustva ili iz drugih sličnih razloga, ali čije sklonosti nisu neizlječive. U mjeri u kojoj se to odnosi na kategoriju neizlječivih osoba, takve radnje se moraju smatrati abnormalnostima ili čak hendikepima i takve osobe treba tretirati sa suosjećanjem i tolerancijom što je neophodno da bi se iste spriječile da postanu žrtvama te sklonosti koju ne mogu kontrolisati i za koju nisu lično odgovorne. Međutim, drugačija su razmatranja kada se te sklonosti pretvore u radnje. Izopačenost koju Sud smatra potrebnom kontrolisati i zaštita moralnog duha zajednice na koju se sud pozvao mogu biti blisko povezane sa pretvaranjem tavih sklonosti u radnje. Čak i pod pretpostavkom da jedna od dvije uključene osobe ima neizlječive sklonosti, druga ne mora biti takva. Poznato je da se muškarci koji su heteroseksualci ili biseksualci? uključuju u ove aktivnosti ne zato što imaju neizlječivu sklonost nego zbog seksualnih uzbuđenja. Međutim, potrebno je potvrditi da je predmet podnosioca predstavke razmatran na osnovu pozicije muškarca koji je po prirodi predisponiran ili orijentisan homoseksualac. Sud, u nedostatku suprotnih dokaza, prihvata ovo kao osnovu predmeta podnosioca predstavke i u svojoj presudi donosi odluku samo u pogledu muškaraca koji su tako homoseksualno orijentisani (v, na primjer, stavove 32, 41. i 60 ove presude).

14. Ako se prihvati da država ima valjan interes u sprečavanju izopačenosti i u očuvanju moralnog duha svog društva, onda država ima pravo da propiše takve zakone koje može razumno smatrati neophodnim za ostvarenje ovih ciljeva. Vladavina prava sama po sebi ovisi od moralnog konsenzusa zajednice i u demokratiji zakon si ne može dozvoliti da zanemari moralni duh zajednice, bilo time što je on daleko ispod ili iznad istog, zakon se uvažava. Vrlina ne može biti ozakonjena, ali mana može ako zakonodavstvo odredi pretjerano tešku borbu za vrlinu. Takva situacija može imati poražavajući uticaj na moralni duh zajednice u pitanju. Konačno opravdanje zakona je to što služi moralu. Istina je da mnogi oblici nemoralna koji mogu imati negativan uticaj iskvarivanju nisu predmet zakonske zabrane i sankcionisanja. Međutim, takvi propusti ne podrazumijevaju nemogućnost korupcije ili erozije moralnog duha zajednice nego potvrđuju praktičnu nemogućnost efikasnosti zakona u svakoj oblasti nemoralna. Tamo gdje je takav zakon donešen isti je odraz brige “mudrog zakonodavca”.

Štaviše, ne smije se previdjeti da se osnova preporuke Wolfenden komiteta da bi se homoseksualni odnosi između odraslih muškaraca trebali dekriminalizirati dobrim dijelom sastojala u vjerovanju da je bilo teško primjeniti zakon i da bi isti u primjeni uzrokovao više štete nego dobra ohrabrujući ostala zla kao što je to ucjena. Ovo očigledno nije neophodno univerzalna vrijednost. Relevantni uslovi mogu varirati od zajednice do zajednice. Iskustvo također pokazuje da neke seksualne aktivnosti koje same po sebi ne predstavljaju kršenja krivičnog zakona mogu predstavljati plodno tlo za pojavu ucjene kada krše moralni duh zajednice, npr. preljuba, homoseksualnost žena, pa čak, kada to nije nezakonito, i homoseksualnost muškaraca.

15. Seksualna moralnost je samo jedan dio ukupnog područja morala i pitanje koje se ne može izbjeći je da li je seksualni moral “samo privatni moral” ili on ima nerazdvojivu društvenu dimenziju. Seksualno ponašanje je određeno više kulturnim uticajem nego

instinktivnim potrebama. Kulturni trendovi i očekivanja mogu stvoriti sklonosti za koje se greškom može pomisliti da su stvarni instinktivni nagoni. Zakonska uređenja i propisi uspostavljeni da regulišu seksualno ponašanje su veoma bitni formativni faktori u stvaranju kulturnih i društvenih institucija.

16. Prema mom mišljenju, pozivanje Suda na činjenicu da se u većini zemalja članica Savjeta Evrope homoseksualna radnja u privatnosti između odraslih osoba više ne smatra krivičnim djelom (stav 60. ove presude) ne pospješuje ovaj argumenat. Dvadeset i jedna zemlja koliko ih ima u Savjetu Evrope prema svom geografskom položaju protežu se od Turske do Islanda i od Mediterana do Arktika i imaju znatne razlike u kulturnim i moralnim vrijednostima. Sud ističe da se ne mogu previdjeti značajne promjene u zakonima koji se odnose na homoseksualne radnje u zemaljama članicama (*ibid.*). Bilo bi nesretno ako bi to dovelo do pogrešnog zaključka da se u zakonu koji se odnosi na homoseksualnu praksu razvila ili da se može razviti evropska norma.

17. Religijska vjerovanja u Sjevernoj Irskoj su veoma snažna i direktno utiču na mišljenja i poglede ogromne većine ljudi u Sjevernoj Irskoj o pitanjima seksualnog morala. U mjeri u kojoj se to odnosi na homoseksualce, i posebno na sodomiju, ovakav stav prema seksualnom moralu može izgledati kao da odvaja ljude u Sjevernoj Irskoj od većine ljudi u drugim evropskim zajednicama, ali da li je to pogrešno je, u najmanju ruku sporno. Takvi stavovi o neprirodnoj seksualnoj praksi se materijalno ne razlikuju od onih koji su kroz istoriju uslovljavali moralna područja jevrejske, krišćanske i islamske kultura.

18. Krivični zakon nije nikada bio jedinstven u više pravnih sistema unutar Ujedinjenog Kraljevstva. Sud priznaje da se tamo gdje postoje različite kulturne zajednice unutar iste države, vladajući organi su suočeni sa različitim zahtjevima, moralnim i društvenim (stav 56. ove presude). Sud također priznaje da se osporene mjere moraju posmatrati u kontekstu društva Sjeverne Irske (*ibid.*). Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, odgovorna za zakonske promjene u svakom pravnom sistemu koji funkcioniše unutar Ujedinjenog Kraljevstva, **poslušala** ? je mišljenje u Sjevernoj Irskoj o pitanju izmjene zakona koji se odnosi na homoseksualne prekršaje. Dok je moguće da je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva pogriješila u svojoj ocjeni o uticaju koji bi tražena izmjena imala na zajednicu Sjeverne Irske, ona je ipak u dobroj, ako ne i boljoj poziciji od Suda da ocjeni tu situaciju. Krivične sankcije možda nisu najpoželjniji način rješavanja situacije, ali ponovo, to treba da se ocijeni u svjetlu uslova koji zapravo prevladavaju u Sjevernoj Irskoj. U svim kulturama pitanja seksualnog morala su posebno osjetljiva i efekti izvjesnih oblika seksualnog nemoralna nisu podložni istom objektivnom ocjenjivanju kao pitanja mučenja, ponižavajućeg postupanja i nehumanog tretmana. U toj mjeri pozivanje suda u ovoj presudi (stav 60) na predmet Tyrer nije tako uvjerljivo. Sugerisano je da presuda u predmetu Marckx zapravo i nije relevantna za ovaj slučaj s obzirom da se odnosi na poziciju nezakonitog djeteta čije radnje nisu ni u kom slučaju bile u pitanju.

19. Čak i ako treba smatrati, a ja ne mislim da je tako, da je narod Sjeverne Irske "nazadniji" od ostalih društava unutar Savjeta Evrope zbog svog stava prema

homoseksualnoj praksi, to je u velikoj mjeri vrijednosni sud koji potpuno zavisi od početne pretpostavke. Teško je procijeniti kakav bi bio uticaj na društvo Sjeverne Irske da zakon sada dozvoljava (čak i uz zaštitu mladih ljudi i ljudi kojima je zaštita potrebna) homoseksualnost one vrste koja je trenutno zakonom zabranjena. Dopuštam si stav da je Vlada, nakon što je razmotrila poziciju, u boljoj poziciji od Suda da to ocijeni, posebno iz razloga što Sud priznaje nadležnost države u odlučivanju u ovoj stvari, ali ispituje proporcionalnost posljedica važećeg zakonodavstva.

20. Zakon ima ulogu da utiče na moralne stavove i ukoliko odgovorna strana smatra da bi tražena izmjena zakona imala štetan uticaj na moralne stavove, onda, prema mom mišljenju ima pravo da odžava zakon onakvim kakav jeste. U presudi Suda se ne iznosi da određene homoseksualne prakse koje su predmet kažnjavanja prema ovom zakonu zapravo predstavljaju temeljna ljudska prava. Međutim, to neće spriječiti da takva presuda bude pozdravljena od onih koji nastoje da izbrišu osnovnu razliku između homoseksualnih i heteroseksualnih aktivnosti.

21. Čak i u izvještaju Wolfender se smatra da je jedna od funkcija krivičnog zakona u očuvanju javnog reda i pristojnosti i u osiguravanju zaštite protiv eksploatacija i korupcije drugih, te je shodno tome preporučeno da bi i dalje trebalo da bude prekršaj “treće strane da proizvede ili pokuša da proizvede čin teške nepristojnosti između muškaraca bez obzira na to da li čin koji se proizvodi predstavlja krivično djelo”. Odrasli, čak i oni saglasni, mogu biti korumpirani i eksploatisani zbog svoje vlastite slabosti. Prema mom mišljenju to je područje u kojem zakon ima širok stepen slobodne procjene, koji se ne bi trebao ograničavati osim u slučajevima kada je nesumnjivo jasno da takav zakon razumna zajednica ne može donijeti. Prema mom mišljenju u ovom slučaju takav dokaz se ne može pružiti.

22. U Sjedinjenim Američkim Državama postoji veliki spor koji se odnosi na pitanje privatnosti i na garancije privatnosti utjelovljene u Ustavu Sjedinjenih Država. Vrhovni sud Sjedinjenih Država i ostali sudovi Sjedinjenih Država su podržali pravo na privatnost bračnih parova protiv zakona koji traži da se kontrolišu seksualne radnje unutar braka, uključujući i sodomiju. Međutim, ovi sudovi su odbili da prošire ustavnu garanciju privatnosti datu bračnim parovima na homoseksualne radnje ili heteroseksualnu sodomiju izvan braka. Uticaj ovoga je da javna politika podržava zapravo apsolutnu privatnost unutar braka i privatnost seksualnih radnji unutar braka.

Ispravno je smatrati da će, s obzirom da je porodica temeljna jedinka društva, interesi bračne privatnosti normalno biti superiorni državnom interesu spram nekih seksualnih radnji koje bi se same po sebi smatrale nemoralnim i sračunate da iskvaru. Izvan braka nema takvog prisilnog interesa za privatnošću koji bi po svojoj prirodi trebao prevladati u odnosu na takve aktivnosti.

23. Potrebno je zapaziti da član 8. stav 1. Konvencije govori o “privatnom i porodičnom životu”. Ako se primjeni pravilo ejusdem generis, onda bi se ta odredba u odnosu na privatni život u tom kontekstu trebala tumačiti kao, na primjer, pravo na vaspitanje djeteta prema vlastitim filozofskim i religioznim načelima i općenito bi vodila

nemiješanju u aktivnosti koje su srodne onim vodenim u privatnosti porodičnog života i kao takve predstavljaju tok uobičajenih ljudskih i temeljnih prava. Takvo šta se ne može tražiti za homoseksualnu praksu.

Prema mom mišljenju nije prekršen član 8. Konvencije.

Član 14.

Slažem se sa presudom Suda u pogledu člana 14.

KLJUČNE RIJEČI

Poštivanje porodičnog života

Privatnost

Miješanje

Propisano zakonom

Ograničenja u zaštiti zdravlja i morala

Ograničenja u zaštiti prava i sloboda drugih

Diskriminacija

Ograničenja u zaštiti demokratsog društva.

DODATAKPREDMET DUDGEON

(član 50)

ODLUKA

Sudsko vijeće formirano dana 30. septembra 1980. godine da razmotri predmet Dudgeon,

U odnosu na odluku od 30. januara 1981. godine u skladu sa pravilom 48. Pravila suda, da prenese ovlasti u korist plenarnog Suda,

U odnosu na presudu kojom je, nakon što je ustanovljeno kršenje zahtjeva iz člana 8. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, plenarni Sud vratio Vijeću, u skladu sa pravilom 50. stav 4 Pravila suda, pitanje primjene člana 50. Konvencije;

Na sjednici, koja nije bila javna, održanoj u Strasbourgu u sastavu g. R. Ryssdal, predsjednik, g. Thór Vilhjálmsson, g. D. Evrigenis, g. G. Lagergen, g. L. Liesch, g. J. Pinheiro Farinha i Sir Vincent Evans, te također g. M-A. Eissen, arhivar, i g. H. Petzold, zamjenik Registrara;

Kako je neophodno utvrditi daljnji postupak, dajući pri tome dužno poštovanje za mogućnost sporazuma između tužene države i podnosioca predstavke (pravilo 50. stavovi 3. i 5. Pravila suda);

Poziva Evropsku Komisiju za ljudska prava da u roku od dva mjeseca od objavljivanja odluke dostavi Vijeću pismeni stav Komisije o navedenim pitanjima, uključujući i obavijest o prijateljskom rješenju do kojeg su Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske i podnosilac predstavke eventualno došli;

Zadržava daljnji postupak i daje predsjedniku Vijeća ovlast da isti pokrene ukoliko se ukaže potreba¹.

Usvojeno jednoglasno dana 23. septembra 1981. godine i sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, od kojih je engleska verzija autentična, u Zgradi ljudskih prava u Strasbourg, 22. oktobra 1981. godine.

Za predsjednika suda

John CREMONA
sudija

¹ Vidi odvojenu presudu o članu 50. od 24. februara 1983. godine (bilješka izdavača)

Marc-André EISSEN
Registrar