

LGBT PRAVA:

STANDARDI I SUDSKA PRAKSA



Crna Gora
VRHOVNI SUD

PROGRES
LGBT Forum





LGBT PRAVA: STANDARDI I SUDSKA PRAKSA

Urednik:

mr.sc. Aleksandar Saša Zeković

Biblioteka:

Unapređenje pravosudnog sistema

Izdavači:



VRHOVNI SUD CRNE GORE
www.sudovi.me



LGBT FORUM PROGRES
www.lgbtprogres.me

Prevodilački Komitet:

Andrijana Jokanović Armina Kadić Ivana Bajković Jovana Šebek
Jasmina Kaljić Stevan Milivojević

Tehnička urednica:

Darija Begić

Napomena:

U pitanju su nezvanični prevodi sa engleskog jezika. Prevodi tekstova na bilo koji način ne obavezuju. Tekstovi originalnih odluka i presuda (na engleskom jeziku kao službenom jeziku Ujedinjenih nacija, Savjeta Evrope, odnosno Evropskog suda za ljudska prava i Evropske unije, u slučaju, Evropskog suda pravde) imaju apsolutni primat. Korišćeni su, kod tri slučaja, prevodi u bazi podataka sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) koji su realizovani uz podršku Trast fonda za ljudska prava Savjeta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund).



Ova knjiga je finansirana, dijelom, kroz projekat Ambasade Sjedinjenih Američkih Država. Mišljenja, ocjene, zaključci i iznesene preporuke su djelo autora, i ne odlikavaju obavezno stavove Stejt Departmenta.

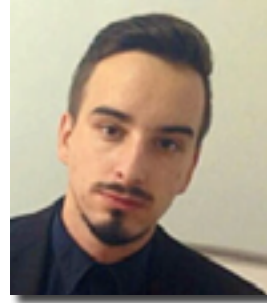
LGBT PRAVA:

STANDARDI I SUDSKA PRAKSA

urednik zbornika:
mr.sc. Aleksandar Saša Zeković

SADRŽAJ

| | |
|--|-----|
| Pozdravna riječ partnera | 5 |
| Predgovor | 7 |
| Pregled stanrdarda, odluka i presuda zastupljenih u zbirci | 10 |
| Ujedinjene Nacije - Komitet za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Toonen protiv Australije</i> | 18 |
| Ujedinjene Nacije - Komitet za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Edward Young protiv Australije</i> | 28 |
| Ujedinjene nacije - Komitet za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Irina Fedotova protiv Rusije</i> | 41 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva</i> | 56 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Lustig-Prean i Beckett protiv Ujedinjenog Kraljevstva</i> | 81 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije</i> | 111 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva</i> | 123 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj S.L. protiv Austrije</i> | 149 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Kozak protiv Poljske</i> | 158 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj E.B. protiv Francuske</i> | 178 |
| Savjet Evrope - Evropski sud za ljudska prava: | |
| <i>Slučaj Aleksejev protiv Rusije</i> | 203 |
| Evropska unija - Evropski sud pravde: | |
| <i>Slučaj Tadeo Maruko protiv VdB</i> | 224 |
| Crna Gora - Osnovni sud u Podgorici: | |
| <i>Zaštita od diskriminacije LGBT osoba</i> | 237 |
| Crna Gora - Osnovni sud u Baru: | |
| <i>Krivični postupak protiv M.P. iz Bara zbog prijetnji LGBT aktivisti</i> | 249 |



ZAJEDNIČKI DOPRINOSIMO DOSTUPNOM, NEZAVISNOM, EFIKASNOM I POUZDANOM SUDSTVU

Proteklih nekoliko godina sprovode se intenzivne promjene koje crnogorsko sudstvo definišu u dostupniji, transparentniji, efikasniji i ažurniji sistem.

Trajno je opredjeljenje sudske vlasti u Crnoj Gori da kroz jačanje samostalnosti, nezavisnosti, efikasnosti i pouzdanosti sudskog sistema doprinosi uspješnom nastavku evropskih i širih integracionih procesa.

U sklopu svih tih napora posebno su unaprijeđeni kontakti i saradnja Vrhovnog suda Crne Gore s organizacijama civilnog društva kao i brojnim međunarodnim partnerima koji svestrano podržavaju ukupan proces pristupanja Crne Gore Evropskoj uniji i NATO-u.

Zato je važno istaći da je, pri svim preduzetim naporima, brižna pažnja posvećena i unapređenju saradnje s zajednicama koji se suočavaju s ozbiljnim izazovima ukupne bezbjednosti i društvenog prihvatanja.

Svi skupa izuzetno smo ponosni što je došlo i do vidnog unapređenja međusobnih kontakata između sudske vlasti i LGBT zajednice koja se manifestuje kroz zaključene memorandume o saradnji, pokretanje zajedničkih obrazovnih programa kao i kroz izdavačku produkciju, koja, vidljivo, govori o uspostavljenom povjerenju i uvažavanju.

Posebno je mjesto da istaknemo, i pozdravimo, podršku Vlade Sjedinjenih Američkih Država osnaživanju pravosudnog sistema u Crnoj Gori kroz koji je, po prvi put, uspostavljena direktna komunikacija i saradnja između Vrhovnog suda Crne Gore i LGBT organizacija.

LGBT zajednica iskazala je korektan i odgovoran odnos prema konsolidaciji vladavine prava i promociji nezavisnog i samostalnog sudstva. Osim što su predstavnici LGBT zajednice dosljedno poštovali pretpostavku nevinosti svakog pojedinca, na bilo koji način nijesu vršili pritisak na rad suda niti su komentarisali aktuelne sudske postupke i nepravosnažne sudske presude.

Rad na daljem unaprijeđenju kapaciteta sudstva, kada je riječ o ljudskim pravima i slobodama lezbejskih, gay, biseksualnih i transrodnih (LGBT) osoba, treba nastaviti. To će neminovno voditi povećanju povjerenja ukupne javnosti, posebno LGBT osoba, u crnogorsko sudstvo i sudsku vlast.

Uvjereni smo da se kroz pokrenutu izdavačku produkciju podržava dalji proces reformi i osnažuju kapaciteti sudstva.

Vjerujemo da knjige, koje u nastavku predstavljamo, mogu doprinijeti ne samo daljem uvažavanju i poštovanju nezavisnosti i autonomije sudija, što je jedinstveni imperativ, već i kvalitetu praktičnih obuka i boljem razumijevanju izazova u vezi sa društvenim prihvatanjem LGBT osoba ali i iskustva drugih pravosudnih sistema i odgovarajućih međunarodnih standarda i jurisprudencije.

Vesna Medenica
predsjednik Vrhovnog Suda Crne Gore

Stevan Milivojević
izvršni direktor "LGBT Forum Progres"

PREDGOVOR

Kvalitetno antidiskriminatorno zakonodavstvo, i njegova dosljedna primjena, ključni su za prevazilaženje izazova s kojima se suočavaju LGBT osobe. Suština antidiskriminatorne politike i prakse jeste da se smanji društvena stigmatizacija i obezbijedi jednak i praveden pristup prilikama i mogućnostima.

Cijenili smo važnim da se - kroz kreiranje nacionalne stručne literature - sudijama, tužiocima, advokatima, policijskim službenicima, svima onima koji planiraju i primjenjuju vladinu politiku, aktivistima civilnog društva, ali onima koji se bave akademskim, naučnim i istraživačkim radom, približe pitanja, standardi i sudska praksa relevantna za razumijevanje različitih aspekata prava LGBT osoba.

Posebno smo imali u vidu da bi razvijanje domaće stručne literature moglo pomoći i zakonodavcima, i drugim donosiocima odluka, u pogledu stalno dostupne provjere usklađenosti važećih zakonskih propisa ali i nacrtu zakona s međunarodnim standardima. Praćenjem presuda, blagovremenim informisanjem o njima i blagovremenim intervencijama smanjuje se potencijal rizik od povreda prava garantovanih tim standardima, pri čemu posebno uzimamo u obzir Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava.

Uvjereni smo da smo - kroz različita izdanja naših biblioteka - "Zaštita LGBT prava u praksi", "Nacionalna LGBT politika" a posebno iz, ove, biblioteke "Unapređenje pravosudnog sistema" - kreirali ozbiljan opus nacionalne literature koja može postati efikasan resurs daljeg razvoja kapaciteta i konsultovanja pri donošenju odluka. Naš je cilj da istaknemo važnost stalnog obrazovanja o pravnim i društvenim promjenama oko nas, podržimo i pomognemo stručno obrazovanje i obuku svih aktera o djelotvornoj primjeni međunarodnih i nacionalnih standarda u kontekstu njihove prakse i da tako, dugoročno, doprinesemo unapređenju prihvaćenosti i kvalitetu života LGBT osoba u Crnoj Gori i regionu.

Zbornik "LGBT prava: Standardi i sudska prava", osim kratkog pregleda zastupljenih ključnih presuda, čine poglavlja posvećena implementaciji Međunarodnog pakta o građan-

skim i političkim pravima (Ujedinjene Nacije), Evropske konvencije o ljudskim pravima (Savjet Evrope), pravnih tekovina Evropske unije (u svijetlu nadležnosti Evropskog suda pravde) i nacionalnog prava (presude osnovnih sudova u Podgorici i Baru).

Zbornik “LGBT prava: Standardi i sudska praksa” predstavlja i svojevrsni pregled, vremenskog i suštinskog, razvoja određenih pojmova vezanih za ljudska prava. Brojna pitanja vezana za prava LGBT osoba, nisu striktno definisana, što ostavlja mogućnost njihovog razmatranja u kontekstu stalnih društvenih promjena i doprinosi boljem razumijevanju tih standarda i njihov dalji razvoj. Posebno je evolucija tih pitanja izražena u razumijevanju pojma nepovredivosti privatnog života, zaštite od diskriminacije i pojma porodice u savremenim društvenim uslovima.

U zborniku je predstavljena pravna praksa kako bi se, kod aktera našeg pravosudnog sistema, ali i kod svih drugih donosilaca odluka i praktičara, unaprijedila informisanost i bolje razumijevanje prava vezanih za seksualnu orijentaciju i rodni identitet. Intencija je da se unaprijedi kvalitet i funkcionisanje pravosuđa u cjelini ali i osnaži ukupan nacionalni institucionalni okvir za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

Funkcija zbornika “LGBT prava: Standardi i sudska prava” je da skrene dodatnu profesionalnu pažnju, svih aktera našeg pravosudnog sistema, na bitne odredbe međunarodnih standarda i odgovarajuću praksu vezanu za njihovu implementaciju.

Cilj zbornika “LGBT prava: Standardi i sudska prava” jeste da podrži stručne praktične obuke, da omogući i podstakne sudije da uzmu u obzir sudska praksa Evropskog Suda za ljudska prava pri vođenju postupaka i izradi presuda. Vjerujemo da se tako doprinosi snaženju kvaliteta našeg sudskog sistema i povjerenja u njega. To je bio jedan od vodećih ciljeva projekta u sklopu kojeg je publikovan predmetni zbornik.

Projekat “Unapređenje pravosudnog sistema” predstavlja podršku edukaciji o ljudskim pravima s namjerom da se osnaži razumijevanje svih pravnih pitanja vezanih za LGBT prava i poboljša zaštita ljudskih prava LGBT osoba u domaćoj praksi.

Projekat su, uz podršku Ambasade Sjedinjenih Američkih Država (SAD) u Podgorici zajednički implementirali Vrhovni sud Crne Gore i nevladina (LGBT) organizacija “LGBT Forum Progres”. Uspostavljena saradnja predstavlja prvi primjer, u zemljama regiona, bliske programske saradnje između sudske vlasti i LGBT zajednice. Vjerujemo da će međusobna iskustva i znanja, stečena kroz realizaciju projekta, postati primjer dobre prakse iz kojeg mogu učiti sudski sistemi i LGBT zajednice u regionu.

Brojni ostvareni kontakti, terenske posjete i radionice sa sudijima i ostalim akterima našeg pravosudnog sistema definisali su i konkretne sadržaje projektnih aktivnosti i potrebu daljeg obrazovanja i stručne specijalizacije u sudskom sistemu.

Izdanja u sklopu ove biblioteke - “Nevidljivi progon: Homoseksualanost pred socijalističkom pravdom”, “Zakon i LGBT prava” i “LGBT prava: Standardi i sudska praksa” - upravo predstavljaju odgovor na izražene potrebe sudija u pogledu novih znanja u vezi sa LGBT tematikom, međunarodne sudske prakse i iskustava u vezi sa otklanjenjem nepravdi zasnovanih na stereotipima i predrasudama.

Zbornik “LGBT prava: standardi i sudska praksa”, kroz integrisani sadržaj, obezbjeđuje dostupnost relevantne sudske prakse s namjerom da aktivno promoviše očekivani razvoj nacionalne prakse.

Zbornik “LGBT prava: standardi i sudska praksa” predstavlja i vrlo jasan doprinos obrazovanju o konvencijskom pravu. Namjera je da kroz svoj integralni sadržaj doprinosi odgovarajućem citiranju prakse Evropskog suda za ljudska prava posebno, u pogledu pozivanja sa odgovarajućim obrazloženjem, kao i uspostavljanju ujednačene prakse domaćih sudova.

Cijenimo da je ovdje prilika da kod sudija, tužilaca, advokata, poslanika Skupštine Crne Gore, policijskih i drugih vladinih službenika, kod osoba u ombudsman tijelima, kod aktivista za ljudska prava i drugih aktera promoviramo korišćenje sledećih internetskih baza: www.ohchr.org - Ujedinjenje nacije; www.echr.coe.int i <http://hudoc.echr.coe.int> - sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava; <http://curia.europa.eu> - Evropski sud pravde, www.eur-lex.eu - Službeni Glasnik EU i www.sudovi.me - portal "Sudovi Crne Gore".

Pažnji, uz ostala izdanja iz biblioteke "Unapređenje pravosudne prakse", preporučujemo studiju "Mitovi i stereotipi - Nasilje i govor mržnje prema LGBT osobama: Policijska i pravosudna praksa u Crnoj Gori" (autori Zeković, Kojičić i Tomović) koja predstavlja svjedočanstvo o društvenom neprihvatanju LGBT zajednice odnosno o društvenoj kriminalizaciji LGBT osoba. Slučajevi nasilja i govora mržnje, o kojima dokumentovano svjedoči ova studija pokazatelj su atmosfere i prilika u kojima živi LGBT zajednica. Studija predstavlja do sada najozbiljniji i najsveobuhvatniji doprinos formiranju podataka o govoru mržnje, nasilju i diskriminaciji nad LGBT zajednicom u Crnoj Gori. i posebno može ohrabriti uspostavljanje ujednačene prakse kod prekršajnih sudova. Studija je dostupna na ovom linku <http://media.lgbtprogres.me/2014/05/Mitovi-i-stereotipi-OK-1.pdf> dok je verzija iste na engleskom jeziku dostupna na ovom linku: <http://media.lgbtprogres.me/2014/05/Myths-and-stereotypes-eng.pdf>

Konačno, koristim priliku da se zahvalim svojim bivšim kolegama u nevladinoj organizaciji "LGBT Forum Progres" na izvanrednoj saradnji i posvećenosti tokom realizacije ovog, istorijski važnog, projekta, Ambasadi SAD-a na podršci, a Sanji Kalezić i dr Jovanu Kojičiću na izuzetnoj stručnoj i profesionalnoj podršci i akademskoj motivaciji tokom rada na izboru relevantne prakse i uređivanju zbornika.

mr.sc. Aleksandar Saša Zeković

*urednik zbornika "LGBT prava: Standardi i sudska praksa",
predsjednik Projektnog odbora "Unapređenje pravosudnog sistema"
i član Savjeta za građansku kontrolu rada policije*

ZBIRKA “LGBT PRAVA: STANDARDI I SUDSKA PRAKSA”

PREGLED ZASTUPLJENIH STANDARDA, ODLUKA I PRESUDA

STANDARDI SU ŽIVI INSTRUMENTI KOJI SE TUMAČE U KONTESTU DANAŠNJEG VREMENA, USLOVA I RAZVOJA

1. Slučaj Toonen v. Australije

Nicholas Toonen (1964), državljanin Australije, pred Komitetom za ljudska prava Ujedinjenih nacija osporio je dvije odredbe Krivičnog zakonika Tasmanije koji kriminalizuju razne oblike seksualnog kontakta između muškaraca, uključujući sve oblike seksualnog kontakta između saglasnih odraslih homoseksualnih muškaraca u privatnosti. Komitet je ustanovio kršenje, od strane Australije, člana 2., stav 1. i člana 17. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Odredbe Pakta čije je utvrđeno kršenje:

Član 2. (1). *Države članice ovog pakta obavezuju se da poštuju i garantuju svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji i koja potpadaju pod njihovu nadležnost, prava priznata ovim paktom bez obzira naročito na rasu, boju, pol, jezik, veru, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, imovno stanje, rođenje ili svaku drugu okolnost.*

Član 17. (1). *Niko ne može biti predmet samovoljnih ili nezakonitih mešanja u njegov privatni život, u njegovu porodicu, u njegov stan ili njegovu prepisku, niti nezakonitih povreda nanesenih njegovoj časti ili njegovom ugledu. 2. Svako lice ima pravo na zaštitu zakona protiv ovakvih mešanja ili povreda.*

2. Slučaj Edward Young v. Australije

Edward Young (1935), državljanin Australije, pred Komitetom za ljudska prava osporio je odbijanje države ugovornice da mu se odobri penzija zato što nije ispunio definiciju “izdržavanog lica”, zbog toga što je bio u istopolnoj vezi. U ovom slučaju, Komitet je ustanovio, da je jasno da podnosilac, kao istopolni partner, nije imao mogućnost ulaska u brak. Čak nije bio ni prepoznat kao partner osobe s kojim je živio u vanbračnoj zajednici, za potrebe primanja penzijskih benefita, zbog njegovog pola ili seksualne orijentacije. Komitet je podsjetio na svoju sudsku praksu da svaka razlika ne dovodi do zabranjene diskriminacije pod Paktom, sve dok je zasnovana na razumnim i objektivnim kriterijima. Država ugovornica nije pružila nikakve argumente o tome kako je razumna i objektivna ova razlika između istopolnih partnera, koji po zakonu ne mogu da imaju penzijske benefite, i nevjenčanih heteroseseksualnih partnera, kojima su odobrene penzijske beneficije, i nikakve dokaze koji bi ukazali na postojanje faktora koji opravdavaju da su ove razlike opravdane. U tom kontekstu, Komitet je zaključio da je država ugovornica prekršila član 26. Pakta odbijajući penziju podnosioca na osnovu pola ili seksualne

orijentacije. Komitet je zaključio da podnosilac, kao žrtva kršenja člana 26, ima pravo na djelotvoran pravni lijek, uključujući i preispitivanje njegove predstavke o penziji bez diskriminacije na osnovu pola ili seksualne orijentacije, ako je potrebno i kroz izmjene zakona. Država ugovornica je obavezna da osigura da se slični prekršaji Pakta ne ponavljaju u budućnosti.

Odredbe Pakta čije je utvrđeno kršenje:

Član 26. *Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo bez ikakve diskriminacije na podjednaku zaštitu zakona. U tom smislu, zakon mora da zabranjuje svaku diskriminaciju i da obezbedi svim licima podjednaku i uspešnu zaštitu protiv svake diskriminacije, naročito u pogledu rase, boje, pola, jezika, vere, političkog ili drugog ubeđenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovnog stanja, rođenja ili svakog drugog stanja.*

3. Slučaj Irina Fedotova v. Rusije

Irina Fedotova (1978), državljanka Rusije, podnijela je pritužbu Komitetu za ljudska prava zato što joj, kao deklarisanjoj lezbejki i LGBT aktivistkinji, nije dozvoljeno da svojim aktivnostima promoviše toleranciju prema LGBT osobama niti da se slobodno izražava o svom seksualnom identitetu. Regionalni zakoni uspostavili su administrativnu odgovornost za “propagandu homoseksualnosti”. Komitet za ljudska prava je zaključio da je došlo do povrede, od strane Ruske Federacije, člana 19., stava 2, u vezi sa članom 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Komitet je podsjetio da “koncept morala proističe iz mnogih društvenih, filozofskih i religijskih tradicija; shodno tome, ograničenja ... u cilju zaštite morala moraju biti zasnovana na principima koji ne proizilaze isključivo iz jedne tradicije. Svaka takva ograničenja moraju se shvatiti u kontekstu univerzalnosti ljudskih prava i principa nediskriminacije“. U ovom slučaju, Komitet je primijetio da Rjazanski regionalni zakon uspostavlja administrativnu odgovornost za “javne aktivnosti usmjerene na propagandu homoseksualnosti (seksualni čin između muškaraca ili lezbejstvo)” - za razliku od propagande heteroseksualnosti ili seksualnosti uopšte - među maloljetnicima. U odnosu na svoju raniju jurisprudenciju, Komitet je podsjetio da zabrana diskriminacije na osnovu člana 26. obuhvata i diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije. Država ugovornica je u obavezi da obezbijedi podnositeljki predstavke djelotvoran pravni lijek, uključujući i naknadu vrijednosti u skladu sa situacijom iz aprila 2009. godine, a takođe i sve pravne troškove podnositeljke predstavke, kao i kompenzaciju. Država ugovornica je takođe obavezna da spriječi slične povrede u budućnosti i treba da osigura da su relevantne odredbe domaćeg prava u skladu sa odredbama, 19. i 26., Pakta.

Odredbe Pakta čije je utvrđeno kršenje:

Član 19. (1). *Niko ne može biti uznemiravan zbog svojih mišljenja. (2). Svaka osoba ima pravo na slobodu izražavanja; ovo pravo bez obzira na granice, podrazumijeva slobodu iznalaženja, primanja i širenja informacija i ideja svih vrsta, u usmenom, pismenom, štampanom ili umjetničkom obliku, ili na bilo koji način po slobodnom izboru. (3). Ostvarivanje sloboda predviđenih u stavu 2. ovog člana obuhvata posebne dužnosti i odgovornosti. Shodno tome, ono može biti podvrgnuto izvjesnim ograničenjima koja moraju, međutim, biti izričito određena zakonom, a potrebna su iz razloga: a) poštovanja prava ili ugleda drugih osoba; b) zaštite državne bezbjednosti, javnog reda, javnog zdravlja i morala.*

Član 26: Navedeno gore.

4. Slučaj Dudgeon v. Ujedinjenog Kraljevstva

Jeffrey Dudgeon (1946), državljanin Ujedinjenog Kraljevstva, podnio je predstavku zbog postojanja zakona, u Sjevernoj Irskoj, koji je saglasne homoseksualne radnje, između odraslih muškaraca, svrstavao u krivična djela. Evropski sud za ljudska prava je ustanovio da to samo po sebi predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog života i ustanovio da iako zaštita javnog morala predstavlja legitimni cilj, on se može ostvariti i bez miješanja države u privatni život pojedinaca. Sud je zaključio da je podnošilac predstavke bio izložen neopravdanom kršenju njegovog prava na poštovanje privatnog života u ustanovio da postoji kršenje člana 8. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

5. Slučaj Lustig-Prean i Beckett v. Velike Britanije

Duncan Lustig - Prean (1959), i John Beckett (1970), su britanski državljani, koji su profesionalno služili u Kraljevskoj ratnoj mornarici. Obojica podnosioca predstavke žalila su na istrage vođene povodom njihove homoseksualnosti, i zbog njihovog otpuštanja iz Kraljevske ratne mornarice, isključivo zbog toga što su homoseksualci. Sud je našao da ni istraga koja je vođena u vezi sa seksualnom orijentacijom podnosioca predstavki, ni njihovo otpuštanje iz službe po osnovu homoseksualnosti, u skladu sa aktuelnom politikom Ministarstva odbrane, nisu bili opravdani na osnovu člana 8., stav 2., Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

6. Slučaj Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije

Joao Manuel Salgueiro da Silva Mouta (1961), državljanin Portugalije, žalio se zbog činjenice da mu je Apelacioni sud u Lisabonu oduzeo starateljstvo nad kćerkom zbog njegove (homo) seksualne orijentacije. Evropski sud za ljudska prava je primijetio, da je prilikom poništavanja odluke lisabonskog Suda za porodične odnose i, posljedično, dodjeljivanja starateljstva nad djetetom majci, a ne ocu, Apelacioni sud uveo dodatni faktor - taj da je podnosilac zahtjeva homoseksualac koji živi s drugim muškarcem. Sud je zato bio primoran zaključiti kako je došlo do razlike u postupanju prema podnosiocu zahtjeva i majci djevojčice koja se bazirala na seksualnoj orijentaciji, Riječ je o konceptu koji je nedvosmisleno obuhvaćen članom 14. Konvencije. Sud je presudio povredu člana 8. u vezi sa članom 14. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

7. Slučaj Christine Goodwin v. Ujedinjenog Kraljevstva

Christine Goodwin (1937), transrodna osoba, državljanka Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske (UK), Evropskom sudu za ljudska prava podnijela je predstavku žaleći se na povredu Konvencije u pogledu pravnog statusa transrodnih osoba u UK a naročito u pogledu postupanja prema njima u oblasti zapošljavanja, socijalne zaštite, penzija i braka. U konkretnom slučaju Sud je smatrao da tužena Država ne može više da tvrdi da na ovo pitanje može da primjeni svoje polje slobodne procjene, osim u pogledu odgovarajućeg sredstva putem kojeg će biti priznato pravo koje je zaštićeno Konvencijom. Budući da ne postoje značajni faktori, od javnog interesa, koji bi odnijeli prevagu nad interesom ove podnositeljke predstavke da se u pravnom smislu prizna promjena pola kojoj se podvrgla, Sud zaključuje da pravična ravnoteža koja se u Konvenciji podrazumijeva sada odlučno naginje u korist podnositeljke predstavke. Shodno tome, nije poštovano

njeno pravo na privatni život, čime je prekršen član 8. Konvencije. Takođe, Sud je ustanovio i kršenje člana 12. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sud je primijetio da podnositeljka predstavke živi kao žena, u vezi je sa muškarcem, i isključivo bi željela da sklopi brak s muškarcem ali da joj to nije omogućeno. Sud nije ustanovio da je opravdano da se transrodnoj osobi zabrani ostvarivanje prava na sklapanje braka pod bilo kojim okolnostima i zato je zaključio, da je u ovom slučaju, da je došlo do povrede člana 12. U konkretnom slučaju Sud je primijetio da su se, od usvajanja Konvencije, desile značajne društvene promjene u instituciji braka, kao i dramatične promjene izazvane medicinskim i naučnim rezultatima na polju transrodnosti.

8. Slučaj S.L. v. Austrije

S.L. (1981), državljanin Austrije, obratio se Evropskom sudu za ljudska prava predstavkom kojom je ukazao da odredba Krivičnog zakonika Austrije, koja kažnjava homoseksualne odnose odraslih muškaraca sa saglasnim tinejdžerima između četrnaest i osamnaest godina, krši njegovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života i da je diskriminatorna. S.L. je svoje seksualnosti postao svjestan još u tinejdžerskim danima kao i činjenice da ga, emotivno i seksualno, privlače muškarci stariji od njega. U predstavi je istakao da živi u ruralnom području gdje je homoseksualnost i dalje tabu tema. Naveo je da pati zbog činjenice što ne može otvoreno da živi kao homoseksualac. Prema navodima, dok nije napunio osamnaest godina nije mogao da stupi u bilo kakav ispunjavajući seksualni odnos sa odraslim partnerom iz straha od izlaganja te osobe krivičnom gonjenju prema članu 209. Krivičnog zakonika, i zbog obaveze da svjedoči kao svjedok o najintimnijim aspektima svog privatnog života i da bude stigmatizovan od strane društva ako bi se otkrila njegova seksualna orijentacija. Jedno od ključnih pitanja koje se našlo pred Sudom je bilo to da li je objektivno i razumno opravdanje zašto je mladim ljudima od četrnaest do osamnaest godina bila potrebna zaštita od seksualnih odnosa sa odraslim muškarcima, dok mladim ženama istih godina nije bila potrebna takva zaštita od odnosa sa starijim muškarcima ili ženama. Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 8. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

9. Slučaj E.B. protiv Francuske

E.B. (1961), nastavnica Medicinske škole, predstavkom podnijetom Evropskom sudu za ljudska prava ukazala je da joj je uskraćeno pravo na usvajanje djeteta zbog činjenice da u njenom domaćinstvu nedostaje "muškarac kao referentni model uzora". Ona je tvrdila da je u svakoj fazi njenog zahtjeva za odobrenje usvajanja djeteta trpjela diskriminatorni tretman koji je bio zasnovan na njevoj seksualnoj orijentaciji i da je tako došlo do miješanja u pravo na poštovanje privatnog života. Sud je zaključio da odbijanje zahtjeva za usvajanje djeteta osobama koje nijesu vjenčane, a zbog njihove seksualne orijentacije, predstavlja diskriminaciju i povredu člana 14, u vezi s članom 8. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

10. Slučaj Kozak protiv Poljske

Piotr Kozak (1951), državljanin Republike Poljske, podnio je pritužbu Evropskom sudu za ljudska prava žaljeći se na diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije time što mu je uskraćeno pravo da naslijedi zakup stana nakon smrti svog partnera. Sud je ustanovio da zakonsko razlikovanje nevjenčanih istopolnih parova i nevjenčanih heteroseksualnih parova predstavlja diskriminaciju i povredu člana 14., u vezi s članom 8. Konvencije. Sud je konstatovao da Država prilikom izbora sredstava

osmišljenih za zaštitu porodice i obezbjeđenja, kako to predstavlja član 8. poštovanja porodičnog života mora nužno voditi računa o društvenom razvoju i promjenama u percepciji društvenih pitanja, pitanja ličnog statusa i s tim povezanih pitanja, uključujući činjenicu da ne postoji samo jedan način ili jedan izbor u sferi vođenja i življenja porodičnog ili privatnog života.

11. Slučaj Aleksejev protiv Rusije

Nikolaj Aleksandrovič Aleksejev (1977), državljanin Rusije, podnio je predstavku zbog povrede prava na slobodu okupljanja. On je ukazao da su zabranjena mirna okupljanja, koja je organizovao 2006-08. godine, da nije imao na raspolaganju djelotvoran lijek te da su se moskovske vlasti diskriminatorski odnosile prema njegovim prijavama skupova. Sud je u konkretnom slučaju ustanovio povredu člana 11., člana 13. i člana 14. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Odredbe Konvencije čije je kršnje utvršeno od strane država ugovornica:

Član 8 - Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života: (1) Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. (2) Javne vlasti neće se miješati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi spriječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

Član 11 - Sloboda okupljanja i udruživanja: (1) Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo da osniva sindikat i učlanjuje se u njega radi zaštite svojih interesa. (2) Za vršenje ovih prava neće se postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti ili javne bezbjednosti, radi spriječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovim se članom ne spriječava zakonito ograničavanje vršenja ovih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.

Član 12 - Pravo na sklapanje braka: Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava.

Član 13 - Pravo na djelotvoran pravni lijek: Svako kome su povrijeđena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu.

Članak 14 - Zabrana diskriminacije: Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

12. Slučaj Tadeo Maruko v. Vddb

Tadeo Maruko, građanin Njemačke, sklopio je životno partnerstvo sa svojim partnerom, koji je bio pozorišni kostimograf i od 1959. godine član Njemačke pozorišne penzione institucije, "Vddb". Marukov životni partner preminuo je 2005. godine a ovaj se potom prijavio Vddb-u za penziju udovca. Vddb je odbio njegovu prijavu na osnovu toga što njihovi propisi ne priznaju takvo pravo preživjelim životnim partnerima. Maruko je podnio tužbu Bavarskom Upravnom sudu u Minhenu (Bayerisches Verwaltungsgericht München), zbog kršenja načela jednakog postupanja, koji je dalje, zbog donošenja presude, podnio Evropskom sudu pravde (ESP), zahtjev za prethodnom odlukom.¹ Ovaj zahtjev za prethodnom odlukom odnosi se na tumačenje člana

¹ Pod redovnim postupcima Evropskog suda pravde (ESP), osnovan 1953. godine, podrazumijevamo: postupak

1, člana 2 (2)(a) i (b)(i) i člana 3(1)(c) i (3) Direktive Savjeta 2000/78/EC od 27. novembra 2000. godine o uspostavljanju opšteg okvira za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju (OJ 2000 L 303, strana 16; "Direktiva 2000/78" ili "Direktiva").² Porodična penzija utvrđena prema profesionalnom penzijskom sistemu kao što je onaj kojim upravlja Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen ulazi u primjenjivost Direktive Savjeta 2000/78 od 27. novembra 2000. godine o opštem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju, zaključio je ESP.

13. Postupak za zaštitu od diskriminacije protiv univerzitetskog profesora

Pred Osnovnim sudom u Podgorici, po tužbi nevladinih organizacija "LGBT Forum Progres" i Centar za antidiskriminaciju "Ekvista", vođen je postupak zbog zaštite od diskriminacije protiv prof. dr S.R., profesora učiteljskog studija na Filozofskom fakultetu u Nikšiću i profesora na Prirodno matematičkom fakultetu u Podgorici, Univerzitet Crne Gore. Tuženi se oglasio, dana 9. maja 2011. godine, ličnim saopštenjem u dnevnoj novini "Dan", u kojem je, iznio niz kvalifikacija i stavova kojima je otvoreno vrijeđao i ponižavao građane Crne Gore, homoseksualne orijentacije. Presudom, maj 2013. godine, prof. dr S.R. je zabranjeno ponavljanje radnje diskriminacije objavljivanjem tekstova, naložena isplata troškova postupka u iznosu od 900 eura dok je dnevni list "Dan" bio dužan da objavi presudu u cijelosti, u roku od 15 dana od pravosnažnosti. Tuženi, prof. dr S.R., uložio je žalbu na prvostepenu presudu koju je Viši sud odbacio. Pravosnažnost presude Osnovnog Suda u Podgorici ima istorijski značaj i potvrđuje u praksi riješenost i posvećenost crnogorskog sudstva daljoj izgradnji vladavine prava i afirmaciji ravnopravnosti i zaštite ljudskih prava i sloboda svih građana.

Presuda Osnovnog suda u Podgorici je interesantna po više osnova. Značajna je zbog prepoznavanja važnosti strateškog parničjenja, direktnog pozivanja u obrazloženju presude na odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i direktnog pozivanja na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava (što ukazuje na redovnu primjenu Konvencije u crnogorskoj sudskoj praksi). Riječ je o prvom pravosnažnom postupku po osnovu zaštite od diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije.³

po direktnim tužbama (direct action) koji se sastoji iz pismenog i usmenog dijela odnosno iz faza pismenog postupka, privremenog istraživanja, usmenog pretresa i donošenja presude i postupak po prethodnim pitanjima ili preliminarnom odlučivanju (preliminary rulings) koji mogu pokrenuti samo nacionalni sudovi u cilju dobijanja tumačenja Ugovora i „evropskog prava“ potrebnog za donošenje njegove presude. Riječ o ključnom organu za harmonizaciju i punu usklađenost evropskog pravnog sistema. Njegovu funkcionisanje doprinijelo je važnim institucionalnim reformama Unije a njegove presude i stavovi postali su izvor zajedničkog prava; mr Aleksandar Saša Zeković *Politički kriterijumi u procesu stabilizacije i pridruživanja Crne Gore Evropskoj uniji* (Podgorica: CGO, CRNVO i CEAP, 2008), 23-26, dostupno na <http://media.cgo-cce.org/2013/10/Politickikriterijumi.pdf>

2 Direktive (directive) – obavezuju sa aspekta ciljeva koje treba postići dajući slobodu izbora državi metode i oblika realizacije.

3 Imao sam zadovoljstvo, tada u svojstvu člana Savjetodavnog Komiteta nevladine organizacije "LGBT Forum Progres", biti u Timu koji je radio na ovom prvom, istorijski važnom, slučaju. Želim i ovdje da pohvalim entuzijazam, posvećenost i profesionalnost kolega u Timu - advokata gospođe Daliborke Knežević te gospođe Zdravka Cimbalevića i Milana Šaranovića, lidera organizacija koje su podnijele tužbu protiv profesora Univerziteta Crne Gore. O slučaju detaljnije se možete informisati preko priloženih presuda Osnovnog suda u Podgorici i Višeg suda u Podgorici kao i putem knjiga: mr Aleksandar Saša Zeković, dr Jovan Kojičić i Predrag Tomović *Mitovi i stereotipi - Nasilje i govor mržnje prema LGBT osobama: Policijska i pravosudna praksa u Crnoj Gori*, (Podgorica: LGBT Forum Progres, 2014 strane) 171-173 Dostupno na <http://media.lgbtprogres.me/2014/05/Mitovi-i-stereotipi-OK-1.pdf> i Marijana Laković i Aleksandar Saša Zeković, *Zastupanje slučajeva diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije u Crnoj Gori: Od načela do prakse*, (Podgorica: LGBT Forum Progres i ILGA Europe, 2012) 32-38; Dostupno na <http://media.lgbtprogres.me/2011/03/Book-4-web.pdf>

14. Krivični postupak protiv M.P. iz Bara zbog prijetnji LGBT aktivisti

Osnovni sud u Baru, u krivičnom predmetu po optužnom predlogu Osnovnog državnog tužilaštva u Baru, oglasio je krivim M.P. (1988), studenta iz Bara, zato što je dana 2. oktobra 2012. godine, ugrozio sigurnost Zdravka Cimbalevića čime je izvršio krivično djelo - ugrožavanje sigurnosti iz čl. 168. st.1. Krivičnog zakonika. Osnovni sud u Baru izrekao je uslovnu presudu kojom mu je utvrđena kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca i istovremeno odredio da se kazna neće izvršiti ukoliko okrivljeni u roku od 2 (dvije) godine, po pravosnažnosti presude ne učini novo krivično djelo. Slučaj je interesantan zato što je Sud prijetnju upućenu preko mreže "Facebook" uvažio kao ozbiljnu i objektivno ostvarljivu kao i posledice krivičnog djela.⁴

mr.sc. Aleksandar Saša Zeković, urednik

⁴ Osim priložene presude slučaj je detaljno predstavljen i u knjizi mr Aleksandar Saša Zeković, dr Jovan Kojičić i Predrag Tomović, *Mitovi i stereotipi - Nasilje i govor mržnje prema LGBT osobama: Policijska i pravosudna praksa u Crnoj Gori*, (Podgorica: LGBT Forum Progres, 2014 strane) 12-14; Dostupno na <http://media.lgbtprogres.me/2014/05/Mitovi-i-stereotipi-OK-1.pdf>

UJEDINJENE NACIJE

MEĐUNARODNI PAKT O GRAĐANSKIM I POLITIČKIM PRAVIMA

KOMITET ZA LJUDSKA PRAVA

1. SLUČAJ TOONEN PROTIV AUSTRALIJE
2. SLUČAJ EDWARD YOUNG PROTIV AUSTRALIJE
3. SLUČAJ IRINA FEDOTOVA PROTIV RUSIJE

SLUČAJ TOONEN PROTIV AUSTRALIJE

Predstavka broj 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)

KOMITET ZA LJUDSKA PRAVA

Pedeseto zasijedanje

ANEKS

Stavovi Komiteta za ljudska prava usvojeni prema članu 5, stav 4 Fakultativnog protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Predstavka broj 488/1992

Podnosilac predstavke: Nicholas Toonen

Žrtva: podnosilac predstavke

Država ugovornica: Australija

Datum podnošenja: 25. decembar 1991

Datum odluke o prihvatljivosti: 5. novembar 1992

Komitet za ljudska prava, osnovan na osnovu člana 28. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,

na sjednici održanoj 31. marta 1994. godine

Okončavši razmatranje predstavke broj 488/1992, dostavljene Komitetu za ljudska prava od strane gospodina Nicholas Toonen-a, u skladu sa Fakultativnim protokolom uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,

Uzevši u obzir sve pismene informacije koje su mu dostavljene od strane podnosioca predstavke i države ugovornice,

Usvaja svoje stavove na osnovu člana 5. stav 4 Fakultativnog protokola:

1. Podnosilac predstavke je Nicholas Toonen, građanin Australije, rođen 1964.godine, trenutno nastanjen u Hobart-u, u državi Tasmaniji, Australija. On je vodeći član Tasmanijske Grupe za Reformu Gej Zakona (Tasmanian Gay Law Reform Group (TGLRG)) i tvrdi da je žrtva kršenja, od strane Australije, člana 2, stavovi 1; 17; i člana 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Činjenice podnesene od strane podnosioca predstavke:

2.1 Autor je aktivista za promociju homoseksualnih prava u Tasmaniji, jedne od šest konstitutivnih država u Australiji. On osporava dvije odredbe Krivičnog zakonika Tasmanije, odnosno Odjeljke 122 (a) i (c) i 123, koji kriminalizuju razne oblike seksualnog kontakta između muškaraca, uključujući sve oblike seksualnog kontakta između saglasnih odraslih homoseksualnih muškaraca u privatnosti.

2.2 Podnosilac predstavke primjećuje da gore navedene odredbe Krivičnog zakonika Tasmanije ohrabruju tasmanijske policajce da istražuju intimne aspekte njegovog privatnog života i da ga privedu ako imaju razlog da vjeruju da je uključen u seksualne aktivnosti koje se kose sa gore navedenim odredbama. On dodaje da je Direktor Javnog tužilaštva saopštio, u avgustu 1988. godine, da će procedure u skladu sa odredbama 122, (a) i (c), i 123 biti pokrenute ako postoji dovoljno dokaza o izvršenju zločina.

2.3 Iako u praksi, već nekoliko godina, tasmanijska policija nije optužila nikoga ni za “neprirodni seksualni odnos” niti za “seksualni odnos protiv prirode” (Odjeljak 122) kao ni za “neprirodni odnos između muških osoba” (Odjeljak 123), podnosilac predstavke tvrdi da su zbog njegove dugotrajne veze sa drugim muškarcem, njegovog aktivnog lobiranja kod tasmanijskih političara i izvještaja o njegovim aktivnostima u lokalnim medijima, i zbog svojih aktivnosti kao aktivista za gej prava i gej HIV/AIDS radnik, njegov privatni život i sloboda ugroženi daljim postojanjem odredbi 122, (a) i (c), i 123 Krivičnog zakonika.

2.4 Gospodin Toonen tvrdi da mu kriminalizacija homoseksualnosti u privatnosti ne dozvoljava da otvoreno iskaže svoju seksualnost i da objavi svoje stavove o reformi relevantnih zakona o seksualnim pitanjima zato što osjeća da bi ovo, u velikoj mjeri, štetilo njegovom zapošljavanju. U tom kontekstu, on ističe da su Odjeljci 122,(a) i (c), i 123 stvorili uslove za diskriminaciju u zapošljavanju, konstantnu stigmatizaciju, zlobnost, prijetnje fizičkim nasiljem i kršenje osnovnih demokratskih prava.

2.5 Podnosilac predstavke primjećuje da su brojne “autoritativne figure” u Tasmaniji uputile pogrdne ili otvoreno uvredljive primjedbe na račun homoseksualnih muškaraca i žena u proteklih nekoliko godina. Ovo uključuje izjave od strane brojnih članova Donjeg Doma Parlamenta, lokalnih odbornika (kao na primjer “predstavnici gej zajednice nijesu bolji od Sadama Huseina”, “čin homoseksualnosti je neprihvatljiv u svakom društvu, a kamoli u civilizovanom društvu”), crkve i pripadnika javnosti, čije su izjave upućene direktno protiv integriteta i dobrobiti homoseksualnih muškaraca i žena u Tasmaniji (kao na primjer “gejevi žele da spuste društvo na njihov nivo”, “imate 15 puta veću šansu da vas ubije homoseksualac nego heteroseksualac...”). Na nekim javnim skupovima, predloženo je da se svi homoseksualci u Tasmaniji skupe i “bace” na neko nenaseljeno ostrvo ili da se podvrgnu obaveznoj sterilizaciji. Podnosilac predstavke tvrdi da, primjedbe kao što su ove, imaju uticaja na stvaranje konstantnog stresa i sumnje u ono što bi trebalo da bude rutinski kontakt sa vlastima u Tasmaniji.

2.6 Podnosilac predstavke dalje tvrdi da je Tasmanija bila, i i dalje je svjedok, “kampanje zvanične i nezvanične mržnje” prema homoseksualcima i lezbejkama. Ova kampanja je otežala Tasmanijskoj Grupi za Reformu Gej Zakona da šire informacije o svojim aktivnostima i zagovaraju dekriminalizaciju homoseksualnosti. Tako je, na primjer, u septembru 1988. godine, TGLRG-u odbijena dozvola da postavi štand na javnom trgu u gradu Hobart-u, i podnosilac predstavke tvrdi da je on, kao vodeći demonstrant protiv zabrane, bio podvrgnut policijskom zastrašivanju.

2.7 Na kraju, podnosilac predstavke tvrdi da dalje postojanje odredni 122(a), (c) i 123 Krivičnog zakonika ima dubok i štetan uticaj na mnoge ljude u Tasmaniji, uključujući i njega, u smislu da podstiče diskriminaciju i uznemiravanje kao i nasilje prema homoseksualnoj zajednici u Tasmaniji.

Žalba:

3.1 Podnosilac predstavke tvrdi da odjeljci 122 i 123 Krivičnog zakonika Tasmanije krše član 2., stavove 1; 17; i 26. Pakta zato što:

- (a) ne prave razliku između seksualne aktivnosti u privatnosti i seksualne aktivnosti na javnom mjestu i postavljaju privatnu aktivnost u javni domen. U njihovom sprovođenju, ove odredbe rezultiraju kršenjem prava na privatnost s obzirom da omogućavaju policiji da uđe u domaćinstvo na osnovu puke sumnje da dva saglasna odrasla homoseksualna muškarca možda počinjavaju krivično djelo. Obzirom na stigmiju vezanu za homoseksualnost u australijskom društvu (a posebno u Tasmaniji), kršenje prava na privatnost može dovesti do nezakonitih napada na čast i ugled pojedinca u pitanju.
- (b) prave razliku između pojedinaca u ostvarivanju njihovog prava na privatnost na osnovu seksualne aktivnosti, seksualne orijentacije ili seksualnog identiteta, i
- (c) Krivični zakonik Tasmanije ne isključuje bilo koji oblik homoseksualne aktivnosti između saglasnih homoseksualnih žena u privatnosti i samo neke vrste saglasnih heteroseksualnih aktiv-

nosti između odraslih muškaraca i žena u privatnosti. Činjenica da se zakoni u pitanju trenutno ne sprovode od strane tasmanijskih pravosudnih organa se ne treba protumačiti kao da homoseksualni muškarci u Tasmaniji uživaju pravu ravnopravnost u skladu sa zakonom.

3.2 Za podnosioca predstavke, jedini način da se ispravi kršenje prava od strane Odjeljaka 122.,(a) i (c), i 123. Krivičnog zakonika putem kriminalizacije svih oblika seksualnih aktivnosti između saglasnih odraslih homoseksualnih muškaraca u privatnosti, jeste ukidanje ovih odredbi.

3.3 Podnosilac predstavke navodi da nijesu dostupna efikasna pravna sredstva protiv Odjeljaka 122.,(a) i (c), i 123. Na zakonodavnom nivou, državne nadležnosti imaju primarnu odgovornost za donošenje i sprovođenje krivičnog prava. S obzirom da su Gornji i Donji Dom Parlamenta Tasmanije duboko podijeljeni oko dekriminalizacije homoseksualnih aktivnosti i reforme Krivičnog zakonika, ovo potencijalno sredstvo pravne zaštite je neefikasno. Podnosilac predstavke dalje primjećuje da efikasna administrativna sredstva nijesu dostupna zato što bi ona zavisila od podrške većine članova oba Doma Parlamenta, podrške koja nedostaje. Na kraju, podnosilac predstavke tvrdi da nema dostupnih sudskih pravnih sredstava za kršenje Pakta, zato što Pakt ne čini dio austalijskog zakona i australijski sudovi nijesu bili voljni da primijene ugovore koji nijesu uključeni u domaći zakon.

Informacije i zapažanja države ugovornice:

4.1 Država ugovornica nije osporila prihvatljivost podneska, na bilo koji način, zadržavajući svoju poziciju o suštini tvrdnji podnosioca predstavke.

4.2 Država ugovornica konstatuje da zakoni osporeni od strane gospodina Toonen-a pripadaju državi Tasmaniji i primjenjuju se samo u nadležnosti te države. Zakoni slični onima koji su osporeni od strane podnosioca predstavke su se nekada primjenjivali u australijskom pravosuđu ali su stavljeni van snage.

Odluka Odbora o prihvatljivosti:

5.1 Tokom svog četrdeset šestog zasjedanja, Odbor je razmatrao prihvatljivost poredstavke. Po pitanju toga da li se podnosilac predstavke može smatrati "žrtvom" u okviru značenja člana 1. Fakultativnog protokola, istakao je da zakonske odredbe osporene od strane podnosioca predstavke nijesu sprovedene od strane pravosudnih organa Tasmanije već duži niz godina. Međutim, smatra da se podnosilac predstavke opravdano potrudio da pokaže da su prijetnje od izvršenja i prisutan uticaj daljeg postojanja ovih odredbi u administrativnoj praksi i javnom mnjenju uticali i i dalje utiču na njega lično, i da mogu pokrenuti pitanja prema članovima Pakta 17. i 26. Prema tome, Odbor je bio zadovoljan što se podnosilac predstavke može smatrati žrtvom u okviru značenja člana 1 Fakultativnog protokola, i da su njegove tvrdnje prihvaćene u vremenskoj nadležnosti.

5.2 Dana 5. novembra 1992. godine, stoga, Komitet je proglasio predstavku prihvatljivom pošto je izgledalo da pokreće pitanja koja obukvataju članovi 17 i 26 Konvencije.

Zapažanja Država ugovornica o meritumu i komentari podnosioca predstavke na tu temu:

6.1 U svom podnesku iz člana 4., paragraf 2 Fakultativnog protokola, dana 15. septembra 1993. godine, Država ugovornica priznaje da je podnosilac predstavke bio žrtva samovoljnog miješanja u njegovu privatnost i da se zakonske odredbe zbog kojih se tereti ne mogu opravdati javnim zdravljem

ili moralom. On u svoju podnesku uključuje i zapažanja vlade Tasmanije, koja poriče da je podnosilac predstavke bio žrtva kršenja Pakta.

6.2 Što se tiče člana 17., Savezna vlada napominje da tasmanijska vlada tvrdi da se članom 17. ne garantuje “pravo na privatnost” već samo pravo na slobodu od samovoljnog i nezakonitog miješanja u privatnost i da pošto su osporeni zakoni usvojeni demokratskim procesom, oni ne mogu biti okarakterisani kao nezakonito miješanje u privatnost. Savezna vlada, nakon razmatranja travaux preparatoires člana 17., propisuje sljedeću definiciju “privatnog”: pitanja koja su individualna, lična, ili povjerljiva ili koja se čuvaju ili nijesu dio javnog razmatranja. Država ugovornica priznaje da, na osnovu ove definicije, sporazumna privatna seksualna aktivnost spada u koncept “privatnosti” člana 17.

6.3 Što se tiče pitanja da li odredbe 122 i 123 Krivičnog zakonika Tasmanije ometaju autorovu privatnost, Država ugovornica napominje da su tasmanijske vlasti konstatovala da ne postoji politika za tretiranje istraga ili gonjenja za krivična djela pod spornim odredbama Krivičnog zakonika Tasmanije uopšteno i da skorašnja gonjenja spornih odredbi datiraju od 1984. godine. Međutim, Država ugovornica priznaje da, u odsustvu bilo kakve specifične politike u dijelu da tasmanijske vlasti ne sprovedu zakone, rizik odredbi koje su primijenjene na gospodinu Toonen-u ostaje i taj rizik je relevantan u procjeni da li se odredbe “miješaju” u njegovu privatnost. Na kraju, Država ugovornica priznaje da je gospodin Toonen lično i zaista pogođen tasmanijskim zakonima.

6.4 Što se tiče pitanja da li je miješanje u privatnost podnosioca predstavke samovoljno ili nezakonito, Država ugovornica poziva na travaux preparatoires člana 17. i primjećuje da istorija odredbe u Komisiji za ljudska prava ukazuje na to da je termin “samovoljno” trebalo da pokrije ometanje koje, pod zakonom Australije, obuhvata pojam “nerazumnost”. Osim toga, Komitet za ljudska prava, u svom Opštem komentaru na član 17., tvrdi da “koncept samovoljnosti ima za cilj da garantuje da će čak i miješanje propisano zakonom biti u skladu sa odredbama i ciljevima Pakta i da treba da bude... razumno u datim okolnostima”. Na osnovu ovoga i sudske prakse Odbora o konceptu “razumnosti”, Država ugovornica tumači “razumno” miješanje u privatnost kao mjere koje se zasnivaju na razumnim i objektivnim kriterijumima i koje su srazmjerne svrsi za koju su usvojene.

6.5 Država ugovornica ne prihvata argument tasmanijskih vlasti da je zadržavanje spornih odredbi dijelom motivisano brigom da se Tasmanija zaštiti od širenje virusa HIV/AIDS i da su zakoni opravdani na osnovu javnog zdravlja i morala. Ova procjena, zapravo, ide protiv australijske nacionalne strategije za borbu protiv HIV/AIDS-a, koja ističe da kriminalizovanje homoseksualnih aktivnosti ometa javne zdravstvene programe koji promovišu bezbjedan seks. Država ugovornica se dalje ne slaže sa tvrdnjom tasmanijskih vlasti da su zakoni opravdani iz moralnih razloga, uz napomenu da moralna pitanja nijesu bila problem kada je rađen član 17. Pakta.

6.6 Država ugovornica upozorava da formulacija člana 17. dozvoljava neka kršenja prava na privatnost ukoliko postoje opravdani razlozi i da domaći društveni običaji mogu biti relevantni za opravdanost miješanja u privatnost. Država ugovornica primjećuje da, iako su ranije postojali zakoni za sankcionisanje homoseksualne aktivnosti u ostalim australijanskim državama, oni su ukinuti, svuda sem u Tasmaniji. Dodatno, diskriminacija na osnovu homoseksualnosti ili seksualnosti je nezakonita u tri od šest australijanskih država i na dvije samoupravne teritorije unutar Australije. Savezna vlada je proglasila da seksualne preference mogu biti osnova diskriminacije koja se može pozivati na Konvenciju Mešunarodne organizacije rada br.111 (diskriminacija na poslu ili pri zapošljavanju) i kreirala mehanizam putem kojeg se žalbe zbog diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije u zapošljavanju mogu razmatrati u australijskom Komitetu za ljudska prava i jednake mogućnosti.

6.7 Na osnovu navedenog, Država ugovornica tvrdi da je sada opšte prihvaćeno u Australiji da nijedan pojedinac ne treba da bude oštećen zbog njene ili njegove seksualne orijentacije. Obzirom na pravnu i socijalnu situaciju u svim državama Australije, osim u Tasmaniji, Država ugovornica priznaje da je kompletna zabrana seksualne aktivnosti između muškaraca nepotreb-

na da bi se održao moral u austrijalijskom društvu. Sve u svemu, Država ugovornica “ne želi da tvrdi da su osporeni zakoni zasnovani na razumnim i objektivnim kriterijumima”.

6.8 Konačno, Država ugovornica ispituje, u kontekstu člana 17., da li osporeni zakoni odgovaraju cilju. Ona ne prihvata argument tasmanijskih vlasti da je stepen miješanja sa ličnom privatnošću povodom članova 122. i 123. Krivičnog zakonika Tasmanije proporcionalan odgovoru na prijetnje moralnim standardima tasmanijskog društva. U tom kontekstu, ona primjećuje da je činjenica da se zakoni ne sprovode protiv individualnog miješanja u privatnost, sporazumna seksualna aktivnost ukazuje da zakoni nijesu od suštinskog značaja za zaštitu društvenih moralnih standarda. U skladu sa navedenim, Država ugovornica zaključuje da osporeni zakoni nijesu prihvatljivi u datim okolnostima i da je njihovo miješanje u privatnost samovoljno. Ona napominje da je ukidanje zakona ranije nekoliko puta predlagano od strane tasmanijske vlade.

6.9 U pogledu navedenog kršenja člana 26., Država ugovornica traži smjernice Komiteta po pitanju da li seksualna orijentacija može biti svrstana u termin “...ili drugi status” člana 26. U ovom kontekstu, tasmanijske vlasti smatraju da je seksualna orijentacija “drugi status” za potrebe Pakta. Sama Država ugovornica, nakon razmatranja travaux preparatoires, opšteg komentara Odbora o članovima 2 i 26 i njegove sudske prakse u vezi sa ovim odredbama, tvrdi da “djeluje da postoji jaki argument da se riječi ova dva člana ne mogu čitati restriktivno”. Formulacija ovih odredbi - “bez razlika bilo koje vrste” ili “po bilo kom osnovu” podržava inkluzivno prije nego iscrpno tumačenje. Dok travaux preparatoires ne daje konkretne smjernice po ovom pitanju, izgleda da oni takođe podržavaju ovu interpretaciju.

6.10 Država ugovornica nastavlja da ukoliko Komitet smatra seksualnu orijentaciju kao “drugi status” u svrhe Pakta, moraju se razmotriti sljedeća pitanja:

- (a) da li tasmanijski zakoni prave razliku na osnovu pola ili seksualne orijentacije;
- (b) da li je gospodin Toonen žrtva diskriminacije;
- (c) da li postoje razumni i objektivni kriterijumi za razlikovanje; i
- (d) da li su tasmanijski zakoni proporcionalno sredstvo za ostvarivanje legitimnih ciljeva Pakta.

6.11 Država ugovornica priznaje da član 123. Krivičnog zakonika Tasmanije jasno pravi razliku između pola, kao i da zabranjuje seksualni čin samo među muškarcima. Ukoliko Komitet smatra da se seksualna orijentacija svrstava pod “drugi status” u značenju člana 26, Država ugovornica će priznati da ovaj odjeljak pravi razliku na osnovu seksualne orijentacije. Što se tiče argumenta autora da treba razmatrati uticaj članova 122. i 123. zajedno, Država ugovornica traži smjernice od Komiteta po pitanju “da li je primjerno da se razmotri član 122. posebno ili je neophodno da se razmatra kombinovani uticaj članova 122. i 123. na gospodina Toonen-a”.

6.12 Što se tiče pitanja da li je podnosilac predstavke žrtva diskriminacije, Država ugovornica priznaje da je, kao što je navedeno u paragrafu 6.3, podnosilac predstavke, stvarno i lično, pogođen spornim odredbama i prihvata opštu tvrdnju da zakon utiče na javno mnjenje. Međutim, Država ugovornica tvrdi da nije bilo moguće utvrditi da li su sve stavke anti - homoseksualnih predrasuda i diskriminacije, koje je naveo podnosilac predstavke, praćene dejstvom članova 122. i 123.

6.13 Što se tiče pitanja da li je razlika u tretmanu u članovima 122. i 123. zasnovana na razumnim i objektivnim kriterijumima, Država ugovornica upućuje na, mutatis mutandis, njena zapažanja u pogledu člana 17. (paragrafi od 6.4 do 6.8). U sličnom kontekstu, Država ugovornica ima problema sa argumentom tasmanijskih vlasti da sporne odredbe ne prave diskriminaciju između klasa građana već samo identifikuju akte koji su neprihvatljivi u tasmanijskoj zajednici. Ovo, po mišljenu Države potpisnice, netačno odražava domaću percepciju svrhe ili efekata spornih odredbi. Dok posebno navode akte, njihov cilj je da naprave razliku prepoznatljive klase pojedinaca i da se zabrane njihova određena djela. Takve zakone zajednica jasno shvata kao da se odnose na grupe muških homoseksualaca. Shodno tome, ukoliko Komitet utvrdi da su tasmanijski zakoni diskriminatorni i narušavaju privatnost, Država ugovornica priznaje da oni predstavljaju diskriminatorno miješanje u privatnost.

6.13 Što se tiče pitanja da li je razlika u tretmanu u odjeljcima 122. i 123. zasnovana na razumnim i objektivnim kriterijumima, država ugovornica se, *mutatis mutandis*, odnosi na svoja zapažanja u vezi sa članom 17. (paragrafi od 6.4 do 6.8). U sličnom kontekstu, država ugovornica osporava argument tasmanijskih organa da osporeni zakoni ne diskriminišu grupe građana, već samo identifikuju činove koji su neprihvatljivi za tasmanijsku zajednicu. Prema državi ugovornici, ovo tačno odražava domaću percepciju svrhe ili efekta osporenih odredbi. Dok posebno ciljaju na akte, utiču na to da razlikuju prepoznatljivu grupu pojedinaca i da zabrane neke od njihovih činova. Ovakav zakon, zajednica jasno razumije kao zakon koji je usmjeren na homoseksualce muškarce kao grupu. Shodno tome, ukoliko Komitet smatra da je tasmanijski zakon diskriminatoran i da narušava privatnost, država ugovornica priznaje da se diskriminatorski miješa u privatnost.

6.14 Na kraju, država ugovornica razmatra niz pitanja od potencijalnog značaja u kontekstu člana 26. Što se tiče koncepta "jednakosti pred zakonom" u smislu člana 26, država ugovornica tvrdi da žalba ne pokreće pitanje proceduralne nejednakosti. Što se tiče pitanja da li odredbe 122. i 123. diskriminišu u "jednakoј zakonskoј zaštiti", država ugovornica priznaje da, ukoliko Komitet smatra da je zakon diskriminatoran, on bi diskriminisao pravo na "jednaku zakonsku zaštitu." Što se tiče toga da li je podnosilac predstavke žrtva zabranjenje diskriminacije, država ugovornica priznaje da odredbe 122. i 123. imaju stvarni uticaj na podnosioca predstavke i njegova žalba, kako potvrđuju tasmanijske vlasti, *in abstracto* ne predstavlja izazov domaćim zakonima.

7.1. U svojim komentarima, podnosilac predstavke pozdravlja koncesiju države ugovornice da odjelci 122 i 123 krše član 17 Pakta, ali izražava zabrinutost da je argumentacija vlade Australije u potpunosti zasnovana na činjenici da mu se prijeti krivičnim gonjenjem pod navedenim odredbama i ne uzima u obzir opšti negativni uticaj zakona na njega. On dalje izražava zabrinutost, u kontekstu "proizvoljnosti" miješanja u njegovu privatnost, da je državi ugovornici teško da pouzdano utvrdi da li zabrana na privatnu homoseksualnu aktivnost predstavlja moralnu poziciju značajnog dijela stanovništva Tasmanije. On tvrdi da, u stvari, ima značajnu podršku naroda i institucija za ukidanje anti-gej krivičnih zakona Tasmanije, i daje detaljan spisak udruženja i grupa iz širokog spektra australijskog i tasmanijskog društva, kao i detaljan pregled od nacionalnog i međunarodnog značaja o pravima gejeva i lezbejki i o tasmanijskom anti-gej statutu posebno.

7.2 Kao odgovor na argument tasmanijskim vlastima da moralne okolnosti moraju biti uzete u obzir kada se radi o pravima na privatnost, podnosilac predstavke tvrdi da je Australija pluralno i multikulturalno društvo čiji stanovnici imaju različite moralne kodove koji su ponekad u konfliktu. U ovim okolnostima pravilna uloga krivičnog zakona uvodi ove različite kodove što je manje moguće; zbog toga što neke vrijednosti moraju biti uvedene u krivične zakonike, ove vrijednosti bi trebalo da se odnose na ljudsko dostojanstvo i raznolikost.

7.3 Što se tiče navedenih kršenja člana 2., paragraf 1, i člana 26., podnosilac predstavke pozdravlja volju države ugovornice da prati smjernice Komiteta koje se tiču interpretacije ovih odredbi, ali žali što država ugovornica nije uspjela pruži sopstvenu interpretaciju ovih odredbi. Kako on navodi, ovo je u suprotnosti sa domaćim stavovima vlade Australije o ovim odredbama, jer ih je skroz odomacila tako da ih tumači da garantuju slobodu od diskriminacije i jednaku zaštitu zakona na osnovu seksualne orijentacije. On nastavlja da preispituje dešavanja u Australiji koja se tiču statusa seksualne orijentacije i međunarodnog zakona o ljudskim pravima i tvrdi da je, pred Glavnim odborom Svjetske konferencije o ljudskim pravima, Australija dala izjavu koja "ostaje najjači zagovornik ... prava gejeva od strane bilo koje države na međunarodnom forumu". Podnosilac predstavke navodi da je poziv Australije, na međunarodnom nivou, na zabranu diskriminacije na osnovu seksualne sklonosti primjeran ovom slučaju.

7.4 Gospodin Toonen dalje tvrdi da će 1994. godine Australija pokrenuti pitanje diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije na raznim forumima: "Razumljivo je da će Državni akcioni plan o ljudskim pravima, o kojem će Australija diskutovati u Komitetu za ljudska prava početkom naredne godine, kao jedan od svojih ciljeva, sadržati i uklanjanje diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije na međunarodnom nivou.

7.5 U svjetlu gore pomenutog, podnosilac predstavke zahtijeva od Komiteta da vodi računa o činjenici da je država ugovornica konstantno pronalazila da je seksualna orijentacija zaštićen status u međunarodnom zakonu o ljudskim pravima, i posebno, predstavlja “drugi status” za svrhe člana 2., paragraf 1, i člana 26. Podnosilac predstavke tvrdi da se za ovo presedent može naći u nekoliko presuda Evropskog suda za ljudska prava.⁵

7.6 Što se tiče diskriminatornog efekta odredbi 122. i 123. Krivičnog zakonika Tasmanije, podnosilac predstavke ponavlja da je kombinovani uticaj odredbi diskriminatoran jer zajedno stavljaju van zakona sve oblike intimnosti između muškaraca. Uprkos očiglednoj neutralnosti, odjeljak 122 je sam po sebi diskriminatoran. Pored rodne neutralnosti tasmanijskog zakona protiv “neprirodnog seksualnog polnog odnosa”, ova odredba, kao slični i sada ukinuti zakoni u raznim zemljama Australije, češće se nametala protiv muškaraca koji su homoseksualno aktivni, nego protiv muškaraca ili žena koji su heteroseksualno aktivni. Istovremeno, odredba kriminalne aktivnosti koje sprovode muškarci koji su seksualno aktivni sa drugim muškarcima, nego muškarce ili žene koji su heteroseksualno aktivni. Podnosilac predstavke se spori da je u njegovom Opštem komentaru o članu 26. i u nekim od njegovih stavova, Komitet za ljudska prava usvojio pojam “indirektne diskriminacije”.⁶

7.7 Što se tiče odsustva “razumnog i objektivnog kriterijuma” za diferencijaciju kojim upravljaju odredbe 122 i 123, gospodin Toonen pozdravlja zaključak države ugovornice da odredbe nijesu razumno opravdane što se tiče javnog zdravlja i moralnog osnova. Istovremeno, on dovodi u pitanje ambivalenciju države ugovornice o moralnim shvatanjima stanovnika Tasmanije.

7.8 Na kraju, podnosilac predstavke razvija svoj početni argument koji se tiče veze između postojanja anti-gej krivičnog zakona i onoga što on smatra “široom diskriminacijom”, tj. napastvovanje i nasilje nad homoseksualnim u anti-gej predrasudama. On tvrdi da je postojanje zakona protiv društvenih i psiholoških uticaja na njega i druge koji se nalaze u istoj situaciji, i navodi brojne skorašnje primjere napastvovanja i diskriminacije gejeva i lezbejki u Tasmaniji.⁷

7.9 Gospodin Toonen objašnjava da je, iako je podnio žalbu Komitetu, nastavio da bude predmet lične zlobe i napastvovanja. Ovo se pojavilo u kontekstu debate o reformi gej zakona u Tasmaniji i njegove uloge kao vodećeg volonterskog radnika u socijalnom sektoru tasmanijske zajednice. On dodaje da je važnije to što je, otkako je predao žalbu, izgubio posao djelimično kao rezultat njegovog podneska Komitetu.

7.10 U ovom kontekstu, on objašnjava da, kad je predao podnesak Komitetu, već tri godine je radio kao generalni menadžer u AIDS Savjetu Tasmanije (Inc.). Prestao je sa radom 2. jula 1993. godine, prateći eksterni pregled rada Savjeta koji je nametnula vlada Tasmanije putem Odjeljenja za zdravstvo i ostale usluge. Kad je Savjet izrazio nevoljnost da otpusti podnosioca predstavke, Odjeljenje je zaprijetilo da će prestati da finansira Savjet sve dok gospodinu Toonenu ne da otkaz. Gospodin Toonen tvrdi da je radnje Odjeljenja motivisala zabrinutost zbog njegove žalbe Komitetu i njegovog gej aktivizma uopšte. On tvrdi da je njegova žalba postala izvor poniženja države Tasmanije, i naglašava da se ni u jednom trenutku nije dovodio u pitanje kvalitet obavljanja njegovog posla.

7.11 Podnosilac predstavke zaključuje da će odjeljci 122. i 123. nastaviti da imaju nepovoljan uticaj na njegov privatni i javni život stvarajući uslove za diskriminaciju, konstantno napastvovanje i lične nepogodnosti.

5 Dudgeon v. United Kingdom, presuda od 22. oktobra 1981godine, stavovi 64-70 (presuda je integrlano rpedstavljena i u ovoj knjizi - primjedba urednika); Norris v. Ireland, presuda od 26. oktobra 1988. godine, stavovi 39-47; Modinos v. Cyprus, presuda od 22. aprila 1993. godine, stavovi 20-25.

6 Podnosilac ima u vidu Stavove Komiteta u slučaju br. 208/1986 (Bhinder v. Canada), usvojenim dana 9. novembra 1989. godine, stavovi 6.1 i 6.2.

7 Ovi primjeri su dokumentovani i čuvaju se u spisima slučaja.

Pregled postignuća:

8.1 Komitet je sazvan da bi odredio da li je gospodin Toonen bio žrtva nezakonitog ili neosnovanog miješanja u njegovu privatnost, što je u suprotnosti sa članom 17., paragrafo 1, i da li je bio diskriminisan u njegovom pravu na jednaku zakonsku zaštitu, što je u suprotnosti sa članom 26.

8.2 Budući da se radi o članu 17., neosporno je da je seksualni odnos punoljetnih osoba pod okriljem privatnosti obuhvaćen konceptom "privatnost", i da je zapravo g. Toonen trenutno pod uticajem kontinuiranog postojanja tasmanijskih zakona. Komitet smatra da se odredbe 122., (a) i (c), i 123. Krivičnog zakonika Tasmanije "miješaju" u privatnost podnosioca predstavke, iako ove odredbe nijesu primjenjivane cijelu deceniju. S tim u vezi, Komitet smatra da politika javnih tužilaštava da ne pokreću krivični postupak u vezi sa homoseksualnim ponašanjem pod okriljem privatnosti, ne predstavlja garanciju da u budućnosti neće doći do preduzimanja akcija protiv homoseksualaca, naročito u svijetlu neospornih izjava Direktora Javnog tužilaštva Tasmanije, iz 1998. godine, kao i izjava članova tasmanijskog parlamenta. Kontinuirano postojanje spornih odredbi stoga se postojano i direktno "miješa" u privatnost podnosioca predstavke.

8.3 Zabrana homoseksualnog odnosa pod okriljem privatnosti je predviđena zakonom, tačnije, u odredbama 122. i 133. Krivičnog zakonika Tasmanije. Iako se ona može smatrati samovoljnom, Komitet podsjeća da je ona u skladu sa Opštim komentarem 16[32] u vezi sa članom 17, koji glasi: "uvođenje koncepta samovoljnosti trebalo bi da obezbijedi da i zakonito miješanje mora da bude u skladu sa odredbama, ciljevima i svrhom Pakta, kao i da u svakom slučaju treba da bude opravdano.⁸ Komitet tumači neophodnost opravdanosti da bi ukazao na to da svako miješanje u privatnost mora biti proporcionalno željenom cilju i potrebno u okolnostima svakog datog slučaja.

8.4 Dok država ugovornica priznaje da sporne odredbe predstavljaju samovoljno miješanje u privatnost g. Toonen-a, tasmanijske vlasti tvrde da su osporene odredbe zakona opravdane kada se uzmu u obzir javno zdravlje i moralni aspekt, i da djelimično imaju za cilj sprečavanje širenje HIV/AIDS-a u Tasmaniji, i zato što se, u odsustvu posebnih ograničavajućih klauzula, u članu 17., moralna pitanja moraju smatrati problemom o kojem će odlučivati domaće pravo.

8.5 Kada je u pitanju argument tasmanijskih vlasti o javnom zdravlju, Komitet konstatuje da se kriminalizacija homoseksualnog ponašanja ne može smatrati opravdanim sredstvom ili proporcionalnom mjerom da bi se postigao cilj sprečavanja širenja HIV/AIDS-a. Država Australija konstatuje da zakoni koji kriminalizuju homoseksualne aktivnosti imaju tendenciju ometanja programa vezanih za javno zdravlje "na način što skrivaju mnoge koju su u riziku od infekcije". Kriminalizacija homoseksualnih aktivnosti bi time bila u suprotnosti sa sprovođenjem efikasnih edukativnih programa vezanih za spriječavanje HIV/AIDS-a. Pored toga, Komitet konstatuje da ne postoji dokaz o povezanosti kontinuirane kriminalizacije homoseksualnih aktivnosti i ekikasne kontrole širenja virusa HIV/AIDS-a.

8.6 Komitet takođe ne može prihvatiti da se za potrebe člana 17. Pakta, moralna pitanja smatraju isključivo pitanjem zabrinutosti domaćeg zakonodavstva, jer bi se time otvorio put stavljanju potencijalno velikog broja zakona vezanih za privatnost van nadzora Komiteta. Komitet dalje konstatuje da su svi zakoni koji kriminalizuju homoseksualnost stavljeni van snage širom Australije, sa izuzetkom Tasmanije, i da je, čak i u Tasmaniji, više nego očigledno da ne postoji konsenzus o tome da li i odredbe 122. i 123. treba takođe staviti van snage. Imajući u vidu da se ove odredbe trenutno ne primjenjuju, što podrazumijeva da se ne smatraju bitnim za očuvanje morala u Tasmaniji, Komitet zaključuje da odredbe ne ispunjavaju uslov "opravdanosti" u datim okolnostima slučaja, i da je došlo do svojevoljnog miješanja u pravo na privatnost g. Toonen-a po članu 17. stav 1.

8.7 Država ugovornica je tražila savjet od Komiteta po pitanju da li se seksualna orijentacija može smatrati za "drugi status" za potrebe člana 26. Do istog problema može doći i ako se

⁸ Dokument CCPR/C/21/Rev.1 (19. maj 1989. godine), str. 19 i 20 (paragraf 4 Opšteg komentara 16[32]).

uzme u obzir član 2, stav 1 Pakta. Komitet se nije ništa konkretno obavezao, međutim, konstatovao je da se u skladu sa njegovim mišljenjem pojam “polā” u članu 2, stav 1, i članu 26 treba posmatrati uključujući i seksualnu orijentaciju.

9. Komitet za ljudska prava, postupajući u skladu sa članom 5, stav 4 Fakultativnog protokola Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, je stava da činjenice koje su mu dostavljene ukazuju na povredu člana 17., stava 1, juncto 2, stav 1., Pakta.

10. U skladu sa članom 2 (3) (a) Pakta, podnosilac predstavke, žrtva kršenja članova 17, stav 1, juncto 2, stava 1 Pakta, ima pravo na pravni lijek. Po mišljenu Komiteta, efikasan pravni lijek bio bi stavljanje van snage odredbi 122. (a) i (c), i 123 Krivičnog zakonika Tasmanije.

11. Obzirom na to da je Komitet zaključio da je došlo do povrede prava g. Toonen-a u skladu sa članovima 17. (1) i 2 (1) Pakta, proizvedeći stavljanje van snage odredbi spornog zakona, Komitet ne smatra potrebnim da razmatra da li je došlo i do povrede člana 26. Pakta.

12. Komitet bi želio da, u roku od 90 dana od dana izjašnjanja o svojim Stavovima, dobije informaciju od strane Države ugovornice o mjerama preduzetim u cilju sprovođenja Stavova.

Dodatak

Izdvojeno mišljenje gospodina Bertil Wennergrena

u skladu sa pravilom 94., stavom 3., Poslovnika Komiteta za ljudska prava:

Ne dijelim mišljenje Komiteta u stavu 11. da ne postoji potreba da se razmatra da li je došlo ili nije do povrede člana 26. Pakta, zahvaljujući tome što je Komitet zaključio da je došlo do kršenja prava g. Toonen-a u skladu sa članovima 17., stav 1., i 2., stav 1. Pakta. Moje je mišljenje, da zaključak da je došlo do povrede člana 17., stav 1., trebao je biti zasnovan na osnovu zaključka da je došlo do povrede člana 26. Razlozi za to su ovi:

Odjeljak 122. Krivičnog zakonika Tasmanije seksualni odnos između muškarca i između žena stavlja van zakona. Dok odjeljak 123. takođe stavlja van zakona nepristojan seksualni kontakt između muškaraca na otvorenom ili pod okriljem privatnosti, on ne stavlja van zakona slične kontakte između žena. U stavu 8.7, Komitet je zaključio da po njegovom mišljenju, pojam “polā” u članu 2., stav 1, i članu 26. treba posmatrati uključujući i seksualnu orijentaciju. Slažem se sa ovim stavom, uzimajući u obzir da su uobičajni imenioci za osnov “rase, boje ili polā” biološki ili genetski faktori. S tim u vidu, kriminalizacija nekih oblika ponašanja pod odjeljcima 122., (a) i (c), i 123. Krivičnog zakonika Tasmanije moraju se smatrati nekompatibilnim sa članom 26. Pakta.

Kao prvo, ove odredbe Krivičnog zakonika Tasmanije zabranjuju seksualni odnos između muškaraca i između žena, time praveći razliku između heteroseksualaca i homoseksualaca. Kao drugo, one kriminalizuju sve seksualne kontakte između muškaraca dok u isto vrijeme takav isti kontakt između žena nije kriminalizovan. Stoga ove odredbe poništavaju princip jednakosti pred zakonom. Treba naglasiti da upravo ova vrsta kriminalizacije predstavlja diskriminaciju na osnovu koje pojedinci mogu tvrditi da su žrtve, i time se krši član 26., ne uzimajući u obzir činjenicu da se zakon nije primjenjivao tokom značajnog perioda vremena: pomenuto ponašanje i dalje ostaje okarakterisano kao krivično djelo.

Za razliku od većine članova koje sadrži ovaj Pakt, članom 17. se ne definiše nikakvo istinsko pravo ili sloboda. Pravo na slobodu ili pravo na slobodu privatnosti ne postoji, u poređenju sa na primjer pravom na slobodu ličnosti, iako član 18. garantuje pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti a takođe i pravo na ispoljavanje svojih uvjerenja ili vjeroispovijesti pod okriljem privatnosti. Član 17., stav 1., samo propisuje da niko ne smije biti podvrgnut svojevolum ili nezakonitom miješanju u privatnost, porodicu itd. Osim toga, odredba ne navodi, kao što je to slučaj kod ostalih članova Pakta, po kojem osnovu se država ugovornica smije umiješati zakonskim putem.

Država ugovornica je stoga u principu slobodna da se na zakonit način miješa u privatnost pojedinca po bilo kom diskrecionom osnovu, a ne samo po osnovu koji se tiče javne bezbjednosti, reda, zdravlja, morala ili osnovnih prava i sloboda drugih, kako je navedeno u ostalim odredbama Pakta. Međutim, u skladu sa članom 5., stav 1., ne postoji ništa sadržano u Paktu što bi se moglo protumačiti kao pravo države da ima bilo kakve radnje usmjerene ka ograničavanju prava ili sloboda koje su priznate u većoj mjeri nego što je to predviđeno Paktom.

Diskriminatorno krivično zakonodavstvo, o kojem je ovdje riječ, nije strogo govoreći “nezakonito“, ali je u suprotnosti sa Paktom, time što ograničava pravo jednakosti pred zakonom. Po mom mišljenju, kriminalizacija do koje dolazi zahvaljujući odredbama 122. i 123. KZ Tasmanije miješa se u privatnost do mjere koja se ne može opravdati i, stoga, predstavlja takođe i povredu člana 17, stav 1.

Po mom mišljenju, do sličnog zaključka se ne može doći kada je u pitanju član 2., stav 1. Pakta, imajući u vidu da član 17., stav 1 samo garantuje zaštitu protiv samovoljnog i nezakonitog miješanja. Nemoguće je ove propise proglasiti nezakonitim oslanjajući se jedino na član 2., stav 1., osim ukoliko se njima ne pozabavimo na posredan način. Ono što čini miješanja, iz ovog slučaja, “nezakonitim“ proizilazi iz člana 5., stava 1. i člana 26., a ne iz člana 2., stava 1. Stoga dolazim do zaključka da osporene odredbe Krivičnog zakonika Tasmanije kao i njihov uticaj na situaciju podnosioca predstavke predstavljaju povredu člana 26., u vezi sa članovima 17., stav 1., i 5., stav 1. Pakta.

Dijelim mišljenje Komiteta da je efikasan pravni lijek neophodan da bi se odjelci 122., (a) i (c,) i 123. KZ Tasmanije stavili van snage.

SLUČAJ EDWARD YOUNG PROTIV AUSTRALIJE
Predstavka broj 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)

KOMITET ZA LJUDSKA PRAVA
Sedamdeset osmo zasijedanje

ANEKS

Stavovi Komiteta za ljudska prava prema Fakultativnom protokolu uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Predstavka broj 941/2000

Podnosilac predstavke: Edward Young (koga zastupa advokat gđa Michelle Hannon i gđa Monique Hitter)

Žrtva: podnosilac predstavke

Država ugovornica: Australija

Datum ponošenja: 29. jun 1999.

Komitet za ljudska prava, osnovan na osnovu člana 28. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,

na sjednici održanoj dana 6. avgusta 2003. godine

Okončavši razmatranje predstavke broj 941/2000, podnešene Komitetu za ljudska prava od strane g. Edward Young-a prema Fakultativnom protokolu uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,

Uzevši u obzir sve pismene informacije koje su mu dostavljene od strane podnosioca predstavke i države ugovornice,

Usvaja sljedeće stavove na osnovu člana 5., stav 4., Fakultativnog protokola:

Podnosilac predstavke je Edward Young, građanin Australije, rođen 7. maja 1935. godine i trenutno je nastanjen u državi Novi Južni Vels. Tvrdi da je žrtva kršenja, od strane Australije, člana 26. Konvencije. Zastupa ga advokat.

Činjenice podnesene od strane podnosioca predstavke:

2.1 Podnosilac predstavke je u istopolnoj vezi sa g. G.C. već 38 godina. G. C. je bio ratni veteran o kojem se podnosilac predstavke starao tokom posljednjih godina života. Umro je dana 20. decembra 1998. godine, u 73. godini. Dana 1. marta 1999. godine podnosilac predstavke je aplicirao za penziju prema odredbi člana 13 Zakona o pravima veterana (Veteran's Entitlement Act ("VEA")) kao veteranovo izdržavano lice. Dana 12. marta 1999. godine, Komisija za repatrijaciju je odbila zahtjev podnosioca predstavke sa obrazloženjem da on nije izdržavano lice kao što je to određeno Zakonom. U svojoj odluci Komisija navodi da odredbe Zakona:

Odjeljak 11. Zakona glasi:

"izdržavano lice, u vezi sa veteranom (uključujući veterana koji je umro) znači

(a) partner..."

Odjeljak 5E Zakona definiše “partnera, u vezi sa osobom koja je član para, kao drugog člana para.”

Pojam para je definisan u odjeljku 5E(2):

“osoba je “član para” u značenju ovog Zakona, ako:

je osoba zakonski vjenčana sa drugom osobom i ne živi odvojeno i nezavisno od druge osobe na trajnoj osnovi; ili

(b) ako su ispunjeni svi sljedeći uslovi:

(i) ako osoba živi sa osobom suprotnog pola (u ovom odjeljku zvanom partner);

(ii) ako osoba nije zakonski vjenčana za partnera;

(iii) ako su osoba i partner, po mišljenju Komisije (.....), u odnosu nalik braku;

(iv) ako osoba i partner nijesu u zabranjenom odnosu za potrebe odjeljka 23B Zakona o braku 1961.”

U odluci se navodi da je “Tekst odjeljka 5E (2) (b) (i) nedvosmislen. Žao mi je što, prema tome, nijesmo u stanju da pružimo diskreciju po ovom pitanju. Ovo znači da prema zakonodavstvu, nijeste smatrani izdržavanim licem pokojnog veterana. Zbog toga nemate pravo da tražite penziju u skladu sa Zakonom.”

Podnosiocu predstavke je takođe uskraćena optremnina prema Zakonu, s obzirom da se ne smatra “članom para.”⁹

2.2 Dana 16. marta 1999. godine, podnosilac predstavke obratio se Komitetu za ratne veterane (Veterans Review Board (“VRB”)) žalbom za preispitivanje odluke Komisije. Dana 27. oktobra 1999. godine, Komitet je potvrdio odluku Komisije, smatrajući da podnosilac predstavke nije izdržavana osoba po definiciji Zakona. U svojoj odluci Komitet naglašava gore navedene zakone i smatra da “nema diskreciono pravo u svojoj predstavi o Zakonu i da je u ovom slučaju obavezan da uzme u obzir odjeljak 11 Zakona. Dakle, prema sadašnjem zakonu, Komitet je obavezan da potvrdi razmatranu odluku u vezi sa pozicijom podnosioca predstavke.”

2.3 Dana 23. decembra 1999. godine, Komisija za ljudska prava i jednake mogućnosti (Human Rights and Equal Opportunity Commission (“HREOC”)) je odbila žalbu podnosioca predstavke podnijetu tom organu, navodeći da, obzirom da je podnosilac predstavke bio podvrgnut automatskom i nediskrecionom radu zakonodavstva, Komisija nema nadležnost da interveniše.

Žalba:

3.1 Podnosilac predstavke tvrdi da odbijanje države ugovornice, na osnovu činjenice da je on bio u vezi sa istopolnim partnerom, tj. zbog njegove seksualne orijentacije, da mu obezbijede uživanje penzije, krši njegovo pravo na jednako postupanje pred zakonom i kosi se sa članom 26. On priznaje da član 26. ne primorava državu ugovornicu da donese poseban zakon, ali tvrdi da, kada ona to uradi, zakon mora biti u skladu sa članom 26. Podnosilac predstavke podsjeća da je u slučaju Broeks protiv Holandije¹⁰, Zwaan de Vries protiv Holandije¹¹ i Danning protiv Holandije¹² Komitet, u principu, smatrao zakone o socijalnoj sigurnosti predmetom člana 26. On je takođe podsjetio da je u slučaju Toonen protiv Australije¹³ Komitet prepoznao seksualnu orijentaciju kao zabranjen osnov za diferencijaciju prema članu 26.

⁹ Podnosilac predstavke ne iznosi nikakvu posebnu tvrdnju povodom ove činjenice.

¹⁰ Slučaj br.172/1984, Mišljenja usvojena 09.04.1987. godine.

¹¹ Slučaj br 182/1984, Mišljenja usvojena 09.04.1987. godine.

¹² Slučaj br 180/1984, Mišljenja usvojena 09.04.1987. godine.

¹³ Slučaj br 488/1992, mišljenja usvojena 31.03.1994. godine.

3.2 Podnosilac predstavke tvrdi da, iako je mogao da se žali Komonvelt Tribunalu za administrativne žalbe (Commonwealth Administrative Appeals Tribunal (“AAT")), takva žalba ne bi imala nikakve izgleda za uspjeh zato što bi bila vezana odredbama VEA.

Informacije i zapažanja države ugovornice o prihvatljivosti i meritumu predstavke:

4.1 Dana 1. maja 2001. godine, putem verbalne note, država ugovornica se izjasnila o prihvatljivosti i meritumu predstavke. Ona razmatra značenje prava zaštićenih članom 26. i pravi razliku između “jednakosti pred zakonom” i “jednakoj zaštiti pred zakonom”. Ona tvrdi da prvo nije usmjereno na zakon već isključivo na njegovu primjenu što znači da sudije i administrativni službenici ne smiju djelovati samovoljno u sprovođenju zakona.¹⁴ Dalje tvrdi da se drugi odnosi na suštinu zakona kao i na njegovu primjenu.¹⁵ Iako se podnosilac predstavke odnosi na “jednakost pred zakonom” u svojoj predstavi, država članica ne razumije kako se ovo odnosi na navodno kršenje člana 26. Umjesto da navodi samovoljne postupke sudija i službenika, država ugovornica razumije da podnosilac predstavke tvrdi da je zakon sam po sebi diskriminatoran i da on pokreće pitanje jednake zakonske zaštite prema članu 26.

4.2 Država ugovornica osporava prihvatljivost na osnovu tri stavke. Kao prvo, tvrdi da podnosilac predstavke nije žrtva prema značenju člana 1. Fakultativnog protokola, u skladu sa kojim je Komitet ukazao¹⁶ da podnosilac predstavke mora dostaviti dokaz da je on lično ugrožen činom ili propustom države ugovornice. Iako država ugovornica prihvata odluke domaćih vlasti koje odbijaju zahtjev za penziju podnosioca predstavke, ona ne odobrava razloge jasno navedene od strane ovih organa za takvo odbacivanje. Ona ukazuje da temeljno ispitivanje činjenica i njihove primjene na VEA pokazuje da nijednom partneru g. C.-a, bilo da je homoseksualac ili heteroseksualac, ne bi bila odobrena penzija prema VEA. Shodno tome, država ugovornica tvrdi da ni seksualna orijentacija podnosioca predstavke ni seksualna orijentacija g. C.-a nije bila odlučujuća za ovo pitanje.

4.3 Država ugovornica primjećuje da je podnosilac predstavke podnio zahtjev za penziju prema VEA i da su odredbama o podobnosti bavi Odsjek 2 Dio 2 VEA. Odjeljak 13. definiše kriterijume za “podobnost za penziju”. Prema državi ugovornici, u cilju dokazivanja da je bio slučaj diskriminacije, podnosilac predstavke mora prvo utvrditi da je u mogućnosti da zadovolji odredbe o sticanju prava u odjeljku 13.

4.4 Država ugovornica objašnjava da odjeljak 13 nudi pet različitih osnova za osnov za sticanje prava na penziju. Odjeljak 13 (1) naročito dozvoljava izdržavanom licu, uključujući partnera, veterana da traži penziju gdje je smrt veterana “uzrokovana ratom”. Država ugovornica tvrdi da izvještaji Odjeljenja za boračko - invalidsku zaštitu ne ukazuju na to da je smrt g. C.-a “uzrokovana ratom”, niti da je podnosilac predstavke tvrdio da je njegova smrt “uzrokovana ratom”. Dakle, ona tvrdi da, nijedan heteroseksualni niti homoseksualni partner g. C.-a ne može imati pravo na penziju prema pododjeljku (1). Država ugovornica zatim nastavlja da primjenjuje činjenice slučaja podnosioca predstavke na druge pododjeljke člana 13. u pokušaju da pokaže da, bez obzira na vezu, podnosilac predstavke ne bi imao pravo na penziju, zato što g. C nije bio

14 Država ugovornica upućuje na prethodna razmatranja Pakta i na Stavove u predstavkama *Broeks protiv Holandije*, *Danning protiv Holandije*, *Zwaan de Vries protiv Holandije*, prethodno u ovom dokumentu.

15 Država ugovornica ima u vidu UN Dok. A/42/40, stranica 139, stavovi od 12.1 do 1.13 i predstavke *Broeks protiv Holandije*, *Danning protiv Holandije* i *Zwaan de Vries protiv Holandije*, prethodno u ovom dokumentu.

16 Država članica ima u vidu sljedeće predstavke u pokušaju da pokaže da podnosilac predstavke nije iznio dovoljno dokaza kojima bi predstavio sebe kao žrtvu: *J. H. protiv Kanade*, slučaj br. 187/1985, odluka usvojena 12.04.1985. godine; *Tadman et al protiv Kanade*, slučaj br. 816/1998, odluka usvojena 29.10.1999. godine; *de Groot protiv Holandije*, slučaj br. 578/1994, odluka usvojena 14.07.1995. godine; *Toonen protiv Australije*, prethodno u ovom dokumentu.

veteran na koga se jedna od potrebnih odredbi odnosi. Ona tvrdi da, obzirom da podnosilac predstavke u svakom slučaju nema pravo na ovu beneficiju, on nije ostvario osnovno pravo na penziju, i samim tim, nije žrtva člana 1.

4.5 Kao drugo, država ugovornica podsjeća na sudsku praksu Komiteta¹⁷ i tvrdi da podnosilac predstavke nije dovoljno potkrijepio svoj slučaj u cilju prihvatljivosti. Da se slučaj uopšte pokrene, država ugovornica tvrdi da podnosilac predstavke mora dokazati da mu je uskraćena beneficija koja bi bila dostupna heteroseksualnom partneru g. C.-a kao pitanje sticanja prava prema zakonu i ponovo se poziva na svoje argumente u gore navedenim stavovima od 4.2 do 4.4. Ona tvrdi da podnosilac predstavke nije uspio da pravilno procijeni sve činjenice slučaja i primjenu tih činjenica u odjeljku 13. VEA, i da, samim tim, nije u stanju da potkrijepi tvrdnju da se njegovo nepostojanje prava na penziju prema VEA, utvrđeno razlikom na osnovu seksualne orijentacije, kosi sa članom 26.

4.6 Kao treće, država ugovornica tvrdi da podnosilac predstavke nije iskoristio sva domaća sredstva za potrebe prihvatljivosti. Pozivajući se na sudsku praksu Komiteta¹⁸, država ugovornica navodi da je odnos mišljenja u Stavovima Komiteta taj da sredstvo ne smije imati šansu za uspjeh kako bi podnosilac predstavke uspješno tvrdio da određeno sredstvo ne mora da bude iskorišćeno prije nego što je podneska proglašena prihvatljivom.

4.7 Država ugovornica navodi da je podnosilac predstavke mogao da se žali na odluku AAT-u zato što mu nije odobrena penzija i nudi sljedeće informacije o ovom tribunalu. AAT je stvorio Savezni statut i ima moć da potvrdi ili poništi odluku i da povрати pitanje prvobitnom donosiocu odluke – da donese novu odluku, promijeni odluku ili zamijeni prvobitnu odluku sa novom. U primjeni te moći, uloga AAT-a je da utvrdi koja je “ispravna i poželjna odluka” u vezi sa određenim pitanjem. U obavljanju svojih funkcija, AAT kao pitanje pravca, vrši detaljno istraživanje svih činjenica. AAT nije obavezan da koristi samo informacije dostupne prvobitnom donosiocu odluke i može razmatrati informacije nepoznate u vrijeme prvobitne odluke. Stranka saslušana od AAT-a može tražiti sudsko preispitivanje odluke na Saveznom sudu.

4.8 Država ugovornica tvrdi da je AAT po svoj prilici zaključio da podnosilac predstavke, kao i bilo koji heteroseksualni ili homoseksualni partner g. C, nije imao prava na penziju na osnovu člana 13. VEA. Ova odluka bi bila zasnovana na: (1) propust g. C da ispuni uslove iz člana 13. VEA od kojih zavisi pravo partnera da naslijedi penziju, naročito one vezane za ozbiljni invaliditet ili smrt usljed ratne službe (kao što je naglašeno u gornjim paragrafima 4.2 i 4.4); ili (2) propustom podnosioca predstavke da obezbijedi dovoljno dokaza o njegovoj navodnoj de facto vezi sa g. C (država ugovornica daje više informacija o ovom argumentu u meritumu). Država ugovornica tvrdi da odluka AAT-a na osnovu jednog ili oba od ovih osnova ne bi podrazumijevala nikakvu razliku koja bi bila osnova za kršenje člana 26. i ovo pitanje ne bi bilo izneseno u Komitetu.

4.9 Na meritumu, država ugovornica tvrdi da, bez obzira na razloge koje pružaju organi odlučivanja u slučaju podnosioca predstavke, seksualna orijentacija gospode C i podnosioca predstavke ne odlučuje o pravu podnosioca predstavke da stekne penziju i zahtjev podnosioca

17 Država članica ima u vidu sljedeće izvještaje Komiteta za ljudska prava u dokumentima UN A/48/40, stav 781; A/47/40, stav 625; A/46/40, stav 679; A/45/40, stav 608; A/44/40, stav 633; A/43/40, stav 654; A/39/40, stav 588; A/52/40, stav 478; A/51/40, stav 388; A/50/40, stav 500; Olo Bahamonde protiv Ekvatorijalne Gvineje, slučaj br. 468/1991, Stavovi usvojeni 20. oktobra 1993. godine; J.A.M.B. - R. protiv Holandije, slučaj br. 477/1991, odluka usvojena 7. aprila 1994. godine.

18 Država članica ima u vidu sljedeće predstavke: Kelly protiv Jamajke, slučaj br. 537/1993, Stavovi usvojeni 17.07.1996.; Henry *et al* protiv Jamajke, slučaj br. 571/1994, Stavovi usvojeni 25.07.1996, Pereira, u ime Colamarca Patine protiv Paname, slučaj br. 437/1990, odluka usvojena 21.10.1994; G protiv Kanade, slučaj br. 934/2000, Stavovi usvojeni 17.07.2000; A protiv Novog Zelanda, slučaj br. 754/1997, Stavovi usvojeni 15.07.1999.; Mansur *et al* protiv Holandije, slučaj br. 883/1999, odluka usvojena 05.11.1999.; Maille protiv Francuske, slučaj br. 689/2000, Stavovi usvojeni 10.07.2000.; i Gomez Vasquez protiv Španije, slučaj br. 701/1996, Stavovi usvojeni 20.07.2000.

predstavke da Komitet razmotri predstavku nema meritum. Država ugovornica podržava ovu tvrdnju na dva osnova. Prvo, država ugovornica navodi da nijedan heteroseksualni ili homoseksualni partner g.C nije imao pravo na penziju na osnovu člana 13. VEA. Drugo, država ugovornica navodi da je podnosilac predstavke u svakom slučaju propustio da obezbijedi dovoljno informacija kako bi se ustanovilo da je on zapravo bio partner g. C. Dakle, bez obzira na nemogućnost podnosioca predstavke da ispuni kriterijume predstavljene u VEA, država ugovornica navodi da su organi odlučivanja mogli biti nezadovoljni ispunjenjem uslova o postojanju de facto veze.

4.10 Država ugovornica tvrdi da podnosilac predstavke nije obezbijedio dovoljno dokaza koji bi podržali njegove tvrdnje da je bio de facto partner g. C. Stoga, zbog pravilne primjene činjenica, kako je predstavio podnosilac predstavke relevantnom zakonu, država ugovornica tvrdi da nije pravljena nikakva razlika koja bi bila zasnovana ili opravdana razumnim ili objektivnim kriterijumima. Država ugovornica naglašava značaj isplate državnih fondova gdje su najpotrebni. Dakle, uobičajena je praksa da se nametne kriterijum u vezi sa isplatom socijalnog osiguranja i država ugovornica napominje priznanje Komiteta da država ima prava da podredi plaćanje socijalnog osiguranja kriterijumima podobnosti.¹⁹

4.11 Država ugovornica objašnjava da je kriterijum adekvatnih dokaza o postojanju de facto veze jedan od kriterijuma koji mora biti ispunjen prije nego što osoba stekne pravo na penziju pod VEA. Prema državi ugovornici, g.C nije naglasio u prepisci sa Odeljenjem da nije samac.²⁰ Odeljenje zahtijeva dokaze o vezi da bi se utvrdilo pravo na penziju. U tom smislu, obrazac zahtijeva za penziju udovaca preminulih u ratu tvrdi:

„Molimo Vas da priložite kopiju Vašeg vjenčanog lista ili dokaz o vezi sa preminulim veteranom, ukoliko niste ranije dostavili ovaj materijal Odeljenju.“

4.12 Država ugovornica tvrdi da, osim zahtjeva za penziju koji je podnio podnosilac predstavke, jedini dokaz koji je obezbijedio podnosilac predstavke je njegovo ime kao partnera g.C u umrlici. Ona tvrdi da informacije iz umrlice Novog južnog Velsa, uključujući one koje se odnose na supružnike, se ne smatraju tačnim dokazima. Tvrdi se da je, samostalno, informacija u umrlici nedovoljan dokaz za potrebe VEA da bi se utvrdilo da je podnosilac predstavke bio partner g.C. Ona dalje tvrdi da bi Odeljenje zabilježilo dokaz o, na primjer, zajedničkim troškovima, zajednički život ili dijeljenje značajnih iskustava, korespondenciju, testament ili izjave porodice, zajedničkih prijatelja ili poznanika.

4.13 Procjena da li je podnosilac predstavke zapravo bio partner g.C se ne razlikuje od procjene koja bi se primijenila na bilo koju heteroseksualnu ili homoseksualnu osobu koja tvrdi da je bila partner veterana. U odsustvu dodatnih dokaza, Odeljenje nije moglo biti zadovoljno da je podnosilac predstavke bio partner g.C. Država ugovornica tvrdi da ova primjena procesa procjene spriječava podizanje pitanja jednake zaštite prava. Ona takođe tvrdi da nema dokaza o proizvoljnim radnjama funkcionera u Odeljenju koji bi podržali zaključak da je prekršeno pravo podnosioca predstavke na jednakost pred zakonom. (gore stav 4.1).

4.14 U zaključku, država ugovornica tvrdi da, podnosilac predstavke nije uspio da obezbijedi dovoljno dokaza o njegovom statusu kao de facto partnera g.C, što obezbjeđuje dodatne osnove da se odbije penzija podnosiocu predstavke. Ovo odbijanje, po mišljenju države ugovornice, ne dovodi do kršenja prava podnosioca predstavke pod članom 26.

19 Država ugovornica ima u vidu Neefs protiv Holandije, slučaj br. 425/1990, Stavovi usvojeni 15. 07.1994, kao primjer.

20 Država ugovornica ima u vidu sljedeća dokumenta koja je podnio g. C radi podržavanja svojih stavova (a) o zahtjevu za vojnu penziju za veterane ili pomorce, stranice 2, 3, 5 i 6; (b) Izvještaj o načinu života, naročito odjeljak 2 'Lični odnos', u kojem se ne pominje partner, i odjeljak 4, 'Rekreacija i aktivnosti u zajednici', u kojima g. C kaže da rijetko ima podjetoce bilo da su u pitanju rodbina ili prijatelji; (c) Medicinsko - psihijatrijski pregled, u kojem se ne pominje partner.

Komentari podnosioca predstavke:

5.1 Podnošenjem predstavke 17. avgust 2001 godine, podnosilac predstavke ponavlja da je on žrtva po osnovu člana 1. Fakultativnog protokola zato što je on fizičko lice koje je pogođeno činjenicom da mu je odbijena penzija zbog njegove seksualne orijentacije. On ponavlja da su Komisija i VRB jasno stavili do znanja da je razlog za odbijanje njegovog zahtjeva bio taj što njegov partner nije bio suprotnog pola, tj. zbog njegove seksualne orijentacije.

5.2 Podnosilac predstavke nepominje da, uprkos tome što država ugovornica ne potvrđuje razlog odbijanja predstavke od strane Komisije i VRB-a, ona ne poriče da je seksualnost relevantan kriterijum za dodjelu penzije pod VEA-om i da je podnosioca predstavke njegova seksualnost spriječila da zadovolji taj kriterijum. On dalje navodi da država ugovornica ne tvrdi da bi neki drugi domaći organ razmatrajući ovu predstavku donio drugačiji zaključak o njegovoj podobnosti za penziju.

5.3 Što se tiče navoda države ugovornice da podnosilac predstavke nije žrtva jer je odbijen za penziju pod VEA-om na osnovu brojnih drugih kriterijuma koji se ne odnose na njegovu seksualnost, podnosilac predstavke tvrdi da njegova podobnost da ispuni te ostale kriterijume nije relevantna za njegov status kao žrtve iz sljedećih razloga: čak i da ispuni kriterijum po osnovu pod-člana 13 i dalje mu ne bi bilo odobreno pravo na penziju jer ne ispunjava definiciju. Po mišljenju podnosioca predstavke, važno je napraviti razliku između slučajeva kao što je Hoofdman protiv Holandije²¹ gdje je evidentno da pojedinac nema pravo na neke državne beneficije na osnovu razloga koji nijesu u vezi sa diskriminacijom koju propisuje Pakt i slučajeva gdje je pravo na beneficije diskutabilno i zahtijeva pravilno i pravično suđenje pred nadležnim organom uprave za određivanje podobnosti.

5.4 Podnosilac predstavke tvrdi da nije imao priliku da pokaže da li može ili ne može da ispuni kriterijume iz ovoga pod-člana. On priznaje da nije mogao da ispuni određene kriterijume iz pod-člana člana 13, kojima bi stekao pravo na penziju, ali on tvrdi da mu još nije data prilika da se utvrdi da ispunjava ostale kriterijume pod-člana člana 13 koji takođe mogu obezbijediti takvo pravo. On tvrdi da, iako je u svom podnesku država ugovornica napravila pretpostavke o njegovoj mogućnosti da ispuni određene kriterijume, država ugovornica povjerava domaćim organima, uključujući VRB, nadležnost da odluče da li su kriterijumi koji su dovedeni u pitanje ispunjeni.

5.5 Podnosilac predstavke tvrdi da, donošenjem pretpostavki u ovoj fazi po pitanju njegove mogućnosti da ispuni ove kriterijume, država ugovornica ga ponovo diskriminiše zato što bi građani u heteroseksualnim vezama koji traže takvu penziju pod gore navedenim pod-članom bili u mogućnosti da ispune kriterijume propisane od strane Komisije za repatrijarciju, VRB-a ili drugih organa odlučivanja. Ta tijela pregledaju sve dokaze u vezi sa pitanjem. Podnosilac predstavke tvrdi da država ugovornica tek treba da vidi njegove dokaze i da čuje njegove argumente o tome kako on može da ispuni ove kriterijume. Pored toga, podnosilac predstavke navodi da je zahtjev da traži dalje razmatranje kada to očigledno neće dovesti do drugačijeg ishoda takođe diskriminacija. On tvrdi da nije jednako tretiran pred zakonom jednostavnim isključenjem zbog njegove seksualnosti, čak iako on ne može utvrditi da ospunjava ostale kriterijume za penziju.

5.6 Po pitanju iscrpljenosti domaćih pravnih sredstava, podnosilac predstavke tvrdi da je VRB jasno naveo da nije imao diskreciono pravo da traži druge dokaze osim onoga dokaza koji isključuje pravo podnosioca predstavke za penziju na osnovu njegovog neuspjeha da ispuni definiciju o izdržavanom licu, te ne bi bilo otvoreno za AAT i Savezni sud Australije da donese

21 Predstavka br. 602/1994, Stavovi usvojeni 3. novembra 1998. godine. U ovom slučaju, Komitet po svom meritumu smatra, da se „na osnovu prethodnih informacija, čini da podnosilac predstavke, u slučaju i da je bio u braku sa svojim partnerom a ne da je živio u zajednici sa njim van braka, ne bi imao pravo na penziju na osnovu AWW, imajući u vidu da je imao ispod 40 godina, nije bio sposoban za rad i da nije imao vanbračnu djecu o kojima bi se starao. Ovo pitanje pred Komitetom je stoga ograničeno samo na privremena davanja”.

drugačiji zaključak. Prema riječima podnosioca predstavke, pod australijskim zakonom kada je značenje odredbe statuta jasno navedeno u statutu, organ za donošenje odluka nema pravo da ga tumači drugačije. Član 5 (E) je veoma jasan u zahtjevima da osoba koja tvrdi da je dio para, kako bi po tom osnovu partner bio izdržavano lice po Zakonu, bude u heteroseksualnoj vezi.

5.7 Prema riječima autora, ova odredba ne ostavlja prostora da bilo koji organ donošenja odluka primijeni ovu odredbu kako bi uključio istopolne partnere, čak iako je organ voljan da to učini. On tvrdi da sudska praksa u vezi sa interpretacijom termina kao što su “partner”, “supružnik” i “par” nije uključila istopolne veze čak ni kada je postojalo diskreciono pravo da se to učini, jer termin nikada dalje nije definisan. Autor napominje da država ugovornica ne priznaje da su AAT ili Savezni sud mogli doći do drugačijih interpretacija na ovu temu. U najboljem slučaju, on navodi tvrdnju države ugovornice da bi AAT mogao pronaći druge osnove osim “diskriminatorских” da bi isključila podnosioca predstavke iz primanja penzije.

5.8 Podnosilac predstavke tvrdi da sudska praksa Komiteta²² samo zahtijeva da on ustasnovi da bi zahtijevanje daljeg pregleda razloga za uskraćivanje beneficija bilo uzaludno. Od njega se ne zahtijeva da traži druga domaća pravna sredstva jer bi neki drugi organ odlučivanja mogao da ga proglasi nepodobnim na poljima koja nijesu bila uzeta u obzir organa donošenja odluke koji je prvobitno pristupio ovoj predstavci. On dalje navodi da on ne bi trebalo da odgovara ni za šta drugo osim za dio odluke za koju on tvrdi da krši Pakt, kada bi zatražio preispitivanje odluke kako bi iscrpio domaća pravna sredstva.

5.9 Podnosilac predstavke podsjeća da je pokušao da dobije HREOC ispitivanje njegovih navoda da je ograničavanje isplate penzije za heteroseksualne partnere ili veteran po Zakonu kršenje člana 26 Pakta. On tvrdi daje, u svom odgovoru HROEC izjavio da resursi Komisije ne dozvoljavaju da se vrši ispitivanje prava istopolnih parova pod odredbama VEA i da on nije u mogućnosti da ispituje stvar na bilo kom drugom osnovu pošto to nije bilo pitanje gdje je organ donošenja odluke imao bilo kakvo diskreciono pravo u određivanju da li je podnosilac predstavke svrstan u odredbe o izdržavanom licu koje definiše VEA.

5.10 Podnosilac predstavke odbija tvrdnju države ugovornice da je bilo vjerovatno da ako bi se žalio na svoj slučaj AAT-u, on bi odbio njegovu predstavku na osnovama koje nijesu u vezi sa njegovom seksualnošću. On tvrdi da je država ugovornica netačna u svom argumentu da on ne bi imao pravo na penziju pod članom 13 VEA i navodi da ni jedna od kritika tijela koja su ovlašćena da razmatraju njegov slučaj nije izrazila zabrinutost o njegovoj sposobnosti da ispuni kriterijume pod-člana 13. On navodi da g. C nije bio pušač dok nije krenuo u vojsku i da su efekti pušenja doprinijeli njegovoj smrti. U australijanskoj sudskoj praksi, za veterane koji su umrli od bolesti povezanih sa pušenjem se smatra da su umrli od ratnih povreda i zadovoljavaju član 13 ukoliko je razlog pušenja povezan sa regrutacijom u vojsku. Prema riječima podnosioca predstavke, zahtjev za penziju pod VEA na osnovu ratom izazvanim povreda, koji podnose lica koja je veteran izdržavao, se prihvata čak i kada je veza između veterane smrti i njegovih ratom izazvanih povreda utvrđena posthumno.

5.11 Konačno, po pitanju iscrpljenosti domaćih pravnih sredstava, podnosilac predstavke tvrdi da je ograničen jer nema novčanih sredstava jer prima samo penziju Odjeljenja za socijalnu sigurnost i nije u finansijskoj mogućnosti da koristi pravne opcije.

5.12 U meritumu, podnosilac predstavke daje dodatne argumente po pitanju njegove veze sa g. C. On navodi da je tvrdnja da mu je penzija odbijena zbog njegovog neuspjeha da obezbijedi dovoljno dokaza o njegovoj vezi sa g. C nedosledna pisanoj odluci Komisije za repatrijaciju i VRB-a, koji su prihvatili postojanje njegove veze sa g. C. On tvrdi da bi mogao da zadovolji druga

²² Podnosilac predstavke ima u vidu: *Barzhig protiv Francuske*, prethodno u ovom dokumentu; *Collins protiv Jamajke*, slučaju br. 356/1989, Stavovi usvojeni 12.05.1993; *Maille protiv Francuske*, prethodno u ovom dokumentu i *Gomez Vasquez protiv Španije*, prethodno u ovom dokumentu.

kontrolna tijela njihovog odnosa²³ i tvrdi da su obje odluke ukazivale na negiranje predstavke podnosioca jer nije mogao da ispuni definiciju da je izdržavana osoba, tačnije, zbog njegove seksualne orijentacije. VRB je izričito prihvatio postojanje njegove veze sa g. C.²⁴

5.13 Podnosilac predstavke tvrdi da zbog datih stavova Australije, a naročito Ministarstva odbrane i veterana, o istopolnim vezama, kao što je pokazano odbijanjem Ministarstva da prizna validnost takve veze²⁵, nije iznenađujuće što je g. C odgovorio tako kako jeste u dokumentima koje država ugovornica pominje u stavu 4.11. Ništa u tim dokumentima ne poriče njegovu vezu sa g. C ili navodi dokaze da takva veza nije postojala. Ne postoji ni jedna odredba, u tim dokumentima, koja bi dozvoljavala g. C da opiše njegovu vezu sa podnosiocem predstavke pošto u dokumentu nema naznake za “partnera”.

Dodatni podnesci stranaka:

6.1 Dana 7. februara 2002. godine, država ugovornica je obavijestila Komitet da sama činjenica da ne reaguje na sve tvrdnje i navode advokata ne znači da ih prihvata kao istinite i tačne. Ona negira tvrdnju podnosioca predstavke da ga je pretpostavkama o njegovoj sposobnosti da ispuni ostale kriterijume VEA, australijska vlada ponovo diskriminirala. Ona objašnjava da je primijenila činjenične okolnosti podnosioca predstavke pri ispitivanju podobnosti bilo heteroseksualnom ili homoseksualnom podnosiocu zahtjeva za penziju pod VEA ne da bi diskriminirala podnosioca predstavke već da bi odgovorila na njegove navode u najvećoj mjeri. Po njenom mišljenju, ispitivanje kriterijuma je bilo potrebno da bi se odgovorilo na navode i da je ispitivanje preduzeto bez obzira na seksualnu orijentaciju podnosioca predstavke.

6.2 Na komentare podnosioca predstavke da je zahtjev da traži dalje razmatranje kada je jasno da neće biti drugačijeg ishoda diskriminatoran, država ugovornica tvrdi da informisanje Komiteta o opcijama koje su dostupne podnosiocu predstavke nije diskriminacija. Država ugovornica pobija tvrdnju da je odluka domaćih organa bila sama po sebi diskriminatorna i tvrdi da je predstavnici podnosioca predstavke dat isti tretman kao drugim podnosiocima.

6.3 U pogledu tvrdnje autora da nije dobio priliku da pokaže da li ili ne ispunjava uslove odjeljka 13 VEA-e, država ugovornica ponavlja da je podnosilac predstavke mogao da se žali AAT-u na odluku VRB-a. U obavljanju svojih funkcija, AAT sprovodi punu reviziju osporene odluke, i podnosilac predstavke ima pravo da pokaže da li je ili nije ispunio kriterijume odjeljka 13.²⁶

6.4 Država ugovornica tvrdi da iako ne dolazi do bilo kakvog zaključka kao do istinitosti dodatnih dokaza o ovoj vezi sa g. C. koje je naveo podnosilac predstavke, takvi dokazi bi trebali biti predstavljeni AAT-u. Država ugovornica podsjeća na to Komitet ne obavlja funkcije suda ili tribunala da ocjenjuje dokaze.

7.1 Dana 2. aprila 2002. godine, podnosilac predstavke je pružio dodatne komentare na odgovor države ugovornice. Podnosilac predstavke uglavnom ponavlja argumente koje je napra-

23 Podnosilac predstavke daje izjavu o svom odnosu sa g. C i prilaže i 8 izjava drugih osoba koji mogu posvjedočiti postojanje stabilne i dugotrajne veze između njih. U svojim dodatnim zahtjevima, od 02. 04.2002, podnosilac predstavke se izjasnio da on nije podnio ove dokumente da bi od Komiteta zahtijevao da utvrdi činjenice o ovim dokazima, već da bi Komitet opovrgao materijale koje je priložila država ugovornica.

24 Podnosilac predstavke prilaže izjavu u kojoj se navodi: „Odbor... imao razumijevanja u vezi sa njegovom situacijom, tj. u vezi sa tim da je bio u dugoj vezi sa pokojnim veteranom“. Zatim napominje na važne VEA odredbe, kojima su definisani osnosi između izdržavanog lica i države“, u skladu sa trenutnim zakonskim propisima po kojim je Odbor u obavezi da potvrdi odluku u razmatranju u odnosu na status podnosioca predstavke”.

25 Podnosilac predstavke prilaže svoj sopstveni sažetak u vezi sa politikom Ministarstva za odbranu povodom priznavanja istopolnih veza.

26 Država ugovornica prilaže kopije odjeljaka 25. i 43. Zakona Administrativnog i upravnog suda iz 1975. godine u kojem su navedene funkcije AAT.

vio u ranijim podnescima. Na njegov argument da je diskriminisan jer mu nije pružena prilika da ispuni kriterijume u odjeljku 13, procijenjenog od strane Komisije za repartrijaciju ili VRB-a, on tvrdi da do toga došlo jer je njegov slučaju bio odložen na osnovu njegove seskualnosti tako da njegovu sposobnost da ispuni druge kriterijume VEA-e nije ocijenio organ za razmatranje. Podnosiocu predstavke koji je heteroseksualac organ za razmatranje bi ocijenio kriterijume, i na taj način ne bi dozvolio državi ugovornici da preduzme procjenjivanje na ovom stupnju, odnosno u predstavi za Komitet.

7.2 Pored toga, podnosilac predstavke tvrdi da ne poriče da je imao pravo teorijski da ispituje, ali takođe tvrdi da ako se od osobe traži da uzaludno potražuje, to zahtijeva složen, dugotrajan i skup pravni proces koji će na kraju dovesti do toga da bude potvrđeno da je originalna odluka diskriminatorna. Podnosilac predstavke tvrdi da su odluke Komisije za repartrijaciju i VRB-a diskriminatorne.

7.3 U vezi sa informacijama koje pruža politika odbrane Australije, podnosilac predstavke tvrdi da ova informacija pokazuje odnos Odbrambenih snaga prema istopolnim vezama. On takođe usmjerava Komitet ka veb sajtu Odbrambenih snaga da podrži i potkrijepi svoje argumente o stavu Odbrambenih snaga o istopolnim vezama. Prema riječima podnosioca predstavke, sa ovog veb sajta je jasno da je niz prednosti dostupan porodicama osoblja Odbrambenih snaga, ali samo “oženjenim” i “de facto” porodicama osoblja Odbrambenih snaga. Podnosilac predstavke tvrdi da ovo isključuje istopolne partnere.

8.1 Dana 16. maja 2002. godine, država ugovornica je ponovila da iako nije namjeravala da dalje komentariše argumente podnosioca predstavke, nije nužno prihvatila komentare ili navode podnosioca kao istinite ili tačne.

Pitanja i postupak pred Komitetom:

Razmatranje prihvatljivosti:

9.1 Prije razmatranja bilo kakvog zahtjeva koji je sadržan u podnesku, u skladu sa pravilom 87 svog Poslovnika, Komitet za ljudska prava mora da odluči da li je predstavka prihvatljiva ili nije pod Fakultativnim protokolom uz Pakt.

9.2 Komitet je utvrdio da se isti slučaj ne razmatra u drugom postupku međunarodne istrage ili poravnjanju za svrhe člana 5, stava 2 (a) Fakultativnog protokola.

9.3 Komitet konstatuje izazov države ugovornice na prihvatljivost podneska na osnovu toga da podnosilac nije žrtva jer, bez obzira na odluke domaćih vlasti, podnosilac nije dokazao da je imao na prvi pogled pravo na penziju, pa stoga njegova seksualna orijentacije ne može biti odlučujući osnov diskriminacije. Komitet podsjeća da je podnosilac podneska žrtva u smislu člana 1 Fakultativnog protokola, ako je on_ona lično ugrožen_a činjenjem ili nečinjenjem države ugovornice. Komitet primjećuje da su domaće vlasti odbile penziju podnosiocu na osnovu toga da on nije ispunio definiciju “člana para” jer nije živio sa “osobom suprotnog pola”. Po mišljenju Komiteta, jasno je da su barem oni domaći organi koji su preuzeli slučaj, utvrdili da je seksualna orijentacija podnosioca odlučujuća u nedostatku prava. U tom smislu, podnosilac je utvrdio da je žrtva navodnog kršenja Pakta za potrebe Fakultativnog protokola.

9.4 Komitet konstatuje argument države ugovornice da podnosilac nije iscrpio sve domaće pravne lijekove jer se nije obratio sa svojim slučajem AAT-u, koji bi vjerovatno zaključili da podnosilac nije imao pravo na penziju na drugačijim osnovima (ili pored onih) od onih koji se tiču seksualne orijentacije i koji ne bi podrazumijevali nikakvu razliku na osnovu koje se može naći povreda člana 26. Komitet smatra da država ugovornica ne tvrdi da je AAT došao (ili mogao da dođe) do drugačijeg ishoda od VRB-a, ali je mogao da primjenjuje različita obrazloženja da odbaci njegovu tvrdnju. Dodatno, država ugovornica ne tvrdi da je AAT mo-

gao da dođe do drugačijih tumačenja spornih djelova VEA-e (odjeljci 5(E), 5(E) 2 and 11), na osnovu kojih je predstavka podnosioca odbijena. Čak ni ne ukazuje na bilo koje drugo domaće tijelo (bilo na saveznom ili državnom nivou), na koje bi mogao da pribjegne da ospori zakon. Komitet takođe tvrdi da je iz zakona jasno da podnosilac nikada nije bio u mogućnosti da dobije penziju, bez obzira na to da li je mogao da zadovolji ostale kriterijume pod VEA-om, jer nije živio sa osobom suprotnog pola. Komitet podsjeća da domaći pravni lijekovi ne trebaju biti iscrpljeni ako objektivno nemaju izgleda za uspjeh: tamo gdje će prema važećim domaćim zakonima predstavka biti neminovno odbačena, ili tamo gdje bi uspostavljena sudska praksa najviših domaćih sudova spriječila pozitivan ishod.²⁷ Uzimajući u obzir jasnu formulaciju odjeljaka VEA o kojima je riječ, i konstatujući da država ugovornica sama po sebi zaključuje da predstavka AAT-u ne bi bila uspješna, Komitet zaključuje da nema djelotvornog pravnog lijeka koji bi podnosilac mogao da traži. Kako Komitet ne može da nađe druge razloge zbog kojih je predstavka neprihvatljiva, nastavlja sa razmatranjem zakonskih prava.

Razmatranje zakonskih prava:

10.1 Komitet za ljudska prava je razmotrio ovaj podnesak u kontekstu svih informacija koje su omogućile stranke, kao što je predviđeno u članu 5, stavu 1, Fakultativnog protokola.

10.2 Tvrdnja podnosioca je da odbijanje države ugovornice da mu se odobri penzija zato što nije ispunio definiciju “izdržavanog lica”, zbog toga što je bio u istopolnoj vezi sa g. C., krši njegova prava iz člana 26 Pakta, na osnovu seksualne orijentacije. Komitet konstatuje argument države ugovornice da, da su domaći organi primijenili VEA-i sve činjenice slučaja podnosioca, našli bi se drugi razlozi za odlaganje zahtjeva podnosioca, razlozi koji se odnose na svakog podnosioca, bez obzira na seksualnu orijentaciju. Komitet takođe tvrdi da podnosilac osporava ovo mišljenje da nije imao na prvi pogled pravo na penziju. Na argument koje je pružio, Komitet primjećuje da nije jasno da li bi podnosilac zapravo ispunio druge kriterijume pod VEA-om, i podsjeća da nije Komitet taj koji ispituje činjenice i dokaze u tom smislu. Međutim, Komitet tvrdi da je jedini razlog koji su navele domaće vlasti u raspolaganju slučajem zasnovanim na činjenici da podnosilac nije zadovoljio uslov “života sa osobom suprotnog pola”. Za potrebe odlučivanja o zahtjevu podnosioca, ovo je jedino gledište VEA-e pred Komitetom o tom pitanju.

10.3 Komitet tvrdi da država ugovornica nije uspjela da se posebno odnosi na sporne djelove Zakona (odjeljci 5(E), 5(E) 2 and 11), na osnovu kojih je podnosiocu odbijena penzija jer nije uspunio definiciju “člana para” “ne živjeći sa osobom suprotnog pola”. Komitet primjećuje da država ugovornica nije porekla da je odbijanje penzije po ovom osnovu pravilno tumačenje VEA-e, ali se samo odnosi na druge osnove u Zakonu po kojima bi podnosilac mogao biti odbijen. Komitet smatra da obično čitanje definicije “člana para” prema Zakonu nagovještava da podnosilac nikada ne bi bio u mogućnosti da dobije penziju, bez obzira na to da li je mogao da ispuni kriterijume VEA-e, jer nije živio sa osobom suprotnog pola. Država ugovornica to ne osporava. Prema tome, ostaje na Komitetu da odluči da li je, odbijanjem penzije podnosiocu od strane VEA-e na osnovu toga što je bio istog pola kao i preminuli gđin C., država ugovornica prekršila član 26 Pakta.

10.4 Komitet podsjeća na raniju sudsku praksu da zabrana diskriminacije na osnovu člana 26. obuhvata i diskriminaciju zasnovanu na seksualnoj orijentaciji.²⁸ On podsjeća da je u prethodnoj predavci Komitet otkrio da su razlike u beneficijama između bračnih parova i heteroseksualnih nevjenčanih parova razumne i objektivne, jer su dotični parovi imali izbor da se vjenčaju

²⁷ Barzhig protiv Francuske, prethodno u ovom dokumentu.

²⁸ Toonen protiv Australije, prethodno u ovom dokumentu.

uz sve podrazumijevane posljedice.²⁹ To proizilazi iz spornih djelova VEA-e da pojedinci koji su dio bračnog para ili heteroseksualne vanbračne zajednice (koji mogu da dokažu da su u vezi koja podsjeća na brak) ispunjavaju definiciju “člana para” i stoga su “izdržavane osobe”, za potrebe primanja penzijskih benefita. U ovom slučaju, jasno je da podnositelj, kao istopolni partner, nije imao mogućnost ulaska u brak. Čak nije bio ni prepoznat kao partner g. C. sa kojim je živio u vanbračnoj zajednici, za potrebe primanja penzijskih benefita, zbog njegovog pola ili seksualne orijentacije. Komitet podsjeća na svoju sudsku praksu da svaka razlika ne dovodi do zabranjene diskriminacije pod Paktom, sve dok je zasnovana na razumnim i objektivnim kriterijumima. Država ugovornica ne pruža nikakve argumente o tome kako je razumna i objektivna ova razlika između istopolnih partnera, koji po zakonu ne mogu da imaju penzijske benefite, i nevjenčanih heteroseksualnih partnera, kojima su odobrene takve beneficije, i nikakve dokaze koji bi ukazali na postojanje faktora koji opravdavaju da su ove razlike opravdane. U tom kontekstu, Komitet smatra da je država ugovornica prekršila član 26. Pakta odbijajući penziju podnosioca na osnovu pola ili seksualne orijentacije.

11 Komitet za ljudska prava, postupajući u skladu sa članom 5, stava 4 Fakultativnog protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, smatra da činjenice koje je Komitet utvrdio otkrivaju da je Australija povrijedila član 26. Pakta.

12 U skladu sa članom 2, stavom 3 (a) Pakta, Komitet zaključuje da podnositelj, kao žrtva kršenja člana 26, ima pravo na djelotvoran pravni lijek, uključujući i preispitivanje njegove predstave o penziji bez diskriminacije na osnovu pola ili seksualne orijentacije, ako je potrebno i kroz izmjene zakona. Država ugovornica je obavezna da osigura da se slični prekršaji Pakta ne pojavljuju u budućnosti.

13 Imajući u vidu da je, postavši država ugovornica Fakultativnog protokola, država ugovornica priznala nadležnost Komiteta da odlučuje da li je došlo do kršenja Pakta ili nije, i da je u skladu sa članom 2 Pakta, država ugovornica preduzela odgovornost da osigura prava priznata u Paktu svim pojedincima, koji pripadaju njenoj teritoriji ili potpadaju pod njenu nadležnost, i da obezbijedi djelotvoran i primjenjiv pravni lijek u slučaju da dođe do povrede, Komitet želi da, u roku od 90 dana, primi od države ugovornice informacije o mjerama preduzetim za davanje efekta svojim Stavovima. Od Komiteta je takođe zatraženo da objavi Stavove Komiteta.

Dodatak

Izdvojeno, saglasno, mišljenje članova Komiteta
gospođe Ruth Wedgwood i gospodina Franca DePasqualea:

Većina zemalja priznaje pravo na privatnost u intimnim odnosima, koje uživaju svi građani, bez obzira na seksualnu orijentaciju. Komitet je 1994. godine prepoznao slično pravo pod članom 17. Pakta za građanska i politička prava -- zaključujući, u svojim stavovima o slučaju Toonen protiv Australije³⁰, da tasmanijski krivični zakoni kriminalizuju “neprirodne seksualne aktivnosti” što se da posmatrati kao “samovoljno ili nezakonito miješanje u ... privatnost”). U slučaju Toonen, Savezna vlada Australije je iznijela, pred Komitetom, stavove da se tasmanijski krivični zakon zaista može posmatrati kao “samovoljno miješanje u privatnost (g. Toonen-a)” i da “to ne smije biti opravdano” na osnovu politike.³¹ Zakon koji sankcioniše homoseksualne aktivnosti je već stavljen van snage u ostalim australijskim državama, sa izuzetkom Tasmanije, a ova odluka Komiteta je izgleda služila kao sredstvo kojim bi Australija prevazišla barijere federalizma.

29 Danning protiv Holandije, prethodno u ovom dokumentu.

30 Toonen protiv Australije, predstavka br. 488/1992, Stavovi usvojeni 04.04.1994. godine.

31 Id., Stav 6.2.

U slučaju Toonen, podnosilac predstavke se žalio na to da tasmanijski krivični zakon “nije napravio razliku između seksualne aktivnosti pod okriljem privatnosti i na javnom mjestu, te aktivnosti pod okriljem privatnosti svrstava u domen aktivnosti na javnom mjestu”.³² (Naglašeno). Odluka Komiteta je zasnovana na pravu da se bude ostavljen na miru, gdje lice može da ne razmišlja o bezbjednosti, javnom redu, zdravlju i moralnim osnovama koje mu nudi država ugovornica da bi opravdala svoje miješanje u privatnost.

Slučaj Edward Young protiv Australije postavlja šire pitanje, gdje su razne države ugovornice bile u mogućnosti odlučiti o svojim stavovima - naime, da li je država obavezana Paktom o građanskim i političkim pravima da se prema dugotrajnim istopolnim vezama odnosi na isti način kao i prema formalnim brakovima ili “nalik na brak” heteroseksualnim zajednicama - u ovom slučaju, za svrhe dodjeljivanja penzionih davanja preživjelim izdržavanim osobama vojnih službenika. Snažno, ovaj slučaj otvara opšte pitanje o pozitivnim pravima na jednako postupanje - tj. da li država mora istopolne veze da posmatra rame uz rame sa tradicionalnijom formom civilne zajednice.

Komitet je u vezi sa činjenicama i naročitim stavovima ovog slučaja, došao do zaključka da učinjena diferencijacija u odnosu na istopolna i heteroseksualna civilna partnerstva u ovom slučaju od strane Australije nema održivost protiv prigovora g. Younga. Prestup nijebaziran na pravu na privatnost iz člana 17., već na zahtijevanim pravima na jednakost pred zakonom iz člana 26. Pakta.

Međutim, dva zapažanja o granicama Komiteta o raspolaganju ovim slučajem su se morala iznijeti, koja su od značaja za buduću praksu.

Prvo, pitanje od opšteg značaja, je to da bi podnosiocima žalbi trebalo uputiti na njihovu odgovornost da iscrpe sve lokalne pravne lijekove, uključujući i potpuna prava podnošenja žalbi lokalnim sudovima, prije nego se o bilo kojoj predstavi bude razmatralo po meritumu ovog Komiteta. Nemamo osnov za tvrdnje da australijski sudovi ne žele da interpretiraju ili da nisu u mogućnosti da interpretiraju pravne zakone u svijetlu normi ugovorenih na dobrovoljnoj osnovi od strane države Australije. Iako pravni sistem Australije nije formalno inkorporirao Pakt u svoje domaće pravo, ovaj Pakt može služiti kao reper u donošenju odluka u vezi namjera Parlamenta. Komitet ne smije pretpostavljati da međunarodno pravo funkcioniše jedino od spolja ka nacionalnim pravnim sistemima. Komitet ne smije ni zahtijevati da ta ista prava budu uvrštena u domaće zakonodavstvo na osnovu otvorenog citata iz Pakta.

Ono što je važno je upravo materija, a ne nomenklatura, a pojedini nacionalni sudski sistemi možda preferiraju da svoje izbore obrazlože u svijetlu ustavnog, običajnog prava, ili na osnovu normi građanskog prava, a sve tokom zaštite prava sadržanih u Paktu. Ukoliko se obim predstavi pojedinaca na osnovu Fakultativnog protokola Pakta nastavi povećavati, nema sumnje da će Komitet morati da primjeni strožije disciplinske mjere u procesu vraćanja na razmatranje odluka domaćim sudovima, koje su zapravo i njihove.

U ovom slučaju, g. Young se prijavio za penziju za izdržavana lica vojnih veterana, potkrijepljujući svoje zahtjeve tvrdnjom da je preživjeli član iz zajednice sa g. C. Australijska Komisija za repatrijaciju je donijela zaključak da g. Young ne ispunjava uslove da se zakonski kvalifikuje kao izdržavano lice po zakonima Australije, bez obzira na dugotrajnu kućnu zajednicu, kako je opisao g. Young.³³ Na njegovu prvu žalbu, Odbor za ratne veterane (VRB) Australije je ponovo potvrdio uskraćivanje penzionih davanja. Međutim, podnosilac žalbe nije iskoristio sljedeće raspoložive instance za podnošenje žalbe kao što su Apelacioni i Upravni sud Komonvelta ili Savezni sud Australije, i ne postoji ništa što bi nas u našim zapažanjima uputilo na to da bi upravo ovi koraci bili uzaludni.

32 Id., Stav 3.1 (a).

33 G. Young je izjavio da je bio pratilac g. C u toku od 38 godina, počev od 1960. godine, kada je G. C služio u australijskim oružanim snagama, na period od tri godine, za vrijeme Drugog svjetskog rata. Komisija za ročišta je izrazila “žaljenje da ja ... ne mogu da ostvarim bilo kakvu diskreciju u ovoj stvari.” Id . , Stav 2.2

Drugo, situacija u trenutnom slučaju ograničava domet naše odluke. Australija je osporila prihvatljivost predstavki samo na osnovu tvrdnji zasnovanih na činjenici da nije dokazano da je (1) g. C patio od bolesti "izazvane učestvovanjem u ratu", te da samim time ne može da prava na penziju prenese na bilo koje od izdržavanih lica, i da (2) ne postoji dovoljno dokaza o dugotrajnijoj vezi između g. Younga i g. C.

U ovom slučaju je možda iznenađujuće to što Australija nije ušla ni u kakvu diskusiju, za ili protiv, o osnovanosti žalbe na osnovu člana 26. Pakta. Australija nije iznijela nikakave stavove vezano za tvrdnju g. Younga da je različito postupanje od strane zakona prema istopolnim i heteroseksualnim civilnim partnerstvima neosnovano, i da Komitet u suštini u ovom slučaju odlučuje o podrazumijevanoj presudi. Na osnovu jurisprudencije Pakta, država ugovornica mora ponuditi "razumne i jasne kriterijume" za pravljenje bilo kakve razlike na osnovu pola ili (u skladu sa našim „Uputstvom“ državi ugovornici iz stava 8.7 slučaja Toonen) na osnovu seksualne orijentacije. Ipak, kako Komitet konstatuje u stavu 10.4 trenutnog slučaja g. Young-a, "Ova država ugovornica nije obezbijedila nijedan argument o načinu na koji je ova razlika napravljena u postupanju prema istopolnim partnerima, kojima nijesu zakonom dodijeljena penziona davanja, i heteroseksualnim partnerima, kojima su takva davanja odobrena, kao i to da nema dokaza koji bi ukazivali na postojanje faktora za opravdanošću napredovanja takvog različitog načina postupanja". U svakom pravnom smislu, ovo nije sporan slučaj.

Mnoge države i ljudi dobre volje imaju interes u pronalaženju odgovarajućeg moralnog i pravnog odgovora na pitanja i kontroverze izjednačavanja različitih državnih davanja istopolnim i heteroseksualnim parovima, uključujući sporne tvrdnje da postoji trans - pravno pravo na priznavanje homoseksualnih brakova. Postoji jednako angažovana debata u mnogim demokratijama da li bi vojna služba trebalo da bude i dalje dostupna samo heteroseksualnim osobama.

U ovom slučaju, Komitet nije izložio čitav niz "razumnih i jasnih" argumenata koje bi na primjer druge države ili drugi podnosioci žalbi mogli ponuditi vezano za pitanja istog ili sličnog sadržaja kao što je to slučaj sa slučajom g. Younga. U procesu razmatranja predstavki pojedinaca na osnovu Fakultativnog protokola Pakta, Komitet mora nastaviti da bude veoma svjestan obima onoga šta je odlučio a šta ne u svakom pojedinačnom slučaju.

SLUČAJ IRINA FEDOTOVA PROTIV RUSIJE
Predstavka broj 1932/2010, U.N. Doc CCPR/C/106/D/1932/2010

KOMITET ZA LJUDSKA PRAVA
106. zasjedanje

ANEKS

Stavovi Komiteta za ljudska prava u skladu sa članom 5, stav 4 Fakultativnog protokola Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

Predstavka broj 1932/2010

Podnositeljka predstavke: Irina Fedotova

Žrtva: Podnositeljka predstavke

Država ugovornica: Ruska Federacija

Datum podnošenja predstavke: 10. februar 2010.

Komitet za ljudska prava, osnovan u skladu sa članom 28. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,

na sjednici održanoj održan 31. oktobra 2012. godine,

Okončavši razmatranje predstavke broj 1932/2010, dostavljene Komitetu za ljudska prava od strane Irine Fedotove, u skladu sa Fakultativnim protokolom Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,

Uzevši u obzir sve pisane informacije koje su mu dostupne od strane podnositeljke predstavke i države ugovornice,

Usvaja svoje stavovena osnovu člana 5. stav 4 Fakultativnog protokola:

1.1 Podnositeljka predstavke je Irina Fedotova, državljanka Rusije, rođena 1978. godine. Tvrdi da je žrtva kršenja, od staren Ruske Federacije, člana 19. i člana 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Fakultativni protokol je u državi ugovornici stupio na snagu 1. januara 1992. godine. Podnositeljka predstavke nije prisutna (ne zastupa je advokat).

1.2 Dana 20. maja 2010. godine, država ugovornica je zahtijevala od Komiteta da ispita prihvatljivost predstavke, nezavisno od njegovih merituma, shodnu pravilu 97. stavom 3, proceduralnih pravila Komiteta. Dana 13. avgusta 2010., predsjedavajući je odlučio, u ime Komiteta, da ispita prihvatljivost predstavke zajedno sa meritumom.

Činjenice predstavljene od strane podnositeljke predstavke:

2.1 Podnositeljka predstavke je javno deklarirana lezbejka i aktivistkinja na pošlju lezbejskih, gej, biseksualnih i transrodnih (LGBT) prava u Ruskoj Federaciji. Godine 2009. ona je, zajedno sa ostalim pojedincima, pokušala da održi mirno okupljanje u Moskvi (takozvanu "Paradu Ponosa"), koja su zabranile moskovske vlasti. Slična inicijativa, da se održi marš i "protest", u cilju promovisanja tolerancije prema gejevima i lezbejkama je zabranjena u gradu Rjazanu 2009. godine.

2.2 Dana 30. marta 2009. godine, podnositeljka predstavke je postavila postere s natpisom "Homoseksualnost je normalna"³⁴ i "Ponosna sam na moju homoseksualnost"³⁵ u blizini srednje škole u Rjazanu. Prema njenim riječima, svrha ovog postupka je bila da promoviše toleranciju prema LGBT osobama u Rusiji.

2.3 Postupak podnositeljke predstavke je bio prekinut od strane policije i, 6. aprila 2009. godine, ona je osuđena za prekršaj na osnovu odjeljka 3.10 Regionalnog Zakona o administrativnim prekršajima Rjazana od 4. decembra 2008. (Regionalni zakon Rjazana) zbog postavljanja upitnih postera. Ova odredba u relevantnom dijelu glasi: "Javne akcije u cilju propagande homoseksualnosti (seksualnog čina između muškaraca ili lezbejstvo) među maloljetnicima će biti kažnjeno administrativnom kaznom od hiljadu petsto do dvije hiljade rubalja".³⁶ Podnositeljki predstavke je naređeno da plati kaznu od 1.500 ruskih rubalja.³⁷

2.4 Neutvrđenog datuma, podnositeljka predstavke se žalila na ovu presudu Okružnom sudu Rjazana Oktyabrsky (Okružni sud Oktyabrsky). U svojoj žalbi, ona je tražila od Okružnog suda Oktyabrsky da opozove presudu i da zatraži od Ustavnog suda procjenu usklađenosti odjeljka 3.10 Regionalnog zakona Rjazana sa članovima 19, 29 i 55, dio 3, Ustava Ruske Federacije 12. decembra 1993. (Ustav). Ona je takođe zatražila da se obustave postupci u njenom slučaju u toku čekanja odluke Ustavnog suda po tom pitanju.

2.5 U svojoj žalbi Okružnom sudu Oktyabrsky, podnositeljka predstavke navodi da ona nije osporavala činjenice ali da smatra da je presuda mirovnog sudije zasnovana na zakonskoj odredbi koja se kosi sa članovima 19. i 26. Ustava koji zabranjuju diskriminaciju na osnovu socijalnog statusa i garantuju pravo na slobodno mišljenje i slobodu govora. Ona je dalje navela da je tekst odjeljaka 3.10 Regionalnog zakona Rjazana koji je namijenjen "propagandi homoseksualnosti" nejasan, jer sa ustavne tačke gledišta, "propaganda" je osnovna komponenta ostvarivanja prava na slobodu govora. Dakle, podnositeljka predstavke je dodala da je ona imala pravo da promoviše određene tačke gledišta u vezi homoseksualnosti. Ona je tvrdila da je odjeljak 3.10 Regionalnog zakona Rjazana neopravdano diskriminatoran prema pojedincima "nestandardne seksualne orijentacije" zato što zabranjuje bilo kakvo širenje informacija o njima. Podnositeljka predstavke je navela da je, postavljanjem postera, postupila prema članu 29. Ustava sa ciljem da promoviše toleranciju prema homoseksualnosti među maloljetnicima i ideju da je homoseksualnost "normalna" sa stanovišta medicinske nauke. Na kraju, ona je tvrdila da je odjeljak 3.10 Regionalnog zakona Rjazana uspostavio ograničenja u ostvarivanju njenog prava na slobodu govora, iako prema članu 55. stav 3 Ustava, ovo pravo jedino može biti ograničeno saveznim zakonom.

2.6 Dana 14. maja 2009. godine, presudu prekršajnog sudije je potvrdio savezni sudija Okružnog suda Oktyabrsky. Sud je utvrdio da prema članu 55. Ustava, individualna prava i slobode, uključujući i ona zagaranтована članovima 19. i 29. Ustava, mogu biti ograničena saveznim zakonom i samo u mjeri neophodnoj za zaštitu temelja ustavnog poretka, javnog morala, zdravlja ili prava i zakonskih interesa drugih osoba, ili u cilju obezbjeđenja državne odbrane i nacionalne bezbjednosti. On je dodao da je Zakonik o administrativnim prekršajima Ruske Federacije u stvari bio savezni zakon i da se zakon o administrativnim prekršajima, prema članu 1.1 navedenog Zakonika, sastojao od sadašnjeg Zakonika i zakona o administrativnim prekršajima usvojenim u skladu sa njim od strane organa Ruske Federacije. Sud je naveo da je Regionalni zakon Rjazana zasnovan na Ustavu i Zakoniku o administrativnim prekršajima, tako da je dio zakona o administrativnim prekršajima. On je zaključio da se odjeljak 3.10 Regionalnog zakona

34 Originalni tekst na ruskom glasi: "Гомосексуализм – это нормально".

35 Originalni tekst na ruskom glasi: "Я горжусь своей гомосексуальностью".

36 Originalni tekst na ruskom glasi: «Публичные действия, направленные на пропаганду гомосексуализма (мужеложства и лесбиянства) среди несовершеннолетних, - влекут наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи пятисот до двух тысяч рублей».

37 Približno US\$ 44.9/33.6 eura.

Rjazana ne kosi sa Ustavom i da je uspostavio ograničenja (administrativna obaveza) o pravu na slobodu govora, uključujući slobodu širenja informacija, koja su u cilju zaštite morala, zdravlja, prava i legitimnih interesa maloljetnika.

2.7 Podnositeljka predstavke tvrdi da je ona iscrpila sva dostupna i djelotvorna domaća sredstva za potrebe člana 5, stav 2(b) Fakultativnog protokola.

Žalba:

3.1 Podnositeljka predstavke tvrdi da je presuda mirovnog sudije, od 6. aprila 2009. godine, prekršila njeno pravo na slobodu govora zagaranovanog članom 19. Pakta, zato što joj je zabranjeno da širi ideje o tolerantnom stavu prema seksualnim manjinama i zato što je, zbog tog postupka, osuđena za administrativni prekršaj. Takva ograničenja mogu biti opravdana prema članu 19., stav 3., jedino ako su “propisana zakonom” i “neophodna” za neki od legitimnih ciljeva.

3.2 Podnositeljka predstavke dalje tvrdi da je ona osuđena za administrativni prekršaj prema odjeljku 3.10 Regionalnog zakona Rjazana i da je, samim tim, ograničenje u ostvarivanju njenog prava na slobodu govora de jure “propisana zakonom”. Ona međutim tvrdi da, prema članu 55. stav 3 Ustava, sloboda govora može biti ograničena samo saveznim zakonom. S obzirom da Regionalni zakon Rjazana nije savezni zakon, miješanje u njeno pravo na slobodu govora nije u skladu sa Ustavom, i prema tome, ne može se smatrati kao “propisano zakonom” u značenju člana 19., stav 3. Pakta.

3.3 Podnositeljka predstavke tvrdi da, čak i da je miješanje bilo “propisano zakonom”, ono nije bilo “neophodno” zato što se nije bavilo jednim od legitimnih ciljeva navedenih u članu 19., stav 3 Pakta. Ona priznaje da je cilj ograničenja bio da zaštiti javno zdravlje ili moral maloljetnika (u Ruskoj Federaciji, osobe mlađe od 18 godina) zabranjujući drugima da “podstiču maloljetnike na intimne odnose sa osobama istog pola”. U tom smislu, podnositeljka predstavke tvrdi da ona nije promovisala nikakve ideje koje bi podsticale maloljetnike na takve radnje i da je cilj njenog postavljanja postera bio da edukuje javnost, uključujući maloljetnike, o tolerantnom stavu prema homoseksualnosti. Ona dalje navodi da tekst Regionalnog zakona Rjazana nije dovoljno jasan, jer postavlja apsolutnu zabranu na širenje nekih ideja u vezi homoseksualnosti, uključujući objektivne ili neutralne informacije koje imaju za cilj da edukuju maloljetnike i pomognu im da razviju tolerantan stav prema homoseksualnim pojedincima. Podnositeljka predstavke tvrdi da zabrana širenja bilo kakvih informacija maloljetnicima o homoseksualnosti čini njeno pravo na slobodu govora čisto teoretskim i prividnim.³⁸

3.4 U ovom slučaju, podnositeljka predstavke je kažnjena jer je postavljala postere na kojima je pisalo “Homoseksualnost je normalna” i “Ponosna sam na svoju homoseksualnost”, koji su, prema odjeljku 3.10 Regionalnog zakona Rjazana, administrativni prekršaj protiv javnog morala definisan kao “propaganda homoseksualnosti među maloljetnicima”. U vezi sa tim, podnositeljka predstavke navodi da propaganda uvijek podrazumijeva širenje određenih ideja ili edukaciju javnosti o određenim pitanjima u cilju promjene javnog mišljenja. Sa tačke gledišta Pakta, propaganda je jedna od komponenti slobode govora i, stoga, svako ima pravo da zagovara određene ideje u vezi homoseksualnosti.

3.5 Podnositeljka predstavke dalje navodi da je homoseksualnost objektivna karakteristika velike grupe pojedinaca u svakom društvu. U ovom slučaju, podnositeljka predstavke tvrdi da Regionalni zakon Rjazana zabranjuje širenje bilo kakvih informacija u vezi homoseksualnosti

38 Referenca se sastoji od presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Scijentološka crkva Moskve protiv Rusije* (predstavka broj 18147/02), dana 05.04.2007. godine, odjeljak 92 i presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (predstavka broj 5493/72), dana 07.12.1976. godine, odjeljak 49.

među maloljetnicima, uključujući i one neutralne u svom kontekstu. Sudeći po činjenici da se odjeljak 3.10 nalazi u poglavlju 3. Regionalnog zakona Rjazana (administrativni prekršaju protiv zdravlja, sanitarne i epidemiološke dobrobiti i javnog morala)³⁹ cilj ove zabrane je da zaštiti moral maloljetnika. Iz toga slijedi da se navedeni zakon bazira na pretpostavci da je homoseksualnost nešto nemoralno, što je očito protiv modernog shvatanja homoseksualnosti kao karakteristike zasnovane na seksualnoj orijentaciji a ne na nečijem svjesnom izboru seksualnog ponašanja.

3.6 Podnositeljka predstavke tvrdi da se Regionalni zakon Rjazana takođe kosi sa članom 26. Pakta, koji kaže da su sve osobe jednake pred zakonom i bez ikakve diskriminacije imaju pravo na jednaku zakonsku zaštitu. Ona dodaje da Regionalni zakon Rjazana diskriminiše homoseksualne pojedince zabranjujući širenje bilo kakvih informacija o njima među maloljetnicima i da ne postoji objektivno opravdanje za takvu razliku u postupanju prema Paktu. U tom smislu, podnositeljka predstavke se poziva na zaključna zapažanja Komiteta u šestom periodičnom izvještaju Ruske Federacije. Komitet je sa zabrinutošću primijetio “sistematsku diskriminaciju pojedinaca na osnovu seksualne orijentacije u državi ugovornici, uključujući govor mržnje i ispoljavanje netolerancije i predrasuda od strane javnih zvaničnika, vjerskih vođa i medija.” (Ibid, odjeljak 27).

3.7 Podnositeljka predstavke zaključuje tražeći od Komiteta da utvrdi da je presuda prekršajnog sudije, od 6. aprila 2009. godine, kojom je osuđena za administrativni prekršaj za “propagandu homoseksualnosti među maloljetnicima”, bila u nesrazmjeri sa bilo kojim legitimnim ciljem kojem se teži, i samim tim prekršila članove 19. i 26. Pakta.

Zapažanja države ugovornice o prihvatljivosti:

4.1 Dana 20. maja 2010. godine, država ugovornica podsjeća na činjenice predmeta i osporava prihvatljivost predstavke, tvrdeći da podnositeljka predstavke nije iscrpila sva dostupna domaća sredstva. Ona navodi da je podnositeljka predstavke mogla koristiti obične žalbene procedure predviđene članom 30.9 Zakonika o administrativnim prekršajima i žaliti se na odluku Saveznog sudije Okružnog suda Oktyabrsky, od dana 14. maja 2009. godine, drugom sudiji u istom Okružnom sudu Oktyabrsky ili Gradskom sudu Rjazana. Osim toga, podnositeljka predstavke je mogla podnijeti žalbu Vrhovnom sudu regije Rjazan a zatim, ako je potrebno, Vrhovnom sudu Ruske Federacije na odluku Okružnog suda Oktyabrsky, koja je već postala izvršna prema nadzornoj proceduri razmatranja prema članu 30.12, dio 1, Zakonika o administrativnim prekršajima. Država ugovornica navodi da podnositeljka predstavke namjerno nije iskoristila ove mogućnosti za žalbu i, prema tome, njena se tvrdnja da je iscrpila sva domaća sredstva “ne podudara sa činjenicama”.

4.2 Država ugovornica takođe smatra datu predstavku zloupotrebom prava podnošenja zbog toga što podnositeljka predstavke nije bila diskriminisana po bilo kom osnovu. Ona navodi da je institucija upravnog postupka protiv nje bila zasnovana na činjenici da je ona kršila određene zakonske odredbe - i podnositeljka predstavke ne poriče ovu činjenicu - što nije bilo povezano sa njenom seksualnom orijentacijom. Država ugovornica tvrdi, dakle, da predstavka treba biti proglašena neprihvatljivom po članu 3. i članu 5. stav 2(b), Fakultativnog protokola.

Komentari podnosioca predstavke o zapažanjima države ugovornice:

5.1 Dana 22. jula 2010. godine, podnositeljka predstavke tvrdi da se tvrdnja države ugovornice u vezi sa članom 30.9 Zakona o administrativnim prekršajima zasnovana na „pogrešnom

³⁹ Originalni tekst na ruskom jeziku glasi: «Административные правонарушения, посягающие на здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность».

tumačenju odredbi ruskog upravnog postupka“. Ona tvrdi da je u skladu sa članom 30.1 Zakonika o administrativnim prekršajima da se na odluku koju je donio sudija o administrativnom prekršaju (kao u njenom slučaju) može uložiti žalba Višem sudu. Iz toga razloga, ona se žalila na presudu prekršajnog sudije, od 6. aprila 2009. godine, višem (drugostepenom) sudu, tačnije, Okružnom sudu Otktyabrsky. Podnositeljka predstavke dalje tvrdi da se član 30.9 Zakonika o administrativnim prekršajima, na koji se poziva država ugovornica, ne primjenjuje u njenom slučaju zbog odredbi koje obuhvata žalba na odluku o administrativnim prekršajima izdatu od strane ne - sudskih organa, tačnije, državnih zvaničnika.

5.2 Podnositeljka predstavke navodi da u skladu sa 329. Građanskog parničnog zakonika, odluka višeg (drugostepenog) suda postaje izvršna od trenutka usvajanja. Ona u tom smislu dodaje da je Vrhovni sud Ruske Federacije objasnio da član 30.9 Zakonika o administrativnim prekršajima ne predviđa mogućnost ulaganja žalbe na odluku višeg (drugostepenog) suda i da, stoga, takva odluka postaje izvršna od trenutka njenog usvajanja.⁴⁰ Podnositeljka predstavke, dakle, tvrdi da je ona koristila regularnu proceduru podnošenja žalbe koja joj je dostupna po Zakonu države ugovornice.

5.3 Što se tiče tvrdnje države ugovornice da je podnositeljka predstavke mogla da uloži žalbu pod nadzornim postupkom razmatranja, ona navodi da takav postupak nije efikasan pravni lijek u skladu sa značenjem Fakultativnog protokola zbog toga što on ne garantuje automatsko pravo za dobijanje merituma nadzorne žalbe od strane foruma sudija (Predsjedništva iz Regionalnog Ryazan Suda ili Vrhovnog suda Ruske Federacije). Podnositeljka predstavke tvrdi da u skladu sa članom 381. Zakona o parničnom postupku, nadzornu žalbu razmatra sudija suda koji sprovodi razmatranje, koji ima pravo da žalbu odbije bez zahtijevanja spisa od nižeg suda. Samo ako ovaj sudija nađe da su argumenti žalbe dovoljno ubjedljivi, on_a može da odluči da zahtijeva spise i, po nahođenju sudije, prenese slučaj za razmatranje putem foruma sudija nadzornog suda za razmatranje.

5.4 U odlučivanju o prihvatljivosti izložene predstavke, podnositeljka predstavke uz dužno poštovanje traži od Komiteta da razmotri stav Evropskog suda za ljudska prava o brojnim slučajevima kada nadzorni postupak revizije nije bio djelotvoran pravni lijek značenja Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska Konvencija), kao osnov za preinačenje konačne presude nižeg suda obzirom da nije bila jasna iz Zakona o parničnom postupku i postupak nije bio direktno dostupan podnositeljki⁴¹.

5.5 Podnositeljka predstavke dalje tvrdi da je ona, zajedno sa još dvoje ljudi, učinila posljednji pokušaj da traži pravdu na nivou domaćih sudova, apelujući na Ustavni sud. U svojoj odluci od 19. januara 2010. godine, Ustavni sud je odbacio njenu žalbu i utvrdio da se zabrana propagande homoseksualnosti kao „namjernog i nekontrolisanog širenja informacija koje štete zdravlju, moralu i duhovnom razvoju, kao i formiraju perverzne koncepte o jednakim društvenim vrijednostima tradicionalne i netradicionalne porodice među individuama koje, zbog svojih godina, nemaju sposobnost da kritički i nezavisno pristupe takvim informacijama“ ne može smatrati kršenjem ustavnih prava. Dakle, podnositeljka predstavke traži da Komitet zaključi da je stav Ustavnog suda u suprotnosti sa standardima sadržanima u Paktu, jer se u modrenom društvu “tradicionalne“ (između osoba različitog pola) i “netradicionalne“ (istopolne) veze trebaju jednako cijiniti. Po njenom mišljenju, Ustavni sud je efikasno potvrdio pristup regiona Ryazan i Zakona o

40 Upućivanje je navedeno u pismu br. 1536-7/gen Vrhovnog suda, dana 20.08.2003. godine u objašnjenju u vezi sa postupkom o stupanju na snagu odluke i_ili odluke o administrativnim prekršajima kada postoji žalba na odluku.

41 Referenca je napravljena na odluku Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Martynets protiv Rusije* (predstavka br. 29612/09), 05.11.2009. godine, u kome Sud razmatra “novu” nadzornu proceduru razmatranja (na snazi od 07.01.2008. godine) koju je donio Zakon o parničnom postupku i zaključio da “procedura nadzornog razmatranja u sudovima opšte nadležnosti zadržava bitne karakteristike koje je raniji Sud nije smatrao dijelom domaćih pravnih lijekova koji podliježu razmatranju u skladu sa članom 35. stav 1, Konvencije”. Dalje, Sud smatra da “postupak nadzornog razmatranja u pogledu pravno obavezujućih presuda (može) i dalje da se sprovodi kroz više instance s rizikom da se slučaj ubrzava ili usporava iz jedne instance u drugu na neodređeni vremenski period”.

zaštiti morala djece u regionu Ryazan da je bilo koja informacija o homoseksualnosti *prima facie* nemoralna i štetna po razvoj djeteta. Podnositeljka predstavke tvrdi da ona ima pravo da distribuirala informacije u cilju promoviranja ideje jednakih vrijednosti homoseksualaca u ruskom društvu.

5.6 Kako proizilazi iz odluke od 19. januara 2010. godine, Ustavni sud je naglasio da član 38. Ustava izričito štiti materinstvo, djecu i porodicu. Po mišljenju Suda, tradicionalno shvatanje porodice, materinstva i djetinjstva su vrijednosti koje zahtijevaju posebnu zaštitu od strane države. Po mišljenju Suda, zakonodavac je postupio prema premisi da su interesi maloljetnika važna društvena vrijednost. Jedan od ciljeva Državne politike o zaštiti djece je zaštita maloljetnika od faktora koji mogu negativno uticati na njihov fizički, intelektualni, mentalni, duhovni i moralni razvoj. Preciznije, ruski Federalni zakon o osnovnim garancijama za prava djeteta u Ruskoj Federaciji štiti djecu od informacija, propagandi i agitacija koje mogu naškoditi njihovom "zdravlju, moralu i duhovnom razvoju". Po mišljenju Suda, sporne odredbe su usvojene s ciljem da obezbijede intelektualnu, moralnu i psihološku bezbjednost djece.

5.7 Nakon toga, Ustavni sud je analizirao zaštitu prava slobode govora i izražavanja koja garantuje Ustav. Član 29. Ustava garantuje pravo na slobodu govora, kao i pravo da se slobodno distribuiraju informacije svim zakonitim sredstvima. Međutim, Sud je konstatovao da je pod članom 10. Evropske Konvencije, sloboda govora predmet ograničenja pod uslovom da je to ograničenje utvrđeno zakonom, ima legitimnu svrhu i da je neophodno u demokratskom društvu. Konačno, Sud je utvrdio da Zakon regiona Ryazan i zakon regiona Ryazan o zaštiti morala djece u Ryazan regionu ne zabranjuje ili umanjuje homoseksualnost. Oni nijesu diskriminirali na osnovu homoseksualnosti niti su dali preširoka ovlašćenja državnim organima. Sud je stoga zaključio da se sporne odredbe navedenog zakona ne mogu smatrati ograničavanjem slobode izražavanja.

5.8 Podnositeljka predstavke prilaže kopiju pravnog mišljenja koju je, na njen zahtjev, pripremila Međunarodna komisija pravnika (ICJ) i traži da je Komitet uzme u obzir prilikom razmatranja merituma njene predstavke.

5.9 U svom pravnom mišljenju, ICJ (MKP- Međunarodna komisija pravnika) prvo razmatra uticaj stava Komiteta u slučaju Hertzberg protiv Finske,⁴² u kome je prihvaćeno, kao opravdanje predviđeno u članu 19. stav 3 Pakta, javno moralno ograničenje od strane Vlade Finske koja se poziva, u odbrani, na stava 9, poglavlja 20 finskog Krivičnog zakonika, koja obezbjeđuje da bilo ko ko „javno ohrabruje nepristojno ponašanje među osobama istog pola“ podleže kazni zatvora od šest mjeseci ili kazni. ICJ tvrdi da ishod pomenute predstavke nije u skladu sa ovim pitanjem zbog:

a) Zakon o ravnopravnosti, u sudskoj praksi Komiteta i ostalih organa za ljudska prava, je značajno razvijen od aprila 1982. godine kada su pregledi u Hertzberg i ostali protiv Finske usvojeni. U to vrijeme, seksualna orijentacija nije bila priznata kao status zaštićen od diskriminacije, kao što je slučaj sada.⁴³

b) takođe, od 1982. godine Komitet i ostale institucije su priznale da ograničavanje prava ne smije kršiti zabranu diskriminacije. Čak i ograničenja sa dozvoljenim ciljem - kao što je zaštita javnog morala - ne smiju biti diskriminatorna.

c) Konceptije javnog morala su podložne promjenama⁴⁴ i ono što je smatrano opravdanim, u smislu javnog morala 1982. godine, danas nije. Zakoni slični stavu 9 poglavlja 29 finskog Krivičnog zakonika su od tada stavljeni van snage u državama kao što su Austrija i Ujedinjeno Kraljevstvo. Dalje, sudska praksa Komiteta odražava evoluciju koncepta "javnog morala", kao što to čini sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava.⁴⁵

42 Predstavka br. 61/1979, Hertzberg et al. V Finland, stavovi usvojeni 02.04.1982. godine.

43 Referenca je napravljena na predstavku br. 488/1992, *Toonen protiv Australije*, stavovi usvojeni 31.03.1994. godine, stav 8.7.

44 Referenca je napravljena na individualno mišljenje Torkel Opsahl u slučaju *Hertzberg i ostali protiv Finske*.

45 Referenca je napravljena na slučaj *Toonen protiv Australije* i presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju

5.10 ICJ dalje tvrdi da je Zakon regiona Ryazan nedopustivo ograničava slobodu izražavanja jer je diskriminatorski iz sledećih razloga: (1) seksualna orijentacija je zaštićena članom 2. i 26. Pakta;⁴⁶(2) ograničenja prava ne smiju biti diskriminatorska, bilo u zakonu ili praksi. Zakon koji pravi razliku na osnovu seksualne orijentacije je diskriminatorski, krši Pakt, osim ako nema razumno i objektivno opravdanje i nije u cilju legitimne svrhe i (3) javni moral nije razumno i objektivno opravdanje.

5.11 ICJ tvrdi da uživanje svih prava Konvencije bez diskriminacije znači da sloboda izražavanja LGBT osoba, kao i sloboda izraza seksualne orijentacije i istopolnih veza ne mogu biti zabranjene na nediskriminatorski način. Bilo koja ograničavanja o seksualnosti moraju biti neutralna kako bi se ispoštovana seksualna orijentacija.⁴⁷ Zakoni koji ograničavaju slobodu izražavanja moraju biti kompatibilni sa ciljevima Konvencije i ne smiju kršiti njene nediskriminatorne odredbe.⁴⁸ One se ne smiju primijeniti u diskriminatorne svrhe ili se primijeniti na diskriminatorni način.⁴⁹ ICJ tvrdi da čak proporcionalno korišćenje dozvoljenog cilja, kao što je javni moral, ne smije biti osnov za ograničavanje slobode izražavanja ukoliko se primjenjuje na diskriminatoran način. Stoga, kažnjavanjem “javnih akcija s ciljem propagiranja homoseksualnosti“, kao suprotnih propagiranju heteroseksualnosti ili seksualnosti uopšte, Zakon regiona Ryazan vrši razliku u tretmanu koja se ne može opravdati. On izdvaja jednu određenu vrstu seksualnog ponašanja drugačijim tretiranjem. On to čini iako seksualna veza između odraslih ljudi istog pola nije nezakonita u Ruskoj Federaciji.

5.12 Osim toga, iako se svaka razlika u tretiranju ne smatra diskriminacijom, kriterijum za takvo razlikovanje mora biti razuman i objektivan a cilj mora biti postizanje svrhe koja je legitimna u okviru Pakta.⁵⁰ Obzirom da je seksualna orijentacija zabranjeni osnov, razlika u tretmanu predstavlja diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije, kršenje Pakta, osim ukoliko ne postoji “razumno i objektivno” opravdanje.⁵¹ Javni moral se ne smatra takvim opravdanjem. Od slučaja Hertzberg i ostali protiv Finske, argumenti o javnom moralu su izgubili na značaju.⁵² ICJ tvrdi da sudovi širom svijeta podržavaju da javni moral nije dovoljan razlog za razlikovanje u tretiranju i izražavanje brige o javnom moralu ne može da služi u opravdavanju različitog tretiranja zbog seksualne orijentacije.⁵³ Ono dodaje da je Zakon regiona Ryazan jasno namjeravao da fokusira sve informacije o homoseksualnosti, uključujući informacije da je na bilo koji način “neprirodna” i svrsta pod krivični zakon.

Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva (predstavka br. 7525/76), od 22.10.1981.godine.

46 Referenca je napravljena na slučaj *Toonen protiv Australije*, predstavka br. 941/2000, Young protiv Australije, stavovi usvojeni 06.04.2003, stav 10.04. Takođe pogledajte Opšti komentar br. 20 Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava, E/C.12/C/20, 02.07.2009, stav 32; Opšti komentar br. 2 Komiteta protiv torture u vezi primjene člana 2 od strane država potpisnica, CAT/C/GC/2, stav 21; Opšti komentar br. 4 Komiteta za prava djeteta u vezi zdravlja i razvoja adolescenata u kontekstu Konvencije o pravima djeteta, CRC/GC/2003/4, stav 6.

47 Referenca je napravljena na Preporuku CM/Rec(2010) Savjeta Ministara Savjeta Evrope Državama članicama o mjerama za borbu protiv diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije i rodno identiteta usvojene 31.10.2010. godine; Dostupno na <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669>.

48 Siracuza principi o ograničenju i odstupanjima od odredbi Međunarodnog pakta o civilnim i političkim pravima, aneks, UN Doc. E/CN.4/1985/4 (1984) u principu 2; Opšti komentar Komiteta br. 22 (Pravo na slobogu misli, savjesti i religije), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, stav 8.

49 Opšti komentar Komiteta br. 22, ibid; i Individualno mišljenje Torkel Opsahai u slučaju *Hertzberg et al protiv Finske*.

50 Referenca je napravljena ne Opšti komentar Komiteta br. 18 (Pravo na nediskriminaciju), stav 13.

51 Opšti komentar broj 20 (2009) Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava, stav 13.

52 Referenca je napravljena na slučaj *Toonen protiv Australije*, stav 8.6., i na a presudu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Open Door i Dublin Well Woman protiv Irske* (predstavka br. 14234/88 i 14235/88), 29.10.1992, stavovi 65 - 66.

53 Pravno mišljenje, *inter alia*, citira sudsku praksu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, Ustavnog suda Južne Afrike i Višeg suda Filipina.

5.13 ICJ dalje navodi da Zakon regiona Ryazan ima ozbiljne implikacije na pravo djece da dobiju informacije. U dodatku članu 19, stav 2, Pakta, pravo djece da dobiju informacije koje se tiču seksualnosti je posebno zaštićeno članom 13 Konvencije o pravima djeteta.⁵⁴ Pravo djece da dobiju informacije koje se tiču seksualnosti i seksualne orijentacije je povezano sa njihovim pravom na obrazovanje i na zdravlje.⁵⁵

5.14 Iz gorenavedenih razloga, ICJ zaključuje da je odjeljak 3.10 zakona regiona Ryazan u suprotnosti sa obavezama države ugovornice prema Paktu.

Dalja zapažanja države ugovornice o prihvatljivosti i meritumu:

6.1 Dana 9. decembra 2010. godine, država ugovornica je podsjetila na činjenice slučaja i navela da je administrativna kazna podnosiocu, koju je izrekao prekršajni sudija, minimalna kazna predviđena odjeljkom 3.10 zakona regiona Ryazan, i nije bila "opterećujuća" za nju. Država ugovornica zatim tvrdi da su sve odluke suda u slučaju podnosioca zakonite i dobro osnovane, i ističe svoje argumente, koji su u suštini slični argumentima Okružnog suda u Oktyabrsky (vidjeti gore stav 2.6) i Ustavnog suda (vidjeti gore stav 5.6). Država ugovornica navodi da podnositeljka predstavke tvrdi da je pozvana na administrativnu odgovornost zbog svog tolerantnog odnosa prema homoseksualnosti i zbog toga što slobodno izražavanje stavova ne "odgovara činjenicama". Ona je dovela do administrativne odgovornosti za propagandu homoseksualnosti (seksualni čin između muškaraca i lezbejstvo) među maloljetnicima.⁵⁶

6.2 Država ugovornica dalje tvrdi da je, prema riječima podnositeljke, cilj njenih akcija da promoviše tolerantan stav prema homoseksualnosti u društvu, uključujući maloljetnike. Dakle, imala je promišljenu namjeru da uključi djecu u raspravu o ovim pitanjima. Kao rezultat, javnost je postala svjesna stavova podnositeljke isključivo na njenu inicijativu. Osim toga, njene radnje su od samog početka imale "element provokacije". Država ugovornica dodaje da podnositeljkin privatni život nije bio od interesa ni javnosti ni maloljetnicima, i da državni organi nijesu ometali njen privatni život. Iz tih razloga, država ugovornica ponavlja svoj početni argument da ova predstavka predstavlja zloupotrebu prava na podnošenje, i na taj način je u suprotnosti sa članom 3. Fakultativnog protokola.

6.3 Država ugovornica podsjeća da podnositeljka namjerno nije iskoristila pravo da pribjegne nadzornom postupku revizije i, prema tome, njena tvrdnja da je iscrpila sve domaće pravne lijekove ne "odgovara činjenicama". Iz iznijetih, gore, razloga, država ugovornica zaključuje da su tvrdnje podnositeljke predstavke neosnovane, miješanje sa njenim pravima je bilo srazmjerno, a predstavka je sama po sebi neprihvatljiva po članu 5. stavu 2 (b) Fakultativnog protokola.

Komentari podnositeljke o daljim zapažanjima države ugovornice:

7.1 Dana 3. februara 2011. godine podnositeljka predstavke je podsjetila na argument države ugovornice da je pozivanje na njenu administrativnu odgovornost imalo legitiman cilj zaštite djece od "propagande homoseksualnosti", odnosno od informacija koje su štetne

54 Referenca je takođe napravljena na Opšti komentar br. 3 (2003) Komiteta za prava djeteta u vezi HIV/AIDS i prava djeteta; i na Završne primjedbe Komiteta za prava djeteta za drugi periodični izvještaj Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske, CRC/C/15/Add. 188, stav 44(d).

55 Referenca je napravljena na izvještaje Specijalnog izvjestioca o obrazovanju, A/HR/8/10/Add.1, stavovi 79-84, i A/HRC/4/29/Add. 1, stavovi 34-37. Pogledajte takođe i odluku Evropskog komiteta za socijalna prava, *Interrihts protiv Hrvatske (predstavka broj 45?2007)*, od 30.03.2009. godine.

56 Naglasak je stavila država ugovornica.

za djecu sa moralne tačke gledišta. U tom smislu, ona tvrdi da je ovaj pristup potpuno diskriminatoran, jer je zasnovan na pretpostavci da je homoseksualnost - kao suprotnost heteroseksualnosti – nešto nemoralno. Podnositeljka dodaje da ovaj pristup nema objektivno i razumno opravdanje jer, po njenom mišljenju, zabranjuje širenje bilo kakvih informacija o homoseksualnosti, uključujući neutrane informacije, kao u ovoj predstavi. Ona skreće pažnju Komiteta na odluke Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Alekseyev protiv Rusije*,⁵⁷ u vezi zabrane takozvane “Parade ponosa“ u periodu 2006-08. godina, od strane moskovskih vlasti. Podnositeljka s poštovanjem traži od Komiteta da razmotri stav Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa argumentima javnog morala koje je dala država ugovornica.

7.2 Što se tiče argumenta države ugovornice u vezi sa navedenim neiscrpljenjem domaćih pravnih lijekova, podnositeljka ponavlja njen raniji stav, objašnjen u podnesku od 22. jula 2010. godine, da postupak revizije nije djelotvoran pravni lijek. Dodatno, bilo kakve sumnje, u tom pogledu, otklonjene su odlukom Ustavnog suda od 19. januara 2010. godine.

7.3 Dana 21. novembra 2011. godine, podnositeljka je tražila od Komiteta da primarno tretira ovu predstavku, koju ona doživljava značajnom za razvoj sudske prakse u oblasti LGBT prava. Ona tvrdi da nedavni događaji ugrožavaju osnovna ljudska prava LGBT osoba u Ruskoj Federaciji⁵⁸ i drugim djelovima svijeta,⁵⁹ uključujući slobodu izražavanja, slobodu okupljanja i slobodu udruživanja.

Dotatna zapažanja države ugovornice:

8.1 Dana 17. avgusta 2012. godine država ugovornica dostavlja svoja dodatna zapažanja. Ona navodi da su amandmani na zakone Petersburga i regiona Arkhangelsk o prekršajima uvedeni u cilju „borbe protiv propagande seksualnog čina između miškaraca, lezbejki, biseksualnosti i transrodnosti među maloljetnicima, kao i propagande pedofilije, zbog brojnih i kolektivnih zahtjeva predstavnika zajednice koji su izrazili svoj protest protiv ovakve propagande“. Država ugovornica se odnosi na Model zakona o zaštiti djece od informacija koje štetno utiču na njihovo zdravlje i razvoj koji je 3. decembra 2009. godine uvela Interparlamentarna skupština država članica Zajednice nezavisnih država. Prema ovom zakonu, “propaganda“ je skraćenica za „aktivnosti fizičkih i/ili pravnih lica koji šire informaciju u cilju uslovljavanja ponašanja djece i/ili stvaranja stereotipa, ili u cilju podsticanja ili efektivnog podsticanja primalaca takvih informacija da izvrše određene radnje ili da se uzdrže od vršenja određenih radnji“.

8.2 Država ugovornica dodaje da ovaj zakon smatra „informacijama štetnim za zdravlje i razvoj djece“ one informacije – sadržaj, prezentaciju i/ili upotrebu – koje utiču na nečiji pod-

57 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Alekseyev v. Russia* (predstavka br. 4916/07, 25924/08 i 14599/09), od 21.10.2010. godine, u stavovima 82-84. Sud je utvrdio kršenje člana 11.; člana 13 u vezi sa članom 11; i člana 14 u vezi sa članom 11. Evropske konvencije.

58 Značajno: a) Dana 28.09.2011. godine, Parlament regiona Arkhangelsk donio je sličan zakon koji zabranjuje propagandu homoseksualnosti među maloljetnicima. Ovaj zakon je stupio na snagu u oktobru 2011. godine. Dana 16.11.2011., isti parlament je usvojio amandmane na zakon regiona Arkhangelsk o administrativnim prekršajima uspostavljajući administrativnu odgovornost za propagandu homoseksualnosti među maloljetnicima. b) Dana 16.11.2011. godine, Zakonodavna skupština St. Petersburga je u svom prvom čitanju usvojila zakon koji zabranjuje “propagandu seksualnih činova među muškarcima, lezbejizama, biseksualnost i transrodnost među maloljetnicima“ (član 7.1) i “javne akcije koje imaju za cilj propagandu pedofilije“ (član 7.2). c) Dana 16.11.2011. godine, predsjednik Moskovske gradske Dume (Skupštine) izjavio je, u intervjuu, da će zakon koji zabranjuje propagandu homoseksualnosti među maloljetnicima definitivno biti donijet u Moskvi. d) Dana 17.11.2011. godine, predsjednik Savjeta Federacije (Gornji dom državne Dume) podržao je uvođenje sličnog zakona na saveznom nivou.

59 Raniji pokušaji uvođenja sličnog zakona su preduzeti na nacionalnom nivou u Litvaniji. Predlozi su odbijeni tek nakon intervencija i upozorenja Evropske Unije. O sličnom zakonu, koji zabranjuje propagandu homoseksualnosti, trenutno se raspravlja u Ukrajini.

svjesni um i koje su u stanju da oštete fizičko ili mentalno zdravlje djeteta i_ili da izazovu rastrojstva u njihovom duhovnom, mentalnom, fizičkom i društvenom razvoju“. Ovakva „rastrojstva“ podrazumijevaju „razvoj perverznih društvenih sklonosti i stavova, podsticanje na izvršavanje potencijalno opasnih radnji i djela, agresiju, surovost, nasilje i druge antisocijalne radnje (uključujući one kažnjive krivičnim zakonom), usadivanje patološkog straha i užasa ili podsticanja na preuranjeni interes djece za seks i rani početak seksualnog života.“

8.3 Država ugovornica se takođe odnosi na član 4, stav 1, član 5, stav 2, i član 14 Federalnog zakona o osnovnim garancijama prava djeteta u Ruskoj Federaciji i tvrdi da je jedan od ciljeva državne politike, sproveden u Ruskoj federaciji u interesu djece, da ih zaštiti od faktora koji bi imali negativan uticaj na njihov fizički, intelektualni, mentalni, duhovni i moralni razvoj.

8.4 Država ugovornica dalje tvrdi da je u cilju zaštite djece od informacija štetnih po njihovo zdravlje i_ili razvoj, Savezni zakon o zaštiti djece od informacija koje štetno utiču na njihovo zdravlje i razvoj od 29. decembra 2010. godine (na snazi od septembra 2012. godine) utvrdio je uslove za širenje informacije djeci. Uslovi uključuju klasifikaciju informacionih izlaza, njihovu stručnu procjenu, kao i državni nadzor i kontrolu u skladu sa zakonom o zaštiti djece od informacija štetnih po njihovo zdravlje i (ili) razvoj.

8.5 Država ugovornica podsjeća da su prava, koja su garantovana članom 19., stav 2 Pakta, podvrgnuta određenim restrikcijama iz stava 3. istog člana. U ovom kontekstu odnose se na članove 17. i 34. Pakta o pravima djeteta, kao i na članove 4, stava 2 Federalnog zakona o osnovnim garancijama prava djeteta u Ruskoj Federaciji, koji postavlja standarde za širenje štampanih, audio, video i drugih materijala koji se ne preporučuju djeci ispod 18 godina.

8.6 Država ugovornica tvrdi da je Ustavni sud pažljivo ispitao činjenice slučaja koje su podnijeli podnositeljka i dvije osobe, kao i njihove argumente prije dolaska do zaključka da su, u skladu sa uslovima Saveznog zakona o zaštiti prava djeteta od informacija koje štetno utiču na njihovo zdravlje i razvoj, zakonodavci u regionu Ryazan usvojili mjere za obezbjeđivanje intelektualne, moralne i mentalne bezbjednosti djece u regionu Ryazan, između ostalog, zabranjujući javne radnje u cilju propagande homoseksualnosti. Država ugovornica takođe ponavlja odluke Ustavnog suda da zabrana takve propagande kao što je “namjerno i nekontrolisano širenje informacija koje mogu da štete zdravlju, moralu i duhovnom razvoju, kao i formiranje perverznih koncepcija o jednakim društvenim vrijednostima tradicionalnih i netradicionalnih porodičnih odnosa – među pojedincima koji, usljed svojih godina, nemaju kapacitet da kritički i nezavisno ocjenjuju takve informacije“ se ne može posmatrati kao kršenje ustavnih prava.

8.7 Država ugovornica tvrdi da, u svojim komentarima, podnositeljka nije iznosila nikakve nove argumente koji se tiču suštine ove predstave, već tumači odredbe međunarodnog prava. Ona dodaje da tvrdnje države ugovornice od 20. maja 2010. godine i 9. decembra 2010. godine pokrivaju i prihvatljivost i meritum. Što se tiče komentara podnositeljke u vezi sa usvajanjem zakona koji zabranjuju propagandu seksualnog čina između muškaraca, lezbejizam, biseksualizam i transrodnost među maloljetnicima na regionalnom nivou, država ugovornica navodi da su takvi zakoni u potpunosti u skladu sa međunarodnim obavezama Ruske Federacije, i da imaju za cilj zaštitu morala, duhovni, fizički i mentalni razvoj djeteta.

Pitanja i postupak pred Komitetom:

Razmatranje prihvatljivosti:

9.1 Prije razmatranja bilo kakvog zahtjeva koji je sadržan u predstavi, Komitet za ljudska prava mora da, u skladu sa pravilom 93. svog Poslovnika, odluči da li je, ili nije, slučaj prihvatljiv pod Fakultativnim protokolom uz Pakt.

9.2 Komitet je utvrdio, kao što je predviđeno u članu 5, stavu 2(a) Fakultativnog protokola, da se isti slučaj ne razmatra u drugom postupku međunarodne istrage ili poravnjanja.

9.3 Imajući u vidu uslove utvrđene u članu 5. stavu 2 (b), Fakultativnog protokola, Komitet uzima u obzir argument države ugovornice da je podnositeljka predstavke trebao iskoristiti regularne žalbene procedure predviđene članom 30.9 Zakonika o upravnim sporovima. U tom smislu, Komitet napominje da je država ugovornica dužna da detaljno opiše koji su pravni lijekovi bili dostupni podnositeljka predstavke u okviru okolnosti njenog slučaja, zajedno sa dokazima da su postojali razumni izgledi da će takvi pravni lijekovi biti djelotvorni.⁶⁰ Obzirom na činjenicu da se član 30.9 Zakonika o administrativnim prekršajima izgleda ne može primijeniti na predmetnu predstavku onako kako je to zahtijevala podnositeljka predstavke, iz razloga što se taj član odnosi na žalbe protiv odluka o upravnim prekršajima donijetih od strane nesudskih organa, Komitet prihvata argument podnositeljke predstavke, koji nije bio osporen od strane države ugovornice, da je ona iskoristila sve njoj dostupne regularne žalbene procedure u okviru pravnog sistema države ugovornice.

9.4 Komitet takođe uzima u obzir tvrdnju države ugovornice da je podnosilac predstavke trebao podnijeti žalbu protiv odluke Oktyabarskog okružnog suda, koja je već postala izvršna, u skladu sa nadzornim revizorskim postupkom predviđenim članom 30.12, dio 1, Zakonika o administrativnim prekršajima. Komitet dalje podjeća na argument podnositeljke predstavke da takav postupak ne predstavlja djelotvoran pravni lijek, u smislu Fakultativnog protokola, iz razloga što ne garantuje automatsko pravo da žalbeni meritum razmatra nadzorno sudsko vijeće. Dodatno, ona je već bezuspješno osporavala ustavnost Rjazanskog regionalnog zakona na osnovu kojeg je bila osuđena za upravni prekršaj pred Ustavnim sudom.

9.5 U tom smislu, Komitet napominje da se domaći pravni lijekovi ne moraju iscrpiti ukoliko objektivno gledano nemaju izgleda za uspjeh: gdje bi u okviru primijenjenih domaćih zakona žalba sigurno bila odbačena, ili gdje bi ustanovljena jurisprudencija najviših domaćih sudova isključivala pozitivan ishod.⁶¹ On napominje da je Ustavni sud odbacio žalbu podnositeljke predstavke, tvrdeći da se zabrana propagande homoseksualnosti ne može smatrati kršenjem njenih ustavnih prava, i da država ugovornica ne tvrdi da bi sudovi koji su trebali da sude o ovom slučaju podnositeljke predstavke u skladu sa nadzornim revizorskim postupkom došli do drugačijeg ishoda od ishoda koji je zaključio Ustavni sud. Stoga, Komitet zaključuje da ne bi bilo razumno da se podnositeljka predstavke uslovljava pribjegavanjem nadzornom revizorskom postupku, zato što takav pravni lijek se više ne može posmatrati kao djelotvoran pravni lijek u smislu člana 5. stava 2(b) Fakultativnog protokola, odnosno pravni lijek koji bi omogućio podnositeljki predstavke razumne izgleda pravosudnog obeštećenja.⁶²

9.6 Država ugovornica dalje tvrdi da je predmetna predstavka neprihvatljiva u skladu sa članom 3. Fakultativnog protokola, i da predstavlja povredu prava na podnošenje predstavke, jer podnositeljka predstavke nije doživjela nikakvu vrstu diskriminacije, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu seksualne orijentacije, a organi države ugovornice se nijesu miješali u njen privatni život.

Međutim, Komitet smatra da argumenti koje je podnijela podnositeljka predstavke - da je osuđena za administrativni prekršaj na osnovu odjeljka 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona koji je navodno diskriminatoran prema homoseksualnim pojedincima - predstavljaju pitanja od suštinske važnosti i trebaju biti razmatrana kao dio meritum faze postupka.

9.7 Shodno tome, Komitet zaključuje da više ne postoje prepreke za prihvatanje predstavke i objavljuje da je žalba podnositeljke predstavke u skladu sa članom 19. i 26. Pakta dovoljno obrazlagana, u svrhe prihvatljivosti.

60 Vidjeti predstavku br. 4/1977, *Ramirez protiv Urugvaja*, Stavovi usvojeni 23. 07.1980. godine, stav 5

61 Predstavka br. 327/1988, *Barzhig protiv Francuske*, Stavovi usvojeni 11.04.1991. godine, stav 5.1; i predstavku *Young protiv Australije*, stav 9.4.

62 Predstavka br. 550/1993, *Faurisson protiv Francuske*, Stavovi usvojeni 8.11.1996. godine, stav 6.1.

Razmatranje merituma:

10.1 Komitet za ljudska prava je razmatrao predstavku u kontekstu svih dostupnih i prikupljenih informacija koje su dostavile strane u slučaju, kako je predviđeno članom 5., stavom 1., Fakultativnog protokola.

10.2 Prvo pitanje pred Komitetom je da li primjena odjeljka 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona u ovom slučaju, koja je dovela do toga da je podnositeljka predstavke bila osuđena za administrativni prekršaj, predstavljala ograničenje prava podnositeljke predstavke na slobodu izražavanja, u smislu člana 19. stav 3. Komitet podsjeća da odjeljak 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona uspostavlja administrativnu odgovornost za "propagandu homoseksualnosti (seksualnog čina između muškaraca ili lezbejstvo) među maloljetnim licima". Međutim, Komitet smatra da je red riječi u odjeljku 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona nejasan, imajući u vidu da li se pojam homoseksualnosti (seksualnog čina između muškaraca ili lezbejstvo) odnosi na nečiji seksualni identitet ili seksualnu aktivnost ili na oboje. U svakom slučaju, nema sumnje da je došlo do ograničavanja podnositeljke predstavke da koristi pravo na slobodu izražavanja, garantovano članom 19. stav 2 Pakta.⁶³ U stvari, postojanje ograničenja u predmetnoj predstavi nije sporno pitanje među strankama.

10.3 Komitet zatim mora da razmotri da li je nametnuto ograničenje na pravo podnositeljke predstavke na slobodu izražavanja opravdano u skladu sa članom 19. stav 3 Pakta, tj. propisano zakonom i neophodno: a) radi poštovanja prava ili ugleda drugih osoba; i b) za zaštitu državne bezbjednosti ili javnog reda (*ordre public*), ili javnog zdravlja i morala. Komitet podsjeća na svoj Opšti komentar br. 34 (2011), u vezi člana 19. (sloboda mišljenja i izražavanja) Međunarodnog Pakta o građanskim i političkim pravima⁶⁴, u kojem navodi, inter alia, da su sloboda mišljenja i sloboda izražavanja neophodni uslovi za pun razvoj ličnosti, da su od suštinskog značaja za svako društvo, i da predstavljaju kamen temeljac svakog slobodnog i demokratskog društva.⁶⁵ Svako ograničavanje njihovog korišćenja mora biti u skladu sa strogim testovima neophodnosti i proporcionalnosti, i "moraju se primjenjivati samo u one svrhe za koje su propisane i moraju se direktno odnositi na specifične potrebe na kojima su zasnovane".⁶⁶

10.4 Komitet smatra da se, u ovom slučaju, podnositeljka predstavke i država ugovornica ne slažu po pitanju toga da li je ograničenje na korišćenje prava na slobodu izražavanja "predviđeno zakonom". Detaljnije, podnositeljka predstavke u vezi sa članom 55. stavom 3, Pakta tvrdi da sloboda izražavanja može biti ograničena jedino saveznim zakonom, dok Rjazanski regionalni zakon na osnovu koga je bila osuđena za administrativni prekršaj za "propagandu homoseksualnosti među maloljetnim licima" nije savezni zakon. Država članica zauzvrat tvrdi da je Rjazanski regionalni zakon baziran na Ustavu i Zakoniku o administrativnim prekršajima, te je time dio zakona o administrativnim prekršajima. Komitet može, obzirom na ovu tačku, bez obzira na domaću zakonitost dotičnog ograničenja, izostaviti zakone kojima se ograničavaju prava navedena u članu 19. stavu 2, niti se mora strogo povinovati uslovima člana 19. stava 3 Pakta, ali takođe mora biti kompatibilan sa odredbama i ciljevima Pakta⁶⁷, uključujući i nediskriminatorne odredbe Pakta.⁶⁸

10.5 U tom smislu, Komitet podsjeća, kako je navedeno u njegovom Opštem komentaru br. 34, da "koncept morala proističe iz mnogih društvenih, filozofskih i religijskih tradicija; shodno tome, ograničenja ... u cilju zaštite morala moraju biti zasnovana na principima koji ne

63 Predstavka br. 780/1997, Laptševich protiv Bjelorusije, Stavovi usvojeni 20.03.2000. godine, stav 8.1.

64 A/66/40 (Vol.I) dodatak 5.

65 Ibid, stav 2.

66 Ibid, stav 22.

67 Ibid, Opšti komentar Komiteta br. 34, stav 26 i Toonen protiv Australije, stav 8.3.

68 Ibid, stav 26 i Opšti komentar Komiteta br. 18, stav 13.

proizilaze isključivo iz jedne tradicije. Svaka takva ograničenja moraju se shvatiti u kontekstu univerzalnosti ljudskih prava i principa nediskriminacije.⁶⁹ U ovom slučaju Komitet primećuje da odjeljak 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona uspostavlja administrativnu odgovornost za “javne aktivnosti usmjerene na propagandu homoseksualnosti (seksualni čin između muškaraca ili lezbejstvo)” - za razliku od propagande heteroseksualnosti ili seksualnosti uopšte - među maloljetnicima. U odnosu na svoju raniju jurisprudenciju,⁷⁰ Komitet podsjeća da zabrana diskriminacije na osnovu člana 26. obuhvata i diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije.

10.6 Komitet takođe podsjeća na svoju stalnu jurisprudenciju da nije svaka razlika bazirana na temeljima navedenim u članu 26. Pakta jednaka diskriminaciji, sve dok je zasnovana na razumnim i objektivnim kriterijumima⁷¹, u procesu ispunjavanja cilja koji je legitiman Paktom.⁷² Navodeći da se država ugovornica poziva na cilj zaštite morala, zdravlje, prava i legitimnih interesa maloljetnika, Komitet smatra da je država ugovornica nije pokazala da ograničenje prava na slobodu izražavanja u odnosu na “propagandu homoseksualnosti” - za razliku od propagande heteroseksualnosti ili seksualnosti uopšte - među maloljetnim licima, je zasnovano na razumnim i objektivnim kriterijumima. Dodatno nema dokaza koji bi ukazivali na postojanje faktora koje opravdavaju takve razlike unaprijed.⁷³

10.7 Osim toga, Komitet je mišljenja da podnositeljka predstavke prikazujući plakate na kojima je pisalo “Homoseksualnost je normalna” i “Ja sam ponosna na moju homoseksualnost” u blizini zgrade srednje škole nije napravila nikakve javne akcije koje imaju za cilj uključivanje maloljetnika u bilo koju seksualnu aktivnost ili zalaganje za bilo koju određenu seksualnu orijentaciju. Umjesto toga, ona se slobodno izražavala o svom seksualnom identitetu i za to traži razumijevanje.

10.8 Komitet uzima u obzir argumente države ugovornice da je podnositeljka predstavke imala namjeru da uključi djecu u diskusiju o ovim problemima koje je pokrenula svojim akcijama; da je javnost postala svjesna o stavovima podnositeljke predstavke upravo njenom inicijativom; da su njeni postupci od samog početka nosili sa sobom “element provokacije” i da njen privatni život nije u interesu kako javnosti tako i maloljetnih lica, i da se javni organi nijesu miješali u njen privatni život. (vidjeti gore stav 6.2). Dok Komitet priznaje ulogu države ugovornice u zaštiti dobrobiti maloljetnika, smatra da država ugovornica nije uspjela da pokaže zašto je na osnovu činjenica predmetne predstavke bilo neophodno, u skladu sa legitimnim ciljem člana 19., stav 3, Pakta, da se ograniči pravo podnositeljke predstavke na slobodu izražavanja na osnovu odjeljka 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona, jer je ispoljavala njen seksualni identitet i tražila razumijevanje za to, čak iako je, kako je to tvrdila država ugovornica, i imala namjeru da djecu uključi u diskusiju o pitanjima koja se tiču homoseksualnosti. Shodno tome, Komitet zaključuje da se osuda podnositeljke predstavke za administrativni prekršaj za “propagandu homoseksualnosti među maloljetnicima” na osnovu dvosmislenog i diskriminatornog odjeljka 3.10 Rjazanskog regionalnog zakona predstavlja kršenje njenih prava iz člana 19., stav 2, a u vezi sa članom 26. Pakta.

69 Ibid, stav 32

70 Vidjeti Toonen protiv Australije, stav 8.7; Young protiv Australije, stav 10.4; i predstavka br. 1361/2005, X. protiv Kolumbije, stavovi usvojeni 30.03.2007. godine, stav 7.2

71 Vidi, *inter alia*, predstavka broj 172/1984, *Broeks protiv Holandije*, Stavovi usvojeni 09.04.1982. godine, stav 13; predstavka broj 182/1984, *Zwaan-de Vries protiv Holandije*, Stavovi usvojeni 09.04.1982. godine, stav 13; , predstavka broj 218/1986, *H. Vos protiv Holandije*, Stavovi usvojeni 29.03.1989. godine, stav 11.3; predstavka broj 415/1990, *Pauger protiv Austrije*, Stavovi usvojeni 26.03.1992. godine, stav 7.3; predstavka broj 919/2000, *Müller and Engelhard protiv Nambije*, Stavovi usvojeni 26.03.2002. godine, stav 6.7; i predstavka broj. 976/2001, *Derksen protiv Holandije*, Stavovi usvojeni 01.04.2004. godine, stav 9.2.

72 Vidjeti, *inter alia*, predstavku broj 1314/2004, O'Neill i Quinn protiv Irske, Stavovi usvojeni 24.07.2006. godine, stav 8.3.

73 Vidjeti Young protiv Australije, stav 10.4; i X. protiv Kolumbije, stav 7.2.

11. Komitet za ljudska prava, postupajući u skladu sa članom 5., stav 4. Fakultativnog protokola Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima je mišljenja da činjenice koje su mu dostavljene upućuju na to da je došlo do povrede od strane Ruske Federacije člana 19., stava 2, u vezi sa članom 26. Pakta.

12. U skladu sa članom 2., stav 3 (a), Pakta, država ugovornica je u obavezi da obezbijedi podnositeljki predstavke djelotvoran pravni lijek, uključujući i naknadu vrijednosti u skladu sa situacijom iz aprila 2009. godine, a takođe i sve pravne troškove podnositeljke predstavke, kao i kompenzaciju. Država ugovornica je takođe obavezna da spriječi slične povrede u budućnosti i treba da osigura da su relevantne odredbe domaćeg pravau skladu sa članovima, 19. i 26., Pakta.

13. Imajući u vidu da potpisivanjem Fakultativnog protokola država ugovornica priznaje nadležnost Komiteta da utvrdi da li je, ili nije, došlo do povrede Pakta, i da li je u skladu sa članom 2. Pakta država ugovornica preduzela sve moguće korake da svim pojedincima u okviru svoje teritorije ili koji podliježu njenoj jurisprudenciji osigura prava na djelotvoran i primjenjiv pravni lijek, nakon što se utvrdilo da je došlo do povrede, Komitet želi da dobije od države ugovornice, u roku od 180 dana, informacije o mjerama preduzetim da se ispune Stavovi Komiteta. Od države ugovornice se takođe traži da objavi predmetne Stavove i da ih distribuiru u širokom obimu na službenom jeziku države ugovornice.

SAVJET EVROPE

EVROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

1. SLUČAJ DUDGEON
PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA
2. SLUČAJ LUSTIG-PREAN I BECKETT
PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA
3. SLUČAJ SALGUEIRO DA SILVA MOUTA
PROTIV PORTUGALIJE
4. SLUČAJ CHRISTINE GOODWIN
PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA
5. SLUČAJ S.L. PROTIV AUSTRIJE
6. SLUČAJ E.B. PROTIV FRANCUSKE
7. SLUČAJ KOZAK PROTIV POLJSKE
8. SLUČAJ ALEKSEJEV PROTIV RUSIJE

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. LAGERGRENA, 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 odjeljenskog 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 spuštanje 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 tužioci 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 ovlašten 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 Irska 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 dnevnike 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 činovne 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 nemoral, 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 pojas, 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).

SLUČAJ LUSTIG-PREAN I BECKETT PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

(Predstavke br. 31417/96 i 32377/96)

PRESUDA

Strasbourg, 27. septembar 1999. godine
postala pravosnažna 27. decembra 1999. godine

U slučaju **Lastig-Prejn (Lustig-Prean) i Beket (Beckett) protiv Velike Britanije**, Evropski sud za ljudska prava (Treće odjeljenje) zasijedajući u Vijeću u sljedećem sastavu: gospodin J. P. Costa, predsjednik, ser Nicolas Bratza, gospodin L. Loucaides, gospodin P. Kuris, gospodin V. Fuhrmann, gospođa H. S. Greve, gospodin K. Traja (sudije) i gospođa S. Dolle, sekretarka Odjeljenja, poslije razmatranja slučaja, na zatvorenim sjednicama od 18. maja 1999. godine i 24. augusta 1999. godine, donosi sljedeću presudu, usvojenu posljednjeg pomenutog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran na osnovu dvije predstavke koje su protiv Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske podnijete Evropskoj komisiji za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija) pozivajući se na raniji član 25. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija). Prvi podnosilac predstavke, gospodin Duncan Lustig - Prean, je britanski državljanin rođen 1959. godine i stalno je nastanjen u Londonu. Pred Komisijom, a potom i pred Sudom, zastupao ga je gospodin S. Grosz, advokat iz Londona. Njegova predstavka je podnijeta 23. aprila 1996. godine, a zavedena je 7. maja 1996. godine pod brojem 31417/96. Drugi podnosilac predstavke, g. John Beckett, je britanski državljanin rođen 1970. godine, stalno nastanjen u Sheffield-u. Pred Komisijom, a potom i pred Sudom zastupala ga je gospođa H. Larter, sa advokatskom praksom u Sheffield-u. Njegova predstavka je poslata 11. jula 1996. godine, da bi 22. jula 1996. godine bila zavedena pod brojem 32377/96.

2. Obojica podnosilaca predstavke žalila su se da su istrage vođene povodom njihove homoseksualnosti, i njihovo otpuštanje iz Kraljevske ratne mornarice, isključivo zbog toga što su homoseksualci, predstavljalo kršenje člana 8. Konvencije kako samostalno tako i u vezi s članom 14. Konvencije.

2. . Komisija (plenarno zasijedanje) je dana 20. maja 1997. godine odlučila da o ovim predstavkama obavijesti Vladu Ujedinjenog kraljevstva (u daljem tekstu: Vlada/Država) i pozvala je da iznese svoje napomene i primjedbe u vezi s prihvatljivošću predstavki i sa suštinom spora. Pored toga, ove predstavke su spojene sa dvijema sličnim predstavkama (broj 33985/96 i broj 33986/96, Smith protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva).

Država, koju su predstavljali (zastupali) gospodin M. Eaton, i naknadno gospodin C. Whomersley, obojica agenti, iz Ministarstva spoljnih poslova (Foreign and Commonwealth Office), uputila je podneske sa svojim napomenama dana 17. oktobra 1997. godine; podnosioci predstavki na te podneske su odgovorili dana 20. novembra, odnosno dana 8. decembra 1997. godine.

4. Komisija je dana 17. januara 1998. godine odlučila da odloži razmatranje po ovim predstavkama dok Evropski sud pravde (u daljem tekstu: ECJ) ne bude, u skladu sa članom 177. Rimskog ugovora, a na zahtjev Visokog suda Engleske, presudio o pitanju primjenjivosti Uputstva Evropskog Savjeta o primjeni načela jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu mogućnosti zapošljavanja, profesionalne obuke i unaprijeđenja, kao i radnih uslova 76/207/EEC (u daljem tekstu: Uputstvo o jednakom tretmanu) na razliku u tretmanu koja počiva na seksualnoj orijentaciji.

5. Komisija je dana 23. januara 1998. godine odobrila pravnu pomoć g. Beckett-u.

6. Visoki sud je dana 13. jula 1998. godine donio presudu da povlači zahtijev, prethodno upućen, Evropskom sudu pravde u slučaju R. protiv državnog sekretara za odbranu, ex parte Perkins (13. jul 1998. godine).

7. Poslije stupanja na snagu Protokola broj 11, dana 1. novembra 1998. godine, i u skladu s odredbama člana 5., stav 2, tog Protokola, ove predstavke su potpale pod nadležnost Suda.

Shodno pravilu 52. stav 1. Poslovnika Suda, Predsjednik Suda, g. L. Wildhaber povjerio je ovaj slučaj Trećem odjeljenju. U Vijeću koje je formirano u okviru tog Odjeljenja bili su ex officio ser Nicolas Bratza, sudija izabran sa liste Velike Britanije (član 7. stav 2 Konvencije i pravilo 26 stav 1(a)) i g. J. P. Costa, vršilac dužnosti predsjednika Odjeljenja i predsjednik Vijeća (pravilo 12. i 26. stav 1(a)). Ostali članovi koje je g. Costa imenovao da bi se vijeće popunilo bili su g. L. Loucaides, g. P. Kūris, g. W. Fuhrmann, gospođa H.S. Greve i g. K. Traja (pravilo 26. stav 1(b)).

8. Vijeće je dana 23. februara 1998. godine proglasilo predstavke prihvatljivima i, mada je zadržalo ove dvije predstavke spojene, odlučilo je da ih razdvoji od pomenutih slučaja Smith i Grady. Takođe je odlučeno da se održi ročište o suštini spora.

9. Dana 4. maja 1999. godine predsjednik Vijeća je odlučio da g. Lustig - Prean-u odobri pravnu pomoć.

10. U ovom slučaju, kao i u slučaju Smith i Grady protiv UK, održano je javno ročište u zgradi Suda u Strasbourg-u dana 18. maja 1999. godine.

Pred Sudom su se pojavili:

(a) u ime Države (Vlade): g. C. Whomersley, (Ministarstvo spoljnih poslova), zastupnik (agent), g. J. Eadie, advokat te g. J. Betteley i g. J. Pfeiffer, savjetnici;

(b) u ime podnosilaca predstavke: g. D. Pannick QC, g. J. Bowers QC i g. S. Grosz-a, advokati te gospođicu H. Larter, advokata i g. A. Mason-a, savjetnika.

Sud je saslušao izlaganja g. Pannick-a i g. Eadie-a.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

A. Prvi podnosilac predstavke

Gospodin Lustig-Prean (prvi podnosilac predstavke) stupio je u rezervne snage Kraljevske ratne mornarice kao radio operater, a 1982. godine započeo je profesionalnu karijeru u Kraljevskoj mornarici. Mornarički potporučnik je postao 27. aprila 1983. godine i to u izvršnom odjeljenju mornarice. U službenoj ocjeni koju je dobio u novembru 1989. godine konstatovano je da je riječ o oficiru s “velikim potencijalom” i da “on spada upravo u onakve ljude kakve Kraljevska ratna mornarica treba da privlači i da se stara da ih zadrži”. U profesionalnoj ocjeni koju je dobio, u decembru 1993. godine, zaključeno je da je podnosilac predstavke “uravnotežen, obrazovan i prosvjećen čovjek koji u svim pitanjima uživa puno povjerenje. On ima izvanredne izgleda za rano unaprijeđenje na komandni položaj”. Godine 1994. ovaj podnosilac predstavke unaprijeđen je u čin poručnika bojnog broda prve klase.

11. Tokom perioda od tridesetak mjeseci prije juna 1994. godine podnosilac predstavke je bio u stabilnoj vezi sa jednim partnerom, inače civilom. Početkom juna 1994. godine podnosilac predstavke je obaviješten da je Specijalno istražno odjeljenje Kraljevske ratne mornarice (u daljem tekstu: vojna policija) dobilo njegovo ime u anonimnoj dostavi u kojoj je bilo navedeno da je on homoseksualac te da to odjeljenje istražuje cijeli slučaj. Podnosilac predstavke je svom pretpostavljenom oficiru priznao da jeste homoseksualac.

12. Pripadnici vojne policije obavili su dana 13. juna 1994. godine razgovor s podnosiocem predstavke o njegovoj seksualnoj orijentaciji; taj razgovor je trajao dvadesetak minuta. Na početku razgovora podnosioca predstavke su upozorili da on ne mora da odgovara na pitanja i da će svaki odgovor koji bude dao moći kasnije da se iskoristi kao dokazni materijal. On je takođe obaviješten da ima pravo na pomoć i savjete advokata. Podnosilac predstavke je potvrdio da je svjestan prava i pristao je da s njim razgovaraju bez prisustva advokata. Potvrdio je da homoseksualac, stavljaajući do znanja da je praktično homoseksualan od svojih tinejdžerskih godina. Potom je upitan, između ostalog, da li je imao homoseksualne kontakte s pripadnicima mornarice (postavljeno mu je bar četiri pitanja o toj temi), zatim u koje je tipove seksualnih odnosa stupao sa nekom određenom osobom, kada se i gdje to dogodilo, a pitali su ga i o njegovoj trenutnoj vezi i o tome da li njegovi roditelji znaju za njegovu homoseksualnost. Podnosiocu predstavke je više puta ponovljeno pitanje o tome ko ga je upozorio da je on predmet istrage koju obavlja vojna policija mornarice i rečeno mu je da mu to pitanje postavljaju zbog toga što vojna policija “ima mnogo predznanja o raznim stvarima” i postoji neko ko “nama dostavlja informacije”. Podnosilac predstavke je stavio do znanja da je spreman da pomogne policijskoj službi u istrazi, kako bi se obezbijedilo da ovo pitanje bude tretirano na maksimalno privatn i diskretan način”. Potom je obaviješten da je uobičajeno da se obavi pretres, ali taj pretres nije obavljen zbog toga što je, očekujući ga, podnosilac predstavke već uklonio iz svoje kabine sav eventualni inkriminišući materijal.

13. Razgovor s podnosiocem predstavke ponovo je obavljen dana 14. juna 1994. godine i ovog puta je trajao desetak minuta. Podnosiocu predstavke je objašnjeno da je svrha razgovora da mu se postave pitanja o navodima i tvrdnjama sadržanim u anonimnom pismu koje je prije izvjesnog vremena upućeno njegovom pretpostavljenom oficiru a koje je sadržalo navode da je podnosilac predstavke imao odnos s nekim pripadnikom mornarice. Mornarički policajac koji je vodio razgovor objasnio je da on “pokušava da isposluje posjetu Newcastle-u kako bi u minimalnoj mogućoj mjeri istražio ovo pitanje”, onako kako je to želio i sam podnosilac predstavke. Potom je podnosiocu predstavke postavljano pitanje da li je imao odnos o kome se govori u anonimnom pismu. Anonimno pismo je tada i pročitano. Pisac je tvrdio da je nedavno imao odnos s podnosiocem predstavke, da je on sam HIV pozitivan i da vjeruje kako je podnosilac predstavke imao tu vrstu kontakata s određenim brojem pripadnika oružanih snaga. Od podnosioca predstavke je zatraženo da prokomentariše te tvrdnje, posebno da se izjasni ko je, po njegovom mišljenju, mogao da napiše takvo pismo. Mornarički policajac koji je vodio razgovor takođe je, “čisto radoznalosti radi, iako je to lična stvar” želio da sazna od podnosioca predstavke da li je on stvarno HIV pozitivan. U tom kontekstu, podnosiocu predstavke je nekoliko puta nagoviješteno da je osnovni cilj ovog drugog razgovora nastojanje da se izbjegne dalja istraga. Takođe mu je rečeno da bi mornarički policajac koji vodi razgovor mogao da “izvuče deblji kraj” ukoliko ne bi pažljivo i po propisima slijedio trag anonimnog pisma.

14. U konačnoj ocjeni, koja nosi datum 14. jun 1994. godine, komandir podnosioca predstavke istakao je da je on otišao s broda kao čovjek koji “uživa zasluženi ugled zbog izvanrednih profesionalnih sposobnosti i zadivljujućih ličnih kvaliteta. Komandir je zaključio da će “lojalnost, pouzdanost i dostojanstvenost u obavljanju mornaričkih zadataka” karakteristični za ovog podnosioca predstavke sigurno biti nešto što će njegovim kolegama i nadređenima “nedostajati”.

15. Odbor Admiraliteta je dana 16. decembra 1994. godine obavijestio podnosioca predstavke da je odlučio da okonča njegov ugovor i da ga otpušta iz mornarice, administrativnim putem, s tim da će ta odluka stupiti na snagu dana 17. januara 1995. godine. Osnov za otpuštanje iz mornarice predstavljala je seksualna orijentacija. Ugovor podnosioca predstavke o zapošljenju u mornarici je stavljen van snage, a mornaričke vlasti obustavile su isplatu najvećeg dela premije koja mu je pripadala po osnovu unaprijeđenja (4.875 funti od ukupno 6.000 funti). Služba ovog podnosioca predstavke u mornarici trebalo je da traje do 2009. godine, uz mogućnost obnove ugovora.

B. Drugi podnosilac predstavke

17. Drugi podnosilac predstavke, g. Beckett, je dana 20. februara 1989. godine stupio u Kraljevsku ratnu mornaricu, prijavivši se za profesionalno bavljenje mornaričkim poslom u trajanju od 22 godine. Godine 1991. postao je samostalni mornarički mehaničar - oružar. U izvještaju, o ovom podnosiocu predstavke, datiranom na 27. novembar 1992. godine, istaknuto je da on pokazuje potencijal u izvjesnom broju oblasti koje su od suštinskog značaja za dobro rukovođenje, da je kadar da postane natprosječan vođa i da se, ako novostečene vještine bude primjenjivao onoliko mudro koliko je to u stanju, uz iskustvo, može smatrati potencijalnim kandidatom za oficira.

18. U maju 1993. godine podnosiocu predstavke je odbijen zahtijev da dobije slobodan dan za obavljanje ličnih poslova (želio je da ode da uzme rezultate svog testa na sidu), pa je on o tome razgovarao s kapelanom, vojnim sveštenikom, kojem je priznao svoju seksualnu orijentaciju. Ovom podnosiocu predstavke se dana 10. maja 1993. godine obratio njegov pretpostavljeni poručnik zahtijevajući od njega da ponovi ono što je rekao kapelanu i on je u razgovoru s tim oficirom još jednom priznao svoju homoseksualnost. Potom ga je mornarička policija pozvala na razgovor. Na isti način na koji je bio upozoren i prvi podnosilac predstavke, i ovaj drugi podnosilac predstavke upozoren je da mu neće biti postavljana pitanja o pomenutim priznanjima prije nego što bude izvršen pretres njegove kasete. Od njega je zatraženo da pristane na pretres i on je taj pristanak dao. Razgovor koji je trajao otprilike pet minuta prekinut je i odložen do pretresa. Za vrijeme pretresa zaplijenjeni su slajdovi (samog podnosioca predstavke, njegovog partnera i nekih njegovih prijatelja iz službe) kao i privatne razglednice.

19. Potom je nastavljen razgovor podnosioca predstavke sa mornaričkom policijom i taj nastavak je trajao oko jednog sata. Podnosilac predstavke je odmah potvrdio svoju homoseksualnu orijentaciju, s tim što je kasnije razjasnio da je u početku imao "izvjesne sumnje" koje su ga "razjedale" u pogledu te seksualne orijentacije; te sumnje je imao prije otprilike dvije i po godine. Poslije toga mu je postavljeno pitanje o ranijem odnosu s nekom ženom: od njega je zatraženo da navede ime te žene i da kaže odakle je ona, kada je ta veza uspostavljena, zašto je okončana, da li su imali i seksualne odnose, da li je uživao u tom odnosu i postavljeno mu je pitanje da li je "ona za tebe bila dovoljna". Od njega je zatraženo da iznese detalje o tome kako je i kada shvatio da je homoseksualac, šta je tada radio i u tom smislu mu je i postavljeno pitanje kakvu vrstu osjećanja gaji prema nekom muškarcu, da li je kao dijete bio "dodirivan" ili "zlostavljan" i da li je kupovao pornografske časopise. Podnosiocu predstavke su poslije toga postavljena pitanja o njegovom prvom i aktuelnom homoseksualnom odnosu, započetom decembra 1992. godine. U tom kontekstu pitali su ga o prvoj noći koju je proveo sa svojim partnerom, o tome koje imao "mušku", a ko "žensku" ulogu u tom odnosu i šta ta "muška" uloga znači u seksualnom smislu. Postavljena su mu detaljna pitanja o tome na koji se način odvijao njihov seksualni odnos, da li su koristili kondome, sredstva za lubrikaciju i druga seksualna pomagala, da li su ikada imali odnos na javnom mjestu i kako su namjeravali da razvijaju svoj odnos. Takođe su mu postavljena pitanja u koje homoseksualne barove izlazi, da li se ikada prijavio raznim časopisima za posredovanje kod stupanja u kontakt s potencijalnim partnerima, da li su njegovi roditelji znali za njegovu homoseksualnu orijentaciju i da li je svjestan da bi taj njegov tajni život mogao biti iskorišćen kao osnova za ucjenu, zbog čega bi on sam postao slaba karika u mornaričkoj službi. Pažljivo su pregledani lični slajdovi i razglednice koji su pronađeni, i uzeti, u njegovoj kaseti i od podnosioca predstavke je traženo da detaljno govori o njihovom sadržaju.

20. U izvještaju mornaričke vojne policije sačinjenom po završetku razgovora s podnosiocem predstavke postoji nekoliko internih dokumenata u kojima se ističe da je podnosilac predstavke, otvoreno deklarirajući svoju homoseksualnost i vezu s civilom, praktično otklonio "bilo kakav potencijalni izvor neposredne bezbjednosne brige". Iz tog razloga, u izvještaju je zaključeno da "nije utvrđen nijedan razlog za vođenje bezbjednosnog razgovora s Becket-om". U tom izvještaju je takođe prihvaćeno da ovdje nema osnova za eventualno pripisivanje stupanja u

oružane snage na prevaru, s obzirom na datum kada je podnositelj predstavke otkrio svoju homoseksualnost. Oficir koji je savjetovao Odbor Admiraliteta o otpuštanju iz službe podnosioca predstavke ukazao je na to da su svi oficiri koji su ocjenjivali ovog podnosioca predstavke govorili o njegovoj “naklonosti radu, inteligenciji, posvećenosti, ambiciji i omiljenosti” i pritom je naglasio da bi, samo da nije te njegove homoseksualne orijentacije, “ovaj podnositelj predstavke ostvario blistavu karijeru u Kraljevskoj ratnoj mornarici”.

21. Prije nego što je bio administrativno otpušten iz službe, podnositelj predstavke je izvršio sve zadatke koji su mu ranije bili povjereni i ostao je da boravi u zajedničkoj spavaonici, bez ikakvih teškoća. Odluka da podnositelj predstavke bude administrativno otpušten iz službe po osnovu svoje homoseksualne orijentacije odobrena je dana 28. jula 1993. godine. Podnositelj predstavke je potom uputio žalbu na odluku o otpuštanju iz službe Odboru Admiraliteta, koja je odbačena dana 6. decembra 1994. godine.

C. Postupak po zahtjevu podnosioca predstavke za pravnu reviziju (R. protiv Ministarstva odbrane, ex parte Smith i drugi, 2 Weekly Law Reports 305)

22. Zajedno sa gđom Smith i g. Grady-jem (vidi gore stav broj 3.) podnosioci predstavke su dobili slobodne dane da podnesu zahtjev za pravnu reviziju odluka o svome otpuštanju iz oružanih snaga. Podnosioci predstavki su tvrdili da je politika Ministarstva odbrane protiv homoseksualaca u oružanim snagama “iracionalna”, da ona predstavlja kršenje Konvencije i da se kosi sa Uputstvom o jednakom tretmanu. Ministarstvo odbrane je pak smatralo da je ta politika neophodna prije svega zato da bi se održali moral i efikasnost jedinica, s obzirom na činjenicu to da oružane snage imaju ulogu loco parentis prema maloljetnim regrutima i u kontekstu zahtjeva koji se postavljaju u vezi s tim što se u oružanim snagama živi u zajednici.

23. Visoki sud je dana 7. juna 1995. godine odbacio zahtjev za pravnu reviziju, a osnovnu presudu tog suda saopštio je sudija Sion Brown. On je istakao da ovi slučajevi ilustruju sve teškoće koje iskrsavaju usljed politike apsolutne zabrane koja se u oružanim snagama vodi protiv homoseksualaca i dodao da svi podnosioci predstavke, njih ukupno četvoro, imaju izvanredne profesionalne dosijee, a da su o nekima od njih, unijete superlativne ocjene. Sem toga, sudija Brown je zaključio kako nijedan od tih slučajeva ne ukazuje na to da je seksualna orijentacija podnosioca predstavke na bilo koji način uticala na njihovu sposobnost da obavljaju svoj posao ili da se bilo kako negativno odražavala na disciplinu. Nije bilo nikakvog razloga za sumnju u to da bi oni, da samo nijesu otpušteni iz službe isključivo zbog svoje seksualne orijentacije, nastavili potpuno efikasno da obavljaju sve svoje dužnosti i da bi i dalje uživali punu podršku svojih kolega. Njihovo otpuštanje iz službe svima je nanijelo štetu. Sudija Simon Brown je razmotrio i istorijat “dugogodišnje” politike, relevantnost izvještaja Parlamentarnog komiteta od 1991. godine, stavove drugih oružanih snaga širom svijeta, argumente Ministarstva odbrane (naglasivši da argument koji se odnosi na bezbjednost više nije glavni razlog za brigu države) zajedno s argumentima koje su podnosioci predstavke iznijeli protiv takve politike. Sudija Brown je zaključio da je odnos snaga tih argumenata takav da očigledno ide u korist podnosiocima predstavke i opisao je njihove podneske u kojima su se založili za kodeks koji bi se zasnivao isključivo na ponašanju (u profesionalnoj službi) kao “snažno argumentovane”. Po njegovom mišljenju, istorijski razvoj neće ići u korist Ministarstva odbrane. On je primijetio i da nije vjerovatno, bez obzira na zaključak Visokog suda, da će ta politika opstati još duže vrijeme i pritom je dodao: “Sumnjam čak da većina onih koji su zasijedali u Sudu za sve vrijeme ovog postupka i sada misli isto”.

24. Međutim, pošto je razmotrio sve argumente u vezi sa testovima koje treba primijeniti u kontekstu tih postupaka revizije, sudija Bown je zaključio da ovdje treba primijeniti konvencionalna Vednesberijeva (Wednesbury) načela, prilagođena kontekstu ljudskih prava. U skladu s tim načelima, tamo gdje su osnovna ljudska prava ograničena, ministar odbrane treba da pokaže da postoji važan interes kojim se takva ograničenja mogu opravdati. Primarnu odluku donosi

ministar odbrane, a sekundarnu odluku donosi sud i to tako što daje odgovor na pitanje da li je ministar, na osnovu materijala koje je imao pred sobom, mogao opravdano i racionalno da donese tu primarnu odluku. On je kasnije, (sudija), pojasnio da samo u slučaju ukoliko se navedeno opravdanje “drastično kosi s logikom ili sa prihvaćenim moralnim standardima” sud može osporiti prethodnu odluku ministra. Sudija Brown je zaključio da je u okviru ograničenog opsega tog razmatranja sud morao skrupulozno da se postara da nikakva priznata osnova za osporavanje ne bude na raspolaganju podnosiocima predstavke prije nego što njihovu predstavku odbaci. Tamo gdje su ugrožena najosnovnija ljudska prava sud, na primjer, ne bi bio sklon da spriječi neke manje propuste u procesu odlučivanja, ili da prihvati izuzetno blagonaklono viđenje dokaza koje je ministar podnio, ili da se pozove na svoje diskreciono pravo da uskrati pomoć. Međutim, kako je naglasio sudija Brown, čak i tamo gdje su ograničena najosnovnija ljudska prava, “nije snižen prag neopravdanosti”. Bilo je jasno da je ministar u svome obrazloženju naveo važan konkurentni javni interes. Međutim, centralno pitanje koje se postavljalo glasilo je da li je opravdano da državni sekretar zauzme stav po kome će dopuštanje homoseksualcima da budu angažovani u oružanim snagama ugroziti taj interes. Sudija Brown je naglasio da, mada on lično može smatrati da ministar nije u pravu,

“... (sudovi su) dužni ... da ostanu u okvirima svojih ustavnih ovlašćenja i da ta ovlašćenja ne prekoračavaju. Jedino u slučaju da je bilo potpuno jasno van svake razumne argumentacije da nikakva zamisliva šteta ne bi mogla da bude nanijeta oružanim snagama kao borbenim jedinicama, ovaj sud je mogao da cijelo ovo pitanje izmijesti iz nadležnosti kako vojske, tako i Vlade. Da je Konvencija ... predstavljala dio našeg prava i da smo s tim u skladu bili ovlašćeni da postavimo pitanje da li politika o kojoj je riječ odgovara nužnoj društvenoj potrebi ili pitanje da li se može pokazati kako je ograničenje ljudskih prava o kome se ovdje radi srazmjerno koristima koje donosi, onda bi bilo sasvim jasno da primarnu presudu ... treba da donesemo baš mi, a ne neko drugi: time bi se promijenila ustavna ravnoteža. To, međutim, nije slučaj. Budući da donosi samo sekundarnu (drugostepenu) presudu, ovaj sud mora da djeluje sa izvjesnom oprežnošću. Naš pristup mora da odrazi, a ne da prenebrijegne, to ko snosi osnovnu odgovornost za odbranu cijelog ovog područja i takođe mora da prizna da je Parlament taj koji vrši stalni nadzor nad ovim područjem svojih prerogativnih ovlašćenja”. Prema tome, mada opravdanje koje je ministar naveo u odbranu zabrane djeluje “neubjedljivo”, ne može se ocijeniti da je taj ministrov stav nezakonit. Iz toga slijedi da žalbe treba odbaciti “mada uz oklijevanje i žaljenje”. Kratka analiza precedentnog prava po osnovu Konvencije navela je sudiju da prokomentariše kako on gaji ozbiljnu sumnju da su, bar kada je riječ o obavezama Ujedinjenog kraljevstva, dani ovakve politike odbrojani.

25. Sudija Brown je takođe zaključio da Uputstvo o jednakom tretmanu nije primjenjivo na diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije i da domaći sudovi ne mogu presuđivati u stvarima vezanim za Konvenciju. On je takođe primijetio da Sjedinjene Američke Države, Kanada, Australija, Novi Zeland, Irska, Izrael, Njemačka, Francuska, Norveška, Švedska, Austrija i Holandija dozvoljavaju homoseksualcima da služe u njihovim oružanim snagama i da dokazi ukazuju na to da su jedine zemlje koje dopuštaju generalnu zabranu (vojne službe homoseksualaca) Turska i Luksemburg (a, možda, i Portugalija i Grčka).

26. Ministarstvo odbrane je, avgusta 1995. godine, distribuiralo jedan dokument, savjetodavne prirode, na svim “rukovodećim” nivoima oružanih snaga; taj dokument se ticao politike Ministarstva odbrane prema homoseksualcima u vojnoj službi. U cirkularnom pismu, uz taj dokument, naglašeno je da je “ministar zadužen za oružane snage donio odluku da u okviru cijelog Ministarstva odbrane treba prikupiti dokaze kao vid podrške aktuelnoj politici zabrane prema homoseksualnosti”. Nagoviješteno je da će cio ovaj slučaj vjerovatno ići dalje ka evropskim sudovima i da su podnosioci predstavki u postupku po zahtjevu za reviziju tvrdili da stavu Ministarstva odbrane “nedostaju činjenični dokazi”, ali da to, uostalom, nije iznenađujuće pošto je takve dokaze teško prikupiti obzirom da homoseksualcima nije dozvoljeno da služe u vojsci. Pošto “ne bi trebalo dopustiti da se ovim oslabe argumenti kojima se podržava održavanje sa-

dašnje politike”, od onih kojima je pismo upućeno zatraženo je da prokomentarišu dokument koji im je prosljeđen i da “zaključno sa septembrom 1995. godine saopšte eventualne dodatne dokaze kojima bi bila podržana aktuelna politika”. U prosljeđenom savjetodavnom dokumentu pominju se, između ostalog, dva incidenta za koja se smatra da su nanijela štetu koheziji jedinica. U prvi incident bio je umiješan homoseksualac koji je imao vezu s kelnerom svog narednika, a u drugom slučaju radilo se o jednom Australijancu prekomandovanom u britanske oružane snage čije je ponašanje opisano “do te mjere remetilačko” da je njegova služba u britanskim oružanim snagama okončana.

27. Apelacioni sud je dana 3. novembra 1995. godine odbacio žalbu podnosilaca predstavlki. Predsjednik građanskog odjeljenja Apelacionog suda ser Thomas Bingham pročitao je osnovnu presudu (sa kojom su se složila druga dvojica sudija Apelacionog suda).

28. Objašnjavajući način na koj sud sagledava pitanje “iracionalnosti”, on je rekao da sljedeći stav predstavlja precizan sažetak relevantne jurisprudencije o ovoj temi:

“Sud se ne miješa u ostvarivanje upravnih diskrecionih prava na suštinskim osnovama, sem u slučajevima u kojima je sud uvjeren da je odluka nerazumna u tom smislu da premašuje dijapazon odgovora koji su stajali na raspolaganju racionalnom subjektu odlučivanja. Međutim, u prosuđivanju o tome da li je taj subjekt odlučivanja premašio unutrašnje polje slobodne procjene važan je kontekst ljudskih prava. Što je suštinskije miješanje u ljudska prava, to će sud u većoj mjeri zahtijevati opravdanje prije nego što se bude uvjerio da je odluka osnovana u navedenom smislu”.

On je (sudija ser Bingham) potom citirao, između ostalog, presudu koju je donio lord Bridge u slučaju R. protiv državnog sekretara za unutrašnje poslove, ex parte Brind (1991) 1 Appeal Cases 696, u kojoj je naglašeno da:

“primarnu presudu o tome da li je neki konkretan konkurentni javni interes takav da opravdava konkretno uvedeno ograničenje donosi ministar kome je Parlament povjerio to diskreciono ovlašćenje. Mi smo, međutim, ovlašćeni da donesemo presudu u drugoj instanci tako što ćemo postaviti pitanje da li je racionalni ministar, na osnovu materijala koji je imao pred sobom, mogao racionalno (osnovano) da donese presudu u prvoj instanci”.

Sem toga, on je iznio stav da će, što je veći politički sadržaj neke odluke i što je više predmet odlučivanja udaljeniji od sudske prakse, sud to više oklijevati da presudi kako je data odluka bila neracionalna.

29. Prije nego što je primijenio ovaj test iracionalnosti, predsjednik Građanskog odjeljenja Apelacionog suda primijetio je da slučaj o kome je riječ sadrži vrlo lične odlike, da su odluke na koje su se podnosioci predstavlki žalili suštinski uticale na njihove karijere i izgleda za budućnost i da se ovdje umnogome radi o pravima podnosilaca predstavlke kao ljudskih bića. Mada domaći sud nije primarni subjekt odlučivanja u ovom slučaju i mada nije uloga suda da regulišu uslove služjenja u oružanim snagama, “Sud ima ustavnu ulogu i dužnost da obezbijedi da prava građana ne budu kršena nezakonitim vršenjem izvršne vlasti. Iako sud mora da prida dužnu pažnju stručnosti odgovornih subjekata odlučivanja, on ne smije da izbjegne svoju osnovnu dužnost da “čini ono što je pravo za sve ljude””.

30. Sudija se potom osvrnuo, pozivajući se na pomenuti test iracionalnosti, na podneske strana u prilog ove politike i protiv te politike, komentarišući da su argumenti koje su iznijeli podnosioci predstavlki bili “veoma znalački sačinjeni” te ih treba posebno i duboko promisliti, posebno imajući na umu pređašnje iskustvo u UK, iskustvo stečeno u drugim zemljama i potencijalnu efikasnost jednog detaljnog kodeksa koji bi propisao odgovarajuće ponašanje i koji bi zamijenio postojeću opštu zabranu. On je, međutim, zaključio da politika nije mogla biti smatrana “iracionalnom” u vrijeme kada su podnosioci predstavlke administrativno otpušteni iz oružanih snaga, zaključivši da je prag iracionalnosti bio “vrlo visok” i da u ovom slučaju nije prekoračen.

31. U vezi s Konvencijom, predsjednik Građanskog odjeljenja Apelacionog suda primijetio je sljedeće:

“Opšte je poznato na međunarodno-pravnu obavezu Ujedinjenog kraljevstva da se pridržava (člana 8. Konvencije) i da obezbijedi njegovo poštovanje ne mogu sprovesti domaći sudovi. Važnost Konvencije u sadašnjem kontekstu ogleđa se u tome što ona predstavlja osnov ili pravno-istorijski kontekst za žalbu po osnovu iracionalnosti. Činjenica da subjekt odlučivanja nije uzeo u obzir obaveze koje proističu iz Konvencije kada je ostvarivao svoja upravna ovlašćenja nije, sama po sebi, osnov za pobijanje tog diskrecionog ovlašćenja”.

On je primijetio da otpuštanje nekog lica iz službe na osnovu, njegovih _njenih, privatnih seksualnih sklonosti i ispitivanje tog lica o, njegovom _njenom, privatnom seksualnom ponašanju ne može djelovati kao izraz poštovanja privatnog i porodičnog života te osobe, pa tu zbog toga ima prostora za raspravu o tome da li takva politika odgovara “nužnoj društvenoj potrebi” i prije svega o tome da li je ona srazmjerna legitimnom cilju kome se teži. Sudija je, međutim, iznio stav da to nijesu pitanja na koja valjano ili korisno može da odgovori Apelacioni sud, već su to pitanja za Evropski sud za ljudska prava kome mogu da se obrate podnosioci predstavki. On je sem toga prihvatio tezu da se Uputstvo o jednakom tretmanu ne primjenjuje na pritužbe u vezi sa seksualnom orijentacijom.

Sudija Henry iz Apelacionog suda saglasio se s presudom predsjednika Građanskog odjeljenja Apelacionog suda, prije svega sa načinom na koji je on tretirao test iracionalnosti i sa njegovim viđenjem nemogućnosti ovog suda da odlučuje o pitanjima u vezi sa Konvencijom. On je izrazio sumnju u pogledu korisnosti debate o mogućoj sudbini “dugogodišnje” politike Ministarstva odbrane pred Evropskim sudom za ljudska prava koji prije svega odlučuje o pitanjima u vezi s Konvencijom. Apelacioni sud se nije bavio “hipotetičkim pitanjima”. Po mišljenju sudije Henry-ja, Konvencija je relevantna samo u tom smislu što predstavlja “osnov za upućivanje pritužbe na osnovu iracionalnosti”, na što je već ukazao predsjednik Građanskog odjeljenja Apelacionog suda. Veoma je važno naglasiti ovo pitanje, budući da Parlament nije domaćim sudovima povjerio primarnu jurisdikciju nad pitanjima ljudskih prava sadržanima u Konvenciji, kao i zbog toga što se dokazni materijal i podnesci koji se pojave pred Apelacionim sudom odnose na sekundarnu, a ne na primarnu jurisdikciju tog suda.

32. Sudija Apelacionog suda Thorpe saglasio se sa oba prijetodno iznijeta mišljenja, posebno sa stavovima izraženim u pogledu primjene testa iracionalnosti i u vezi s primjenom tog testa na ovaj konkretan slučaj. Tvrdnje podnosilaca predstavki da su prekršena njihova prava koja proističu iz člana 8. jesu bile “uvjerljive”, ali Apelacioni sud nema pred sobom dokazni materijal niti teze koje bi omogućile da se donese definitivna odluka o tom pitanju. Sudija Thorpe je takođe zaključio da su teze kojim podnosioci predstavke osporavaju argumente iznijete u prilog politike (Ministarstva odbrane) “potpuno uvjerljive” i dodao je da ga je u vezi sa suštinom spora posebno impresioniralo to što ništa nije bilo ilustrovano niti potkrijepljeno konkretnim primjerima ne samo u dokazima koje je državni sekretar podnio Visokom sudu, već ni u načinu na koji je parlamentarni komitet 1991. godine predstavio ovaj slučaj. Po mišljenju ovog sudije, ta politika je “zrela za reviziju i valja razmisliti o tome da ona bude zamijenjena striktnim kodeksom ponašanja”. Međutim, napad koji su podnosioci predstavki izvršili na racionalnost državnog sekretara “ni iz daleka nije bio uspješan”.

34. Apelacioni odbor Doma lordova dana 19. marta 1996. godine odbio je da dozvoli podnosiocima predstavki da upute žalbu Domu lordova.

D. Postupak koji su podnosioci predstavki povelili pred Sudom za rješavanje radnih sporova

35. Decembra 1995. godine g. Lustig-Prean poveo je postupak pred Sudom za radne sporove žaleći se na nepravilno otpuštanje i seksualnu diskriminaciju što je u suprotnosti sa Zakonom o seksualnoj diskriminaciji iz 1975. godine. Taj postupak je prekinut i odložen do rješavanja pomenutog zahtijeva za upućivanje žalbe Domu lordova. Pošto je odbijena dozvola za upućivanje

vanje žalbe, g. Lustig-Prean je zatražio da bude prekinut i povučen postupak koji je poveo pred Sudom za radne sporove, što je i učinjeno 25. aprila 1996. godine.

36. Decembra 1997. godine g. Beckett je takođe poveo postupak pred Sudom za radne sporove pozivajući se na seksualnu diskriminaciju koja se kosi sa Zakonom o seksualnoj diskriminaciji iz 1995. godine. U kontekstu posljednjih odluka Evropskog suda pravde i domaćih sudova, i drugi podnosilac predstavke poslije toga je zatražio da se obustavi i povuče postupak pred Sudom za radne sporove, što je i učinjeno 27. avgusta 1998. godine.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

A. Dekriminalizacija homoseksualnih akata

37. Donošenjem člana 1., stav 1, Zakona o seksualnim prestupima iz 1967. godine, privatni homoseksualni akti između dvije odrasle osobe, koje se s tim činom slažu (u vrijeme donošenja zakona odraslom, odnosno punoljetnom osobom smatrana je osoba koja je navršila 21 godinu) prestali su da budu krivično djelo. Međutim, prema Zakonima o vojsci i vazduhoplovstvu, iz 1955. godine, i Zakonu o disciplini u mornarici, iz 1957. godine, (odjeljak 1 stav 5 Zakona iz 1967. godine) homoseksualni čin je i dalje predstavljao krivično djelo. Odjeljak 1 (stav 5) Zakona iz 1967. godine izmijenjen je i dopunjen Zakonom o krivičnom pravu i javnom redu iz 1994. godine (tim Zakonom je uzrast u kome je moguće dati pristanak na homoseksualni akt snižen na 18 godina). Međutim, odjeljkom 146 (stav 4) Zakona iz 1994. godine propisano je da u tom odjeljku nema ničeg što spriječava da homoseksualni čin (u vezi sa drugim aktima ili okolnostima ili sam za sebe) bude osnov za otpuštanje pripadnika oružanih snaga.

B. R. protiv državnog sekretara za odbranu, ex parte Perkins, presude od 13. marta 1997. godine i 13. jula 1998. godine i slučajevi koji su s njima u vezi

38. Evropski sud pravde je dana 30. aprila 1996. godine presudio da su transrodne osobe zaštićene od diskriminacije po osnovu svoje transrodnosti prema pravu Evropske zajednice (P. protiv S. i Savjeta okruga Kornvel (1996) Industrial Relations Law Reports 347).

39. Visoki sud se dana 13. marta 1997. godine obratio Evropskom sudu pravde, u skladu sa članom 177. Rimskog ugovora, a u vezi s pitanjem primjenjivosti Uputstva o jednakom tretmanu na razlike u tretmanu koje su zasnovane na seksualnoj orijentaciji (R. protiv državnog sekretara za odbranu, ex parte Perkins, 13. marta 1997), tražeći mišljenje tog suda. G. Perkins je, naime, bio otpušten iz Kraljevske ratne mornarice zbog svoje homoseksualnosti.

40. Evropski sud pravde je dana 17. februara 1998. godine zaključio da se Uputstvo o jednakom plaćanju 75/117/EEC ne primjenjuje na diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije (Grant protiv Jugozapadne željeznice Ltd (1998) Industrial Cases Reports 449).

41. Potom je dana 2. marta 1998. godine Evropski sud pravde zatražio da se Visoki sud u slučaju Perkins izjasni da li želi da zadrži pozivanje na član 177. poslije ročišta uz učešće stranaka, a Visoki sud je odlučio da povuče to pitanje koje je ranije bio uputio Evropskom sudu pravde (R. protiv državnog sekretara za odbranu, ex parte Perkins, 13. jul 1998). Odbijen je zahtjev za dozvolu za upućivanje žalbe.

C. Politika Ministarstva odbrane u vezi s homoseksualno orijentisanim pripadnicima oružanih snaga

42. Decembra 1994. godine, kao posljedica promjena u Zakonu o krivičnom pravu i javnom redu, iz 1994. godine, kadrovskim upravama sva tri roda vojske distribuiran je ažurirani dokument Politika i smjernice oružanih snaga u vezi sa homoseksualnošću ("Smjernice"). U Smjernicama je, između ostalog, propisano sljedeće:

“Homoseksualnost, bilo kod muškaraca, bilo kod žena, smatra se inkompatibilnom sa službom u oružanim snagama. Razlog ne leži samo u uslovima bliskih fizičkih kontakata u kojima pripadnici oružanih snaga često moraju da žive i rade, već i u tome što homoseksualno ponašanje može prouzrokovati prestupe, polarizovati odnose, unijeti nedisciplinu i, usljed svega toga, nanijeti štetu moralu i efikasnosti jedinica. Ako pojedinci priznaju da su homoseksualci za vrijeme služenja u oružanim snagama i ako njihov pretpostavljeni oficir zaključi da je to priznanje utemeljeno i osnovano, od njih će se zahtijevati da napuste službu...”

Politika oružanih snaga u pogledu homoseksualnosti jasno je predstavljena svima koji razmišljaju o pristupanju vojsci. Ako potencijalni regrut_kinja prizna da je homoseksualac, on_a, neće biti primljeni u vojsku. Čak i ako potencijalni regrut_kinja prizna da je homoseksualac_ka ali kaže da on_a sada nema, niti će u budućnosti imati namjeru da se angažuje u homoseksualnoj aktivnosti, on_a neće biti primljeni u vojsku. (...)

Kada se suoči sa slučajevima sumnje na homoseksualnost, pretpostavljeni oficir treba da donese odmjerenu i uravnoteženu procjenu uzimajući u obzir sve relevantne činioce (...) U većini slučajeva, međutim, interesima pojedinca i oružanih snaga najbolje će poslužiti formalna istraga o tim navodima ili sumnji. U zavisnosti od okolnosti, pretpostavljeni oficir će ili povesti internu istragu, koristeći osoblje koje ima na raspolaganju, ili će zatražiti pomoć od vojne policije. Prilikom sprovođenja interne istrage on će razmotriti ovo pitanje sa pripadnicima svoje službe za pružanje podrške. Homoseksualnost nije stvar medicine, ali mogu postojati okolnosti u kojima će pretpostavljeni oficir zatražiti savjet od sanitetskog oficira jedinice u vezi s pojedincem o kome je riječ i u tom slučaju, ukoliko se dotični pojedinac saglasi, pretpostavljeni oficir može njega ili nju uputiti sanitetskom oficiru. (...)

U okolnostima u kojima postoje izvjesni dokazi homoseksualnosti ali su ti dokazi nedovoljni ... može biti upućeno pisano upozorenje u vezi s ponašanjem nekog pojedinca kako bi se primijenio postupak administrativnog otpuštanja Ako je pretpostavljeni oficir uvjeren s visokim stepenom pouzdanosti u homoseksualnost nekog pojedinca, biće pokrenut upravni postupak za okončanje njegovog služenja u vojsci. ...”

Jedna od svrha Smjernica bila je da se smanji učešće vojne policije čije su isljedničke metode, koje su se zasnivale na krivičnom postupku, u prošlosti nailazile na žestok otpor i o kojima je bilo mnogo govora u javnosti (ovo je potvrđeno u stavu 9. izvještaja Grupe za procjenu politike prema homoseksualnosti, iz februara 1996. godine, koji ćemo niže navesti u rezimiranom vidu, u stavovima od 44. do 55. Međutim, u stavu broj 100., tog izvještaja, nagovještava se da istraga homoseksualnosti predstavlja dio “standardnih dužnosti vojne policije”).

43. U pisanoj izjavi datoj pod zakletvom maršala vazduhoplovstva ser John Frederick Willis KCB, CBE, zamjenika načelnika Generalštaba, pri Ministarstvu odbrane, datirano na 4. septembar 1996. godine, a podnijeta je Visokom sudu u slučaju R. protiv državnog sekretara za odbranu, ex parte Perkins (13. jul 1998. godine) u dijelu koji je ovdje relevantan navodi se sljedeće:

“Politika Ministarstva odbrane jeste da specifična priroda homoseksualnog života onemogućuje prijem homoseksualaca i homoseksualnosti u oružane snage. Prevashodna briga oružanih snaga jeste održavanje operativno efikasnih i djelotvornih jedinica, iz čega proističe i neophodnost strogo poštovanja discipline. (Ministarstvo odbrane) vjeruje da prisustvo pripadnika oružanih snaga homoseksualne orijentacije ima potencijal da tu efikasnost umanjí.

Uslovi života u vojsci, i za vrijeme vojnih operacija i u okruženju u kome jedinice djeluju, veoma se razlikuju od uslova koji postoje u civilnom životu. (...) (Ministarstvo odbrane) vjeruje da ti uslovi, kao i potreba za potpunim uzajamnim povjerenjem među vojnim osobljem svih činova, mora diktirati njegovu politiku prema homoseksualnosti u oružanim snagama. Ovo nije pitanje moralnog suda, niti iko želi da sugeríše kako su homoseksualci išta manje hrabri od heteroseksualaca - pripadnika oružanih snaga; ova politika proističe iz praktične procjene svih implikacija homoseksualnosti po borbenu moć”.

D. Izvještaj Grupe za procjenu politike prema homoseksualnosti - februar 1996. godine

1. Opšta pitanja

41. Na osnovu odluke u slučaju R. protiv Ministarstva odbrane, ex parte Smith i drugi 2 Weekly Law Reports 305, osnovana je Grupa za procjenu politike prema homoseksualnosti (Homosexuality Policy Assessment Team – u daljem tekstu: HPAT) HPAT je osnovalo Ministarstvo odbrane sa zadatkom da izvrši internu procjenu politike oružanih snaga prema homoseksualnosti. U sastav HPAT ušli su državni činovnici iz Ministarstva odbrane i predstavnici sva tri vida oružanih snaga. HPAT je trebalo da iznese procjenu koja će poslužiti kao osnova za dokazni materijal koji će Ministarstvo predložiti Parlamentarnom selekcionom komitetu (što je i potvrđeno u ovjerenoj i pod zakletvom datoj izjavi maršala vazduhoplovstva ser John Frederick Willis, pomenutoj gore u stavu broj43.). HPAT je trebalo da savjetuje Ministarstvo odbrane, pripadnike oružanih snaga svih timova, ljudstvo i građanska lica u službi vojske odgovorne za sprovođenje politike zajedno s pripadnicima službe pravnog savjetnika. HPAT je takođe dobila u zadatak da ispita politiku koja se vodi u drugim zemljama (anex D Izvještaja HPAT). Izvještaj HPAT objavljen je februara 1996. godine i imao je oko 240 strana, zajedno s obimnim aneksima. Polazište procjene činila je pretpostavka da muškarci i žene - homoseksualci sami po sebi nijesu fizički ništa manje sposobni, niti su išta manje hrabri, pouzdani i stručni od heteroseksualaca. Smatralo se da će se svi problemi koji će eventualno biti identifikovani ogledati u sferi teškoća s kojima bi se vojni sistem, u kome predominantno mjesto imaju heteroseksualci, mogao suočiti u pogledu integracije deklariranih homoseksualaca. HPAT je smatrao da će najbolju procjenu i prognozu "realnosti i ozbiljnosti" problema integracije homoseksualaca moći da daju sami pripadnici oružanih snaga (stav 30. izvještaja).

2. Korišćeni istražni metodi

45. Postojalo je osam glavnih oblasti istraživanja (stav 28 izvještaja):

(a) HPAT se konsultovao s onima koji u Ministarstvu odbrane odlučuju o politici. Oni su naglasili jedinstvenost i specifičnost vojnog okruženja i specifični britanski pristup životu u vojsci, a HPAT u razgovorima s pripadnicima oružanih snaga nije našao razloga za neslaganje s ovom opštom perspektivom (stav 37.);

(b) Upućen je signal svim pripadnicima oružanih snaga, uključujući i rezerviste, i od njih je zatraženo da iznesu, u pismenoj formi, svoje stavove o ovom pitanju. Do 16. januara 1996. godine HPAT je dobio 639 pisama. Od toga je 587 pisama bilo protiv bilo kakve promene politike, a među njima je bilo i 58 pisama s potpisima više pripadnika vojske. Samo 11 pisama poslato je anonimno (stavovi 46. do 48.);

(c) Anketa koju je HPAT sačinio da bi utvrdio stavove sastojala se od upitnika koji je popunilo ukupno 1.711 pripadnika vojnog osoblja koje su kao reprezentativne izabrali vidovi oružanih snaga. Upitnici su popunjavani u ispitnim uslovima i bilo je predviđeno da budu anonimni. Rezultat je ukazao da postoji "opšta podrška u sva tri vida vojske" za politiku koja isključuje homoseksualce iz oružanih snaga. Ljudstvo je smatralo da je homoseksualnost očigledno znatno prihvatljivija u civilnom nego u vojnom životu (stavovi od 45. do 59. i aneks G);

(d) HPAT je, krajem 1995. godine, obišao deset vojnih baza kako bi podijelio pomenuti upitnik i organizovao njegovo popunjavanje. Tom prilikom su upriličeni pojedinačni razgovori, u četiri oka, s pripadnicima oružanih snaga koji su popunili upitnik. Metodom slučajnog uzorka među pripadnicima određenih činova i ljudima koji se bave određenim profesionalnim oblastima iz svih deset jedinica koje su posjetili članovi HPAT obavljeno je 180 razgovora. Obzirom na mali broj razgovora, odgovori su analizirani u kvalitativnom, a ne u kvantitativnom smislu (aneks G);

(e) Organizovan je i izvjestan broj diskusija u okviru fokus grupa u pojedinim rodovima vojske s osobljem odabranim metodom slučajnog uzorka iz reprezentativnih činova i među nosiocima reprezentativnih funkcija (u aneksu G pominje se 36 takvih diskusija, dok se u stavu 61. Izvještaja govori o 43. takve diskusije). Svrha ovih grupnih diskusija bilo je da se ispita dubina i širina vojnih stavova i da se stekne uvid koji će biti komplementaran već dobijenim rezultatima ankete. U komentarima HPAT navedeno je da je priroda tih diskusija pokazala da nema mnogo oklijevanja kada je riječ o poštenom i cjelovitom iznošenju sopstvenih stavova; “preovlađujuće je mišljenje da homoseksualnost nije “normalna”, niti “prirodna”, dok su žene i pripadnici etničkih manjina smatrani “normalnima”. Ogromna većina učesnika izrazila je uvjerenje da postojeća zabrana za prijem homoseksualaca u vojsku treba da ostane na snazi (stavovi od 61. do 69. i aneks G);

(f) Jedna podgrupa HPAT otputovala je u Australiju, Njemačku i Francusku, dok je druga posjetila Sjedinjene Američke Države, Kanadu i Holandiju. HPAT je takođe intervjuisao istaknutog izraelskog vojnog psihologa, pošto izraelska vojska nije htjela da prihvati posjetu HPAT (stavovi od 70. do 77. i aneks H). Takođe se jasno vidi da su članovi HPAT razgovarali s predstavnicima policije, vatrogasnih službi i trgovačke mornarice (stavovi od 78. do 82.);

(g) Organizovane su i regionalne diskusije u okviru fokus grupa sačinjenih od predstavnika sva tri roda vojske da bi se utvrdila dubina i širina stavova vojnog osoblja. Te grupe su bile sastavljene od pripadnika sva tri roda i to iz različitih jedinica. Diskusije su održane u trima takvim grupama i opšti rezultati bili su isti kao i oni koji su dobijeni diskusijom u fokus grupama sastavljenim od predstavnika samo jednog vida ili samo jednog roda oružanih snaga (stavovi 83-84 i aneks G);

(h) Metodom slučajnog uzorka među pripadnicima vojske stratifikovanim po činu, uzrastu i polu obavljene su i poštanske ankete kako bi se utvrdili stavovi vojnika. Anketni listići upućeni su na adrese 3.000 (6 procenata) pripadnika Kraljevske ratne mornarice i Kraljevskih marinaca, 6.000 (5,4 procenata) pripadnika kopnenih snaga i 4.491 (6 procenata) pripadnika Kraljevskog vazduhoplovstva. U prosjeku polovina njih je popunila anketne listiće i vratila ih poštom (stavovi od 65. do 86. i aneks G).

3. Uticaj na borbenu moć

46. U izvještaju HPAT “borbena moć” (što je izraz koji se obično koristi sa borbenom gotovošću, operativnom efikasnošću i borbenom spremnošću) definiše se kao “sposobnost za borbu”, a ona se sastoji iz tri činioca. To su “konceptijska”, “fizička” i “moralna” komponenta, s tim što se ova posljednja definiše kao “sposobnost da se ljudi podstaknu na borbu koja obuhvata moral, drugarstvo, motivaciju, liderstvo i vještinu upravljanja”.

47. Tokom cjelokupne ove procjene fokus je bio na pretpostavljanim efektima po borbenu moć i smatralo se da je to “ključni problem” kod homoseksualaca integrisanih u oružane snage. Smatralo se da je jasno utvrđeno da će prisustvo poznatih homoseksualaca ili onih za koje se opravdano sumnja da su homoseksualci, u oružanim snagama dovesti do izvjesnih emocionalnih odgovora i odgovora u domenu ponašanja, kao i do problema koji će uticati na moral, a samim tim i znatno i to negativno uticati na borbenu moć oružanih snaga. Ovi pretpostavljeni problemi obuhvatali su kontrolu homoseksualnog ponašanja i heteroseksualnu netrpeljivost, napade na homoseksualce, šikaniranje i zlostavljanje homoseksualaca, izopštavanje i izbjegavanje, “sklonost ka stvaranju klika” i “sklonost ka formiranju parova”, probleme u vezi sa rukovođenjem i odlučivanjem, uključujući tu i optužbe za protežiranje, diskriminaciju i neefikasnost (što, međutim, ne obuhvata pitanje oficira - homoseksualaca koji bi eventualno donosili odluke pod uticajem svojih seksualnih preferenci), supkulturna trvenja, pitanja u vezi s privatnošću i pristojnošću, povećani animozitet i sumnjičavost (polarizovane odnose), kao i nezadovoljstvo i osvetoljubivost zbog nametnutih promjena, posebno ukoliko bi to značilo i kontrolu heteroseksualnog izražavanja (vidjeti dio F.II tog Izvještaja).

4. Ostala pitanja

48. HPAT je procijenio i ostala pitanja koja je u svom izvještaju označio kao “supsidijarna” (dio G i stav 177. Izvještaja). HPAT je utvrdio da, iako nije moguće kvantifikativno odrediti cijenu svih posljedica promjene politike, ne bi trebalo razmišljati o zasebnom smještaju za homoseksualce, niti bi takav zasebni smještaj predstavljao rezultat mudre odluke, te se stoga može zaključiti da nema mnogo vjerovatnoće da će vojska snositi neke velike troškove u pogledu smještaja (stavovi od 95. do 97.). Takođe se ne smatra da bi propala vojna obuka otpuštenih homoseksualaca mogla predstavljati važan argument protiv održavanja postojeće politike (stavovi 98. i 99.). Ukoliko dođe do promjene širih društvenih i pravnih pogleda, kada je riječ o civilnim homoseksualnim parovima, onda bi trebalo da bude prihvaćena isplata odgovarajuće naknade homoseksualnim partnerima, onakve kakva inače pripada bračnim partnerima u heteroseksualnim odnosima (stav 101.). Malo je vjerovatno da će na razvoj svijesti o pitanju homoseksualizma biti utrošeno mnogo novca i vremena, obzirom da nema izgleda da bi to moglo biti efikasno za promjenu stavova. Primijećeno je da će, ako to bude potrebno, kursevi tolerancije vjerovatno biti najbolje sredstvo kao “dio integrisanog programa za obuku vojske po pitanju jednakih mogućnosti” (stav 102.). Postoje snažne indikacije da će stopa regrutacije i samostalnog ostajanja u vojsci biti smanjena ukoliko dođe do promjene politike (stavovi 103. i 104.).

49. Brige koje su bile izražene u vezi s ostvarivanjem odgovornosti vojske u smislu *loco parentis* kada je riječ o mladim regrutima nijesu se ispoljile prilikom detaljnijeg ispitivanja (stav 111.).

5. Medicinski i bezbjednosti razlozi za zabrinutost

50. Medicinski bezbjednosni razlozi za zabrinutost razmatrani su razdvojeno (odjelci H i I, kao i stav 177. Izvještaja). Mada je uočeno da su medicinski razlozi za zabrinutost, koje ističu pripadnici vojske, (između ostalog i u vezi sa sidom) nesrazmerni realnoj kliničkoj slici tih rizika, zaključeno je da će ta vrsta zabrinutosti vjerovatno morati da bude otklonjena kroz obrazovne programe i obavezno testiranje na sidu. Inače bi se moglo dogoditi da stvarno prihvatanje i integrisanje homoseksualaca bude ozbiljno ugroženo emocionalnim reakcijama i netrpeljivošću, kao i zabrinutošću zbog opasnosti od side. Prilikom detaljnijeg ispitivanja vidjelo se da bezbjednosna pitanja (uključujući tu i mogućnost ucjene onih za koje se sumnja da su homoseksualci) nijesu posebno isticana u odbranu postojeće politike.

6. Iskustvo u drugim zemljama i u civilnim službama u kojima disciplina predstavlja ključni element

51. HPAT je uočio da postoji veoma širok spektar zvaničnih stavova i pravnih mehanizama koji proističu iz lokalnih pravnih i političkih okolnosti - od formalne zabrane svih vidova homoseksualne aktivnosti (Sjedinjene Američke Države), preko administrativnih aranžmana koji ipak ne počivaju na punoj jednakosti (Francuska i Njemačka) do politike koja svjesno teži formiranju takvih oružanih snaga koje će biti blagonaklone prema homoseksualcima (Holandija). HPAT konstatuje da su tolerantnije one zemlje u kojima ne postoji zakonska zabrana homoseksualizma i koje imaju pisane ustave pa samim tim i veću tradiciju poštovanja ljudskih prava. U izvještaju se navodi:

52. “HPAT, međutim, nigdje nije došao do saznanja da postoji značajan broj otvorenih homoseksualaca koji služe u oružanim snagama (...) Kakav god da je stepen zvanične tolerancije ili podsticanja, neformalni pritisci ili prijetnje unutar društvenog sistema vojske po svemu sudeći spriječavaju veliku većinu homoseksualaca da odluči da svoja različita zakonska prava na otvoreno izražavanje aktivnog seksualnog identiteta ostvaruje u profesionalnom okruženju. (...) Podrazumijeva se da ova uzdržanost vojnika - homoseksualaca u tim oružanim snagama znači

da nigdje nije stečeno ozbiljnije praktično iskustvo u zaštiti homoseksualaca od izopštavanja, maltretiranja ili fizičkih napada.

Budući da se ovaj zajednički obrazac gotovo potpunog odsustva otvoreno homoseksualnih pripadnika vojske ponavlja bez obzira na formalne zakonske okvire, razumno je pretpostaviti da je upravo neformalno funkcionisanje realnog vojnog sistema ono koje je mahom neusklađivo sa samoizražavanjem homoseksualaca. To se u potpunosti poklapa s obrascem stavova britanskih pripadnika oružanih snaga potvrđenim u anketama HPAT”.

52. U januaru 1996. godine preko 35.000 britanskih pripadnika oružanih snaga (oko 25% ukupnog broja) bilo je angažovano u inostranstvu, što je više nego kada je riječ o bilo kojoj drugoj zemlji - članici NATO u Evropi (stav 43.). HPAT je ipak zaključio da postojeća politika ne donosi značajne probleme u situacijama u kojima se saraduje s oružanim snagama savezničkih zemalja. HPAT je naime primijetio da su pripadnici britanskih oružanih snaga ispoljili “izraženu nezainteresovanost” za sisteme u stranim vojskama i da ih jednostavno ne brine kakav stepen prihvatanja saveznici, s kojima je Britanija inače čvrsto povezana, pružaju homoseksualcima. Razlog je u tome što prosječan pripadnik oružanih snaga smatra da ti drugi “niju Britanci, imaju drugačije standarde, pa se zato i može očekivati da se drugačije ponašaju”, kao i zbog toga što su vojnici iz različitih zemalja razdvojeno i smješteni. Dodatni razlog je i činjenica da homoseksualci u stranim oružanim snagama, tamo gdje homoseksualizam nije zvanično zabranjen, nijesu otvoreno izražavali svoju seksualnu orijentaciju. Prema tome, postojali su sasvim mali izgledi da se neko od inače malobrojnih otvorenih homoseksualaca nađe u situaciji u kojoj bi njegova seksualna orijentacija mogla postati problem za britanske vojnike (stav 105).

53. HPAT je zaključio da postoje važne razlike između oružanih snaga i onih civilnih službi u Velikoj Britaniji koje i same počivaju na disciplini kao što su policija, vatrogasna služba i trgovačka mornarica, a koje nemaju istu politiku prema homoseksualcima. HPAT smatra da:

“Nijedna od tih profesija ne odvija se u radnom okruženju koje je toliko zahtjevno i dugoročno kao što je to slučaj s oružanim snagama, niti ijedna zahtijeva jednak naglasak na izgradnji timova koji se mogu brzo međusobno mijenjati, ali svi moraju biti snažno posvećeni svojim zadacima i jedni drugima pružati podršku, moraju biti kadri da sačuvaju svoju povezanost poslije niza mjeseci stresa, ranjavanja i neugodnosti ...” (stav 203.)

7. Alternativne opcije aktuelne politike

54. HPAT je razmotrio i nekoliko alternativnih opcija, uključujući kodeks ponašanja koji bi bio primjenjiv na sve, politiku koja bi se zasnivala na pojedinačnim odlikama homoseksualnih pripadnika oružanih snaga, ukidanje zabrane i oslanjanje na uzdržanost pripadnika vojske, rješenje koje se svodi na “nemoj da pitaš i nemoj da kažeš” što je ono što se nudi u Sjedinjenim Američkim Državama i kodeks koji bi podrazumijevao da “nema vidljive homoseksualnosti”. HPAT je međutim zaključio da se ne može identifikovati nijedna politička alternativa koja bi, sa istim ovim stepenom bezbjednosti, sa kojim to čini postojeća politika, izbjegavala rizike po borbenu spremnost i koja, usljed toga, ne bi naišla na tako snažan otpor pripadnika oružanih snaga (stavovi od 153. do 175.).

8. Zaključci HPAT (stavovi od 176. do 191.)

55. HPAT je ustanovio da:

“Ključni problem i dalje postoji i zaista je moguće samo potvrditi da mu je izuzetno teško pristupiti. U odjeljku F navedeni su dokazi za očekivani gubitak borbene moći i to predstavlja centralno mjesto ovog izvještaja. Različiti argumenti koji su iznijeti, i opšti zaključak do koga se došlo, pokazali su da to nije stav samo komande oružanih snaga, već i velike većine pripadnika vojske svih činova”.

Ocijenjeno je da se ne može smatrati vjerovatnim da će se postojeći stavovi vojske u bliskoj budućnosti promijeniti. Mada je jasno da to podrazumijeva teškoće i narušavanje privatnosti, rizik za borbenu gotovost pokazuje da je ta politika ipak opravdana. Zaključeno je da nije moguće napraviti nikakvo razumno poređenje između integrisanja homoseksualaca s jedne i integrisanja žena i pripadnika etničkih manjina u oružane snage, s druge strane, budući da homoseksualnost izaziva probleme kakve ni po tipu, ni po intenzitetu nijesu izazivali pol i rasa.

HPAT smatra da će, na duži rok, evolucija društvenih stavova prema homoseksualcima možda smanjiti rizik za borbenu spremnost koju bi inherentno sadržala promjena postojeće politike, ali istovremeno ocjenjuje da se ovaj izvještaj “može baviti samo postojećim stavovima i postojećim rizicima”. U zaključku izvještaja se kaže:

“... sigurno je da bi iskrslalo znatno manje pretpostavljenih problema ukoliko bi pripadnici oružanih snaga vjerovali da mogu da rade sa homoseksualcima i da žive rame uz rame s njima, a da to ne donese gubitak kohezije jedinica. Ministarstvo se, međutim, mora baviti svijetom onakvim kakav on jeste. Stavovi pripadnika oružanih snaga, u mjeri u kojoj se razlikuju od stavova opšte populacije, proističu iz jedinstvenih i specifičnih uslova vojnog života i predstavljaju sadašnje socijalne i psihološke realnosti. Ti stavovi predstavljaju indiciju da bi promjena politike nosila sa sobom vojni rizik...

... na osnovu najiscrpnijeg dokaznog materijala koji je mogao biti prikupljen, takođe je jasno da je u Velikoj Britaniji homoseksualnost u praksi inkompatibilna sa životom u oružanim snagama ukoliko se želi da te oružane snage, u svom sadašnjem obliku, budu zadržane na nivou pune potencijalne borbene spremnosti. (...) Dodatno, sve ono što predstavlja opravdanje i objašnjenje postojeće politike potvrđeno je i ubjedljivim konsenzusom unutar profesije koja je sama svakako najpozvanija da o tome zaključuje. Jasno je da bi o nekoj većoj promjeni postojećih smjernica Ministarstva za politiku sva tri vida vojske prema homoseksualnosti valjalo razmišljati isključivo iz precizno navedenih razloga koji nemaju veze sa bezbjednošću i uz punu svijest o uticaju koji bi to imalo na efikasnost oružanih snaga i osjećanja njihovih pripadnika”.

E. Politika oružanih snaga prema seksualnom i rasnom zlostavljanju i šikaniranju i prema jednakim mogućnostima

56. “Kodeks ponašanja u rasnim odnosima” koji je izdao Savjet za odbranu, decembra 1993. godine, proklamuje da oružane snage pružaju jednake mogućnosti svim zapošljenima. Tu se navodi da neće biti tolerisan nijedan vid rasne diskriminacije, proganjanja ili zlostavljanja, da će svi navodi takve prirode biti istraženi i, ako se pokažu tačnima, da će biti pokrenut disciplinski postupak. Kodeks predviđa žalbeni postupak u vezi sa diskriminacijom ili zlostavljanjem i upozorava protiv viktimizacije pripadnika vojnih snaga koji iskoriste svoje pravo na žalbu i naknadu, odnosno zadovoljenje.

57. Vojska je, januara 1996. godine, objavila Direktivu o jednakim mogućnostima koja se odnosi na rasno i seksualno zlostavljanje i šikaniranje. U tom dokumentu političke prirode kao preambula navedena je sljedeća izjava General - ađutanta (AG):

“Realna situacija konflikta nalaže visok nivo timskog rada u kome svaki vojnik-pojedinac može u potpunosti da se osloni na svoje saborce i vođe. Zato u vojsci nema mjesta za zlostavljanje, šikaniranje ili diskriminaciju koji bi uticali na moral i podrli povjerenje i koheziju grupe.

Svaki vojnik je dužan da obezbijedi da u vojsci ne bude mjesta za takvo ponašanje koje bi moglo negativno uticati na koheziju i efikasnost. Stav vojske je potpuno jasan: svi vojnici moraju biti tretirani jednako na osnovu svojih sposobnosti da obavljaju zadatke koji su im povjereni.

“Očekujem da svaki od vas dosledno sprovodi ovu politiku i da se postara da zadržimo naš veliki ugled i reputaciju visokoprofesionalne vojske”.

U ovoj Direktivi navedene su definicije rasnog i seksualnog zlostavljanja, navedeno je da vojska želi da spriječi sve vidove agresivnog i nepravičnog ponašanja u tom smislu i istaknuto je

da je svaki vojnik dužan da strogo vodi računa kako se ne bi ponašao na način koji bi mogao biti uvrijedljiv za druge; dužan je isto tako da drugima ne dozvoli da se na taj način ponašaju. U dokumentu je definisan i bullying, i navedeno je da, iako vojska njeguje agresivan duh među vojnicima koji će jednog dana možda morati da odu u rat, kontrolisanu agresiju, sposobnost oslanjanja na sopstvene snage i snažan rukovodilački instinkt nikako ne treba brkati s nepromišljenim i besmislenim zastrašivanjem i nasiljem, što su osnovne odlike bullyinga. Taj vid ponašanja podriva moral, izazivajući strah i stres i kod šikaniranog pojedinca i kod grupe koja je šikanirana, negativno se odražavajući na cijelu organizaciju. Vojska je poznata po tome što predstavlja čvrsto zbijenu zajednicu u kojoj su timski rad, kohezija i uzajamno povjerenje činioci od vodećeg značaja. Prema tome, moraju se poštovati visoki standardi u ličnom ponašanju i svi su dužni da poštuju druge.

U Direktivi se naglašava da komandiri i komandanti treba dosljedno da poštuju vojne propise i odgovarajuće zakone. Svaki pripadnik oružanih snaga dobio je posebne brošure u kojima se podstiče poštovanje Direktive. Pored toga, u kadrovskim centrima i centrima za obuku organizovane su posebne službe za jednake mogućnosti, a u okviru sprovođenja Zakona o rasnim odnosima iz 1976. godine pokrenut je i obiman program odgovarajućih kurseva.

F. Izvještaji Parlamentarnog komiteta

58. Svakih pet godina Zakon o oružanim snagama ulazi u parlamentarnu proceduru i tom prilikom odabrani Parlamentarni komitet obavlja analizu i podnosi odgovarajući izvještaj.

59. U izvještaju Parlamentarnog komiteta od 24. aprila 1991. godine pod naslovom "Homoseksualnost", navedeno je sljedeće:

"Sadašnja politika izaziva ozbiljnu uznemirenost i dovodi do toga da oružane snage gube neke muškarce i žene čija su stručnost i dobar karakter nesporni. Društvo van oružanih snaga danas je znatno tolerantnije prema razlikama u seksualnoj orijentaciji nego što je to ranije bio slučaj, i moglo bi se dogoditi da je takva situacija i u oružanim snagama. Međutim, argument (Ministarstva odbrane) po kome bi prisustvo u Vojsci ljudi za koje je poznato da su homoseksualci moglo izazvati napetost u grupi pojedinaca od kojih se očekuje da žive i rade ponekad pod velikim stresom i fizički veoma blizu jedni drugima, što bi onda moglo da nanese štetu koheziji jedinica i borbenoj efikasnosti, i dalje ima veliku težinu. Možda će se ovo promijeniti, posebno otkako su i žene integrisane u jedinice koje su dosad bile isključio muške. Nijesmo, međutim, još uvijek uvjereni da je došao trenutak da se od oružanih snaga zahtijeva da prihvate homoseksualce ili homoseksualnu aktivnost".

60. U izvještaju Parlamentarnog komiteta za 1996. godinu (to je izvještaj sačinjen na osnovu analize koju je Komitet izvršio u skladu sa Zakonom o oružanim snagama iz 1996. godine) govori se o dokazima prikupljenim od ljudi iz Ministarstva odbrane, dokazima prikupljenih od grupa za pružanje podrške homoseksualcima i onim dokazima koji se pominju u izvještaju HPAT. Ni ovog puta Komitet ne preporučuje bilo kakve promjene u zvaničnoj politici. On konstatuje da su, u periodu koji je prošao od objavljivanja posljednjeg ovakvog izvještaja, ukupno 30 oficira i 331 niži čin otpušteni iz oružanih snaga po osnovu homoseksualnosti. Komitet je, međutim, uvjeren da iz iskustva drugih zemalja još uvijek nije moguće izvući nikakve pouzdane po(d)uke. Komitet navodi da je svjestan snage argumenata koji se tiču poštovanja ljudskih prava, ali istovremeno ističe da mora biti uspostavljena ravnoteža između prava pojedinaca i potreba cjeline. U izvještaju se navodi da je Komitet posebno uvjeren zahvaljujući dokazima iznijetim u izvještaju HPAT o tome koliko je u oružanim snagama u cjelini snažan otpor bilo kakvom mijenjanju politike. Komitet je saglasan da bi prisustvo muškaraca i žena - pripadnika oružanih snaga - koji bi otvoreno izražavali svoje homoseksualne sklonosti ozbiljno negativno uticalo na moral i, na kraju krajeva, na operativnu efikasnost. Ovo pitanje je potom raspravljano u Donjem domu britanskog Parlamenta i poslanici su, sa 188 glasova prema 120 glasova odbacili ma kakvu promjenu postojeće politike.

G. Obavještenje licima koja se regrutuju u oružane snage

61. Prije septembra 1995. godine osobe koja su se prijavljivale za službu u oružanim snagama bile su obavještavane o politici oružanih snaga prema homoseksualcima u vojsci iz brošure pod naslovom "Vaša prava i odgovornosti". Da bi se izbjegli eventualni nesporazumi i da bi svaki regrut_kinja dobio_la identične informacije, Vojska je dana 1. septembra 1995. godine uvela i saopštenje za pripadnike oružanih snaga koje mora biti pročitano i potpisano prije nego što se potpiše Ugovor o prijemu u vojsku. U stavu 8. tog saopštenja pod naslovom "Homoseksualnost" navodi se da se homoseksualnost ne smatra kompatibilnom sa životom u vojsci i "može dovesti do administrativnog otpuštanja iz službe".

PRAVO

I. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 8 KONVENCIJE

62. Podnosioci predstavki su naveli da istraga, povodom njihove homoseksualnosti i njihovo kasnije otpuštanje iz Kraljevske ratne mornarice isključivo zbog toga što su homoseksualci, što je bilo rezultat opšte politike Ministarstva odbrane protiv homoseksualaca u britanskim oružanim snagama, predstavlja kršenje njihovog prava na poštovanje privatnog života zaštićeno članom 8. Konvencije. Taj član, u dijelu koji se ovdje smatra relevantnim, glasi:

"1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog ... života ...

2. Javne vlasti neće se miješati u ostvarivanje ovog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne (nacionalne) bezbjednosti ... radi spriječavanja nereda..."

A. Da li je došlo do miješanja (u privatni život)

63. Država je, u svojim pisanim komentarima, prihvatila da je došlo do miješanja u pravo podnosioca predstavki na poštovanje njihovog privatnog života. Međutim, ističući da ni podnosioci predstavke nijesu u relevantnom vremenskom periodu negirali da znaju za politiku protiv homoseksualaca u oružanim snagama, Država nije bila spremna ni za kakav ustupak u pogledu datuma kada su podnosioci predstavke konstatovali i priznali da su homoseksualci. Tokom ročišta pred Sudom, država je, posebno pritom ukazujući na slučaj g. Lustig - Prean-a, razjasnila da, ukoliko su podnosioci predstavki bili upoznati sa zvaničnom politikom, a bili su prilikom regrutacije svjesni svoje homoseksualnosti, onda njihovo otpuštanje iz službe ne može predstavljati miješanje u njihova prava zagarantovana članom 8. Konvencije. Podnosioci predstavki su tvrdili da se oni ne žale zbog toga što im je onemogućeno stupanje u oružane snage i da nijesu bili otpušteni iz službe zbog laganja prilikom regrutacije. U svakom slučaju, zaštita zajamčena članom 8. ne može zavisiti od mjere u kojoj su podnosioci predstavki bili svjesni svoje seksualne orijentacije u vrijeme kada su bili vrlo mladi.

64. Sud primjećuje da Država nije tvrdila da su se podnosioci predstavki pozvali na svoja prava na osnovu člana 8. Konvencije u trenutku u kome su stupili u oružane snage. Sud takođe primjećuje da podnosioci predstavke nijesu otpušteni iz službe zbog toga što nijesu saopštili svoju homoseksualnu orijentaciju prilikom regrutacije. Sem toga, Država ne spori izjavu g. Beckett-a, datu tokom razgovora koji je s njim vođen, da je on svoju homoseksualnu orijentaciju otkrio poslije regrutacije. U takvim okolnostima, Sud zastupa mišljenje da je istraga vojne policije u vezi s homoseksualnošću podnosioca predstavki, koja je obuhvatila i detaljne razgovore sa svakim od njih i s trećim stranama o pitanjima koja se tiču njihove seksualne orijentacije i ponašanja, uporedo s pripremom završnog izvještaja za nadležne organe u oružanim snagama o

sadržaju te istrage, predstavljala direktno miješanje u pravo podnosioca predstavki na poštovanje privatnog života. Njihovo kasnije otpuštanje iz službe isključivo po osnovu njihove seksualne orijentacije takođe je predstavljalo miješanje u to pravo (vidjeti presudu u slučaju Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 22. oktobra 1981. godine, Series A broj 45, strane 18-19, stav 41. i, mutatis mutandis, Vogt protiv Njemačke presuda od 26. septembra 1995. godine, series A broj 323, strana 23, stav 44.).

B. Da li je miješanje bilo opravdano

65. Ovakvo miješanje može se smatrati opravdanim samo ukoliko se ispune uslovi navedeni u drugom stavu člana 8. Prema tome, miješanje mora biti “u skladu sa zakonom”, mora imati cilj koji je legitiman u smislu ovog stava i taj cilj “mora biti neophodan u demokratskom društvu” (vidjeti slučaj Noris protiv Irske (Norris) presuda od 26. oktobra 1988. godine, Series A broj 142, strana 18, stav 39.).

1. “U skladu sa zakonom”

66. Stranke nijesu sporile da je postojala saglasnost s ovim elementom člana 8., stav 2., Konvencije. Sud primjećuje da je politiku Ministarstva odbrane kojom se homoseksualci isključuju iz službe u oružanim snagama u ovom slučaju kao zakonitu potvrdio Apelacioni sud, i u smislu domaćeg prava i u smislu primjenjivog prava Evropske zajednice. Ta politika je našla svoj zakonski izraz i odobrenje u Zakonu o seksualnim deliktima iz 1967. godine i, nešto skorije, Zakonu o krivičnom pravu i javnom redu iz 1994. godine. Prema tome, Sud zaključuje da je ovaj zahtijev ispunjen.

2. Legitimni cilj

67. Sud uočava da je država navela, kao suštinsko opravdanje za svoju politiku, i za naknadne istrage i otpuštanja iz službe, održavanje morala pripadnika oružanih snaga, a samim tim i borbene i operativne spremnosti oružanih snaga (vidjeti dolje stav broj 88.). Sud ne nalazi nijedan razlog zbog koga bi posumnjao u to da je ta politika kreirana u cilju obezbjeđivanja operativne efikasnosti oružanih snaga, niti u to da su istrage koje su vođene, u načelu, imale za cilj da se utvrdi da li je osoba o kojoj je riječ homoseksualna na koju se navedena politika može primijeniti. U tom smislu, dakle, Sud smatra da se za miješanje koje je iz svega toga proisteklo može reći da teži legitimnom cilju “interesa nacionalne bezbjednosti” i “spriječavanja nereda”. Sud ima nešto više sumnji kada je riječ o tome da li su pomenute istrage nastavile da služe nekom takvom legitimnom cilju onog trenutka kada su podnosioci predstavki priznali svoju homoseksualnost. Međutim, obzirom na zaključak koji je Sud naveo dolje u stavu broj 104., on ne nalazi za potrebno da odlučuje da li je ovaj elemenat istrage takođe težio ostvarivanju legitimnog cilja u okviru značenja člana 8., stav 2., Konvencije.

3. “Neophodno u demokratskom društvu”

68. Ostaje da se utvrdi da li se miješanje u ovim slučajevima može smatrati “neophodnim u demokratskom društvu” u smislu navedenih ciljeva.

(a) Podnesci Države (Vlade)

69. Država je od početka prihvatila tezu da ni službeni dosijei podnosioca predstavki, ni njihovo ponašanje, nijesu dali nikakvog osnova za pritužbe i da nije bilo dokaza da je, prije nego

što je njihova seksualna orijentacija bila otkrivena, ta orijentacija negativno uticala na rezultate koje su postizali oni sami ili njihove kolege u obavljanju svojih dužnosti. Isto tako, Vlada ne smatra da su homoseksualci fizički manje sposobni, niti da su manje hrabri, pouzdani i stručni od heteroseksualaca.

70. Država je, međutim, prije svega naglasila specijalni kontekst britanskih oružanih snaga koji je karakterističan za ovaj slučaj. Taj kontekst je specijalan zbog toga što je najtješnje povezan s nacionalnom bezbjednošću pa je, samim tim, od centralnog značaja za vitalne interese države. Kohezija jedinica i njihov moral leže u srži efikasnosti oružanih snaga. Ta kohezija i moral moraju izdržati sva unutrašnja iskušenja normalnog i korporativnog života, blizak fizički kontakt i životne uslove u kojima se dijeli prostor, uporedo sa spoljnim pritiscima kakve predstavljaju velike opasnosti i rat; sve su to činioci za koje Država tvrdi da se mogu primijeniti ili da su primijenjeni na svakog od podnosilaca predstavke. U tom smislu oružane snage su jedinstvene i zapravo se ne mogu porediti ni sa čim među civilnim snagama koje počivaju na načelu discipline kao što su policija ili vatrogasna služba. U takvim okolnostima, mada prihvata da pripadnici oružanih snaga imaju pravo na to da budu zaštićeni Konvencijom, Država tvrdi da se u ovom kontekstu primijenjuju drugačija i strožija pravila (vidjeti presudu u slučaju Engel i drugi protiv Holandije od 8. juna 1976. godine, Serija A broj 22, strana 24, stav 57.; Grigoriades protiv Grčke, presuda od 25. novembra 1997. godine, Izvještaji presuda i odluka 1997-VII, strane 2589-90, stav 45; i Kalač protiv Turske presuda od 1. jula 1997. godine, Reports (Izvještaji) 1997-IV, strana 1209, stav 28). Osim toga, obzirom na dimenziju nacionalne bezbjednosti koja je prisutna u ovom slučaju, Državi je ispravno ostavljeno široko unutrašnje polje slobodne procjene (vidjeti slučaj Leander protiv Švedske, presuda od 26. marta 1987. godine, Series A broj 116, strana 25, stav 59). Prema tome, usko unutrašnje polje slobodne procjene koje se primjenjuje na slučajeve koji se tiču intimnog privatnog života ne može se, ostane li neizmijenjeno, primijeniti na ovaj slučaj. Obrazlažući svoj argument, u prilog širokog unutrašnjeg polja slobodne procjene, Država se takođe pozvala na činjenicu da je pitanje homoseksualaca u oružanim snagama predstavljalo predmet intenzivne debate tokom posljednjih godina u UK, ukazujući da osjetljivost i specijalni kontekst ovog pitanja zapravo znače da odluku prije svega treba da donesu nacionalne vlasti. Tačno je da stepen rizika za borbenu moć nije bio istovjetan tokom vremena, obzirom na to da su se tokom godina razvijali stavovi i mišljenja, pa samim tim, i domaće zakonodavstvo o pitanju homoseksualnosti. Ipak, obzirom na urođene rizike, pristup takvim pitanjima u kontekstu oružanih snaga mora biti oprezan. U toku je proces revizije i britanska vlada je nagovijestila da je opredijeljena za prihvatanje ishoda glasanja u Parlamentu pošto bude donijet sljedeći izvještaj Parlamentarnog komiteta 2001. godine.

71. Drugo, Država tvrdi da bi u ovom trenutku prihvatanje homoseksualaca u oružane snage imalo značajan i negativni efekat na moral vojske što bi, zauzvrat, negativno uticalo na borbenu moć i operativnu efikasnost oružanih snaga. Država smatra da komentari i zaključci iznijeti u izvještaju HPAT od februara 1996. godine (posebno u odjeljku F tog izvještaja) predočavaju jasne dokaze o tome koliki je rizik po borbenu moć i operativnu efikasnost. Država smatra da su pripadnici oružanih snaga (na čijim je mišljenjima i baziran izvještaj HPAT) oni koji mogu najstručnije da izvrše procjenu rizika i da stoga njihovim mišljenjima treba pridati veliku težinu. Dodatno, analiza koju je relativno nedavno sačinio HPAT, kao i analiza sačinjena pred domaćim sudovima (u slučaju R. protiv Ministarstva odbrane, ex parte Smith i drugi, 2 Weekly Law Reports 305) i Parlamentarni komitet navode na zaključak da postojeću politiku treba zadržati. Država smatra da u samoj srži presude koja treba da bude donijeta, kada je riječ o ovom pitanju, leži izbor između uspostavljanja kodeksa ponašanja, s jedne strane, i održavanja postojeće politike, s druge strane. Stav je UK, međutim, da takav kodeks u ovom trenutku ne bi bio dovoljan da otkloni sve rizike koji su identifikovani, zbog toga što šteti moralu i efikasnosti, ne nanosi ponašanje nekog lica, već svijest o tome da je ono homoseksualno nastrojeno ili sumnja da ono ima takvu orijentaciju. Čak i pod pretpostavkom da se stavovi na kojima je zasnovan izvještaj

HPAT bar djelimično zasnivaju na odsustvu tolerancije ili na uskogrudosti ili nedovoljnoj širini stavova, i dalje u stvarnosti postoji rizik za efikasnost. Tačno je da u mnogim evropskim oružanim snagama homoseksualci više nijesu isključeni, ali su u tim zemljama relevantne promjene donijete tek nedavno, tako da nije bilo dovoljno vremena da se iz stečenog iskustva izvuku bilo kakve sadržajnije po(d)uke. Kada je riječ o tvrdnjama podnosilaca predstavki da navodno nema dokaza da je prisustvo homoseksualaca u oružanim snagama ranije izazivalo probleme, Vlada smatra da iz činjenice da su sve osobe za koje je utvrđeno da su homoseksualno orijentisana otpuššana iz službe prije nego što je šteta mogla biti nanijeta slijedi da konkretni dokazi na osnovu kojih bi se utvrdili rizici identifikovani u izvještaju HPAT možda i ne mogu biti na raspolaganju. U svakom slučaju, Vlada je primijetila da bi predviđeni rizici proistekli iz opšteg ublažavanja politike, a ne iz modifikacije politike u nekom konkretnom slučaju.

72. Treće, kada je riječ o optužbi koju su iznijeli podnosioci predstavke da stavovi koje je u anketi HPAT izrazila jasna većina pripadnika oružanih snaga mogu biti označeni kao "homofobične predrasude", Vlada naglašava da ti stavovi predstavljaju izraz istinske brige onih ljudi koji imaju neposredna i detaljna saznanja o zahtjevima što ih postavlja život u vojsci. Mnogi među anketiranimima ispoljili su jasnu razliku u stavu prema homoseksualnosti u civilnom životu. Iz činjenice da su žene i pripadnici rasnih manjina prihvaćeni u vojsku, a homoseksualci nijesu, ne mogu se izvlačiti zaključci zbog toga što su muškarci i žene razdvojeni s obzirom na potencijalne probleme koji bi mogli iskrsnuti, dok takva vrsta aranžmana jednostavno nije mogućna u slučaju seksualne orijentacije na isti pol. Zabrinutost zbog homoseksualaca po tipu i intenzitetu bitno se razlikuje od problema koji bi mogli iskrsnuti u vezi sa ženama i predstavnicima rasnih manjina.

73. Onog trenutka kada se pojavila sumnja na homoseksualnost, sprovedena je istraga. Prema tvrđenju države, razmjere takve istrage zavise od okolnosti, ali istraga obično podrazumijeva saslušanje pojedinca i traganje za posrednim dokazima. Da je homoseksualnost bila negirana, istraga bi bila nužna, a čak i u slučaju da se homoseksualnost prizna, čine se pokušaji da se kroz razgovor i, u zavisnosti od okolnosti, druge vidove isljeđenja dođe do relevantnih dokaza. Cilj istrage je da se utvrdi homoseksualnost osobe za koju se sumnja da ima takvu orijentaciju, kako bi se otkrili oni koje treba administrativnim putem isključiti iz službe na osnovu lažnog predstavljanja. Za vrijeme ročišta Vlada je navela dva skorija primjera lažnih tvrdnji o homoseksualnosti u Kopnenim snagama i u Kraljevskom ratnom vazduhoplovstvu, kao i tri nedavna primjera takvog lažnog predstavljanja u Kraljevskoj ratnoj mornarici. Istraga je takođe bila neophodna obzirom na izvjesne bezbjednosne rizike (prije svega rizik od ucjenjivanja homoseksualnih pripadnika oružanih snaga), zatim u svjetlu većeg rizika od širenja virusa side u homoseksualnoj zajednici, kao i iz disciplinskih razloga (u nekim slučajevima homoseksualni akti podliježu disciplinskom postupku, recimo onda kada predstavljaju rezultat zloupotrebe ovlašćenja). Vlada smatra da su podnosioci predstavki u svakom slučaju slobodno izabrali da odgovaraju na pitanja koja su im bila postavljena. I jednome i drugome rečeno je da ne moraju da odgovaraju na ta pitanja i da mogu da koriste stručnu pravnu pomoć. U odgovoru Vlade najveći dio postavljenih pitanja opravdan je razlozima navedene istrage, ali država pritom nije pokušala da odbrani nivo detaljnog ispitivanja o preciznim seksualnim aktivnostima kojem je, u jednom trenutku, bio podvrgnut g. Beckett. Vlada je, međutim, tvrdila da ti neodbranjivi ali specifični aspekti pomenutog ispitivanja ne remete ravnotežu u korist zaključka o kršenju (Konvencije).

(b) Podnesci podnosilaca predstavki

74. Podnosioci predstavki su tvrdili da je miješanje u njihov privatni život, obzirom na cijenu o kojoj je riječ, prirodu i razmjere kršenja, bilo veoma ozbiljno i teško i da bi moglo eventualno biti opravdano samo izuzetno ozbiljnim razlozima (vidi gore navedenu presudu u slučaju Dudgeon, str. 21, st. 52). Slučaj u kome je došlo do miješanja predstavlja najdublju intimu privatnog života, a upravo je to objelodanjeno kao rezultat politike Ministarstva odbrane. Podnosioci

predstavki su takođe pokrenuli pitanje detaljnog ispitivanja koje je organizovala vojna policija i, posebno, pretjerano radoznalih pitanja koja su im postavljena za vrijeme razgovora, pored pretresa kasete g. Beckett-a i zaplijene njegovih ličnih razglednica i fotografija. Pozivajući se takođe na godine koje su proveli u službi, unaprijeđenja (ranija i neposredna) koja su imali, izvanredne profesionalne dosijee i činjenicu da nije bilo ničega što bi ukazivalo da je njihova homoseksualnost na bilo koji način negativno uticala na njihov rad ili život u vojsci, podnosioci predstavki su naglasili da su, uprkos svemu tome, lišeni karijere u kojoj su briljirali, samo iz razloga “nepodobnosti za službu u oružanim snagama”, usljed politike zabrane koja se vodi prema homoseksualcima u oružanim snagama. U tom kontekstu podnosioci predstavki su istakli da oružane snage nijesu prihvatile politiku zabrana ni u jednom drugom kontekstu. Nijesu je usvojile u slučaju ličnih odlika ili karakteristika kao što su pol, rasa ili boja kože. Zaista, Ministarstvo odbrane je aktivno promovisalo jednakost i tolerantnost u tim oblastima. Isto tako, politika zataškavanja i zabrana ne vodi se ni prema onima koji su bili umiješani u slučajeve krađe ili preljube ili onima koji su pod uticajem droga ili alkohola počinili neke opasne radnje. U takvim okolnostima pojedinac je mogao biti otpušten iz vojske ali tek pošto su pomno razmotrene sve okolnosti slučaja. Sem toga, u uporedivim službama u Velikoj Britaniji kao što su Trgovačka mornarica, Kraljevska pomoćna mornarička flotila, policija i vatrogasna služba ne vodi se takva politika protiv homoseksualaca; pritom je g. Beckett naglasio da on, otkako je otpušten iz vojne službe, uspješno radi kao policajac.

75. Podnosioci predstavki takođe tvrde da je osnovni argument na koji se Država poziva i koji se odnosi na rizik po moral pa, posljedično, i na borbenu spremnost i operativnu efikasnost nije održiv iz tri glavna razloga.

76. Prije svega, podnosioci predstavke smatraju da Država ne može, u skladu sa članom 8, da se poziva na uočene predrasude drugih pripadnika oružanih snaga, niti da se tim predrasudama koristi. Obzirom na odsustvo bilo kakve racionalne osnove za tezu da se pripadnici oružanih snaga ponašaju iole drugačije ukoliko znaju da je neki pojedinac homoseksualac, navodni rizik od negativnih reakcija drugih pripadnika vojske zasniva se na pukoj predrasudi. Iz razloga koje nalaže član 1 Konvencije oružane snage su dužne da obezbijede da ti pripadnici oružanih snaga shvate kako nije prihvatljivo da se ponašaju pozivajući se na čiste predrasude. Međutim, umjesto da preduzme korake da te predrasude otkloni, vojska kažnjava one koji su žrtve predrasuda. Podnosioci predstavki smatraju da logika argumenta koji Država iznosi podjednako važi i u kontekstu rasnih, vjerskih ili rodni predrasuda; Država ne može ozbiljno sugerisati da bi, na primjer, rasne predrasude pripadnika oružanih snaga bile dovoljno opravdanje za isključivanje obojenih iz tih snaga. Sem toga, pravo Konvencije koje propisuje da država ne može da se osloni na puke predrasude kako bi opravdala miješanje u privatni život (vidjeti, između ostalog, predstavku br. 25186/94, Satherland protiv Ujedinjenog Kraljevstva, izvještaj Komisije od 1. jula 1997. godine, koji još nije publikovan, stavovi 56, 57, 62, 63 i 65). Pored toga, podnosioci predstavki su naglasili da je Sud utvrdio (u slučaju Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs i Gubi protiv Austrije, presuda od 19. decembra 1994. godine, Series A br. 302, strana 17, stav 36. i stav 38) da se zahtijevi u pogledu “pluralizma, tolerancije i širokih pogleda” primijenjuju isto onoliko na pripadnike oružanih snaga koliko i na sva druga lica i da osnovna prava moraju biti zaštićena u vojsci jedne demokratske države isto onoliko koliko se štite u društvu kome ta vojska služi. Podnosioci predstavki tvrde da se način na koji je Sud u tom slučaju zaključivao podjednako može primijeniti i na ovaj slučaj - oružane snage jedne zemlje postoje da bi zaštitile slobode koje predstavljaju vrijednost u demokratskom društvu, pa prema tome oružanim snagama ne može biti dozvoljeno da same prekrše ta načela i da ih, na taj način, bitno podriju.

77. Drugo, podnosioci predstavki tvrdili su da takvih predrasuda ne bi bilo da nije bilo akcija Ministarstva odbrane u pogledu donošenja i primjene te politike. Država je prihvatila tezu da su podnosioci predstavki godinama radili efikasno i djelotvorno u oružanim snagama i da pritom nije nastao nikakav problem zbog njihove seksualne orijentacije. Briga Države odnosi se na prisustvo otvoreno homoseksualno deklariranih pripadnika u vojsci; privatni životi ove dvojice

podnosilaca predstavki bili su zaista privatni i takvi bi i ostali, da samo nije bilo te politike. Prema tome, nema razloga za vjerovanje da bi nastala bilo kakva teškoća da samo nije bilo politike koju je Vlada usvojila.

78. Treće, podnosioci predstavki su u pritužbi zahtijevali da se od Vlade zatraži da dokaže svoju zabrinutost u vezi sa opasnošću za vojnu disciplinu (vidjeti navedenu presudu u slučaju Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs i Gubi, strana 17, stav 38), ali ona nije predložila nikakav objektivan dokaz kojim bi podržala svoju tezu o opasnosti za moral i operativnu efikasnost. U tom smislu, podnosioci predstavke su tvrdili da je izvještaj HPAT neadekvatan i da je u stvari pogrešan. Tu procjenu nijesu izvršili nezavisni konsultanti. Osim toga, ta analiza je sprovedena na javno izraženom otporu komande oružanih snaga prema promjenama politike i obavljena je pošto je pripadnicima oružanih snaga već podijeljen jedan savjetodavni dokument kojim je sugerisano kako visoki oficiri u vojsci smatraju da je svrha izvještaja HPAT prikupljanje dokaza u prilog postojećoj politici prema homoseksualnosti. Zaista, većina pitanja u upitniku HPAT sadržala je neprijateljski stav prema homoseksualnosti ili su u njima pak bili sugerisani negativni odgovori. Pored toga, u izvještaju nije bilo nikakvih konkretnih dokaza specifičnih problema koji bi bili izazvani prisustvom homoseksualno nastrojenih pripadnika u Armiji UK ili u inostranstvu. Sem toga, taj izvještaj je baziran na statistički beznačajnoj stopi povraćaja odgovora, a ispitanicima nije bila garantovana anonimnost.

79. Kada je riječ o tome da je HPAT odbacio iskustvo drugih zemalja koje ne zabranjuju angažovanje homoseksualaca u svojim oružanim snagama, podnosioci predstavki smatraju da tvrdnja iznijeta u izvještaju da je ljudstvo oružanih snaga u drugim zemljama tolerantnije prema homoseksualizmu jednostavno nije potkrijepljena dokazima. U svakom slučaju, čak i ukoliko te druge zemlje imaju pisane ustave pa, shodno tome, i dužu tradiciju poštovanja ljudskih prava, od Vlade se zahtijeva da poštuje sve obaveze koje proističu iz Konvencije. Bilo da u drugim zemljama ima otvoreno homoseksualnih vojnika koji služe u oružanim snagama ili da tih vojnika nema, činjenica je da seksualna orijentacija predstavlja dio privatnog života svakog pojedinca i da se iz činjenice da su homoseksualci koji služe u stranim vojskama možda odabrali da svoju seksualnost zadrže u sferi privatnog, ne mogu se izvlačiti zaključci, jer su oni na to imali pravo. Podnosioci predstavki takođe ukazuju na izvjestan broj pripadnika oružanih snaga Velike Britanije koji su radili i trenutno rade zajedno sa vojnicima - homoseksualcima u oružanim snagama drugih zemalja - članica NATO bez ikakvih očiglednih problema. U vezi s tvrdnjom da su istrage neophodne da bi se izbjeglo lažno izražavanje homoseksualne orijentacije među onima koji žele (to da iskoriste kao izgovor) da napušte oružane snage, podnosioci predstavki su ukazali na odsustvo dokaza u vladinom podnesku o tim lažnim deklarisanjima, kao i na činjenicu da su njih dvojica očigledno željeli da ostanu u vojsci. Pored toga, oni su izjavili da su se osjetili dužnima da odgovore na pitanja koja su im postavljena prilikom saslušanja jer bi inače, što je Vlada i prihvatila, njihovi privatni životi i sfera intimnosti bili podvrgnuti široj i još manje diskretnoj istrazi negdje drugdje. Kada je riječ o pozivanju Države na presudu Suda u slučaju Kalaç, podnosioci predstavki su ukazali na to da se taj slučaj odnosio na sankcionisanje javnog ponašanja, a ne na privatne karakteristike pojedinca.

(c) Procjena Suda

(i) Primjenjiva opšta načela

80. Miješanje će biti smatrano “neophodnim u demokratskom društvu” radi legitimnog cilja ukoliko odgovara snažnoj društvenoj potrebi i ukoliko je, prije svega, srazmjerno legitimnom cilju kome se teži (vidjeti gore, navedena presuda u slučaju Noriss, strana 18, stav broj 41.). Obzirom na pitanja o kojima je riječ u ovom slučaju, Sud bi želio da naglasi vezu između pojma “neophodnost” i pojma “demokratsko društvo”, čije glavne odlike predstavljaju pluralizam, tolerancija i širokogru-

dost (vidi navedenu presudu u slučaju Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs i Gubi, strana 17, stav 36. i navedenu presudu u slučaju Dudgeon, strana 21, stav 53.).

81. Sud priznaje da su nacionalne vlasti te koje treba da daju izvornu procjenu neophodnosti, mada sam Sud donosi konačnu procjenu o tome da li su razlozi koji su navedeni kao obrazloženje i opravdanje miješanja relevantni i dovoljni. Države - ugovornice imaju na raspolaganju unutrašnje polje slobodne procjene u ovom kontekstu, i to se razlikuje u zavisnosti od prirode aktivnosti koje su ograničene i od ciljeva kojima se teži pomoću tih ograničenja (vidjeti navedenu presudu u slučaju Dudgeon, strane 21. i 23, stav 52. i stav 59.).

82. Prema tome, kada se relevantna ograničenja tiču "najintimnijeg dijela privatnog života pojedinca moraju postojati "izuzetno ozbiljni razlozi" da bi takvo miješanje zadovoljilo uslove postavljene u članu 8., stav 2., Konvencije (vidjeti navedenu presudu u slučaju Dudgeon, strana 21, stav 52.). Kada je suštinski cilj nacionalne bezbjednosti kome se teži operativna efikasnost oružanih snaga, prihvaćeno je da je svaka država - ugovornica kompetentna da organizuje sopstveni sistem vojne discipline i ona u tom smislu uživa određeno unutrašnje polje slobodne procjene (vidjeti navedenu presudu u slučaju Engel i drugi, strana 25, stav 59.). Sud takođe smatra da država - ugovornica ima pravo da uvodi ograničenja pravu svakog pojedinca na poštovanje njegovog privatnog života ukoliko postoji stvarna opasnost za operativnu efikasnost oružanih snaga, budući da je valjano funkcionisanje jedne vojske nemoguće zamisliti bez određenih zakonskih pravila čiji je cilj da se spriječi da pripadnici oružanih snaga podriju to funkcionisanje. Međutim, nacionalne vlasti se ne mogu oslanjati na ta pravila da bi onemogućili pojedince - pripadnike oružanih snaga da ostvare svoje pravo na poštovanje privatnog života, jer to pravo uživaju pripadnici oružanih snaga isto onoliko i onako kako ga uživaju i svi koji potpadaju u nadležnost države - ugovornice. Sem toga, tvrdnje da postoji rizik po operativnu efikasnost moraju biti "potkrijepljene konkretnim primjerima" (vidjeti mutatis mutandis, Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs i Gubi, strana 17, stavovi 36. i 38., kao i navedenu presudu u slučaju Grigoriades, strane 2589-90, stav 45.).

(ii) Primjena činjenica karakterističnih za ovaj slučaj

83. Opšte je poznato da je isključivi razlog za istragu koja je provedena i za kasnije otpuštanje podnosilaca predstavki iz službe bila njihova seksualna orijentacija. Budući da ta orijentacija predstavlja najintimniji aspekt privatnog života pojedinca, kao opravdanje je trebalo iznijeti izuzetno ozbiljne razloge (vidjeti gore stav broj 82.). U slučaju ove dvojice podnosilaca predstavki, Sud smatra da je miješanje bilo izuzetno teško i ozbiljno iz sljedećih razloga.

84. Prije svega, metod istrage (vidjeti gore stav broj 42. u kome su navedene Smjernice i stav broj 73. gdje su navedeni podnesci Države) bio je izuzetno napadan. Anonimno pismo koje je dobio pretpostavljeni oficir g. Lustig-Preansa i ono što je g. Beckett povjerio kapelanu svoje jedinice predstavljalo je motiv za istragu u vezi s njihovom seksualnom orijentacijom, što je stvar koju je, sve do sada, svaki od ove dvojice podnosilaca predstavki u potpunosti držao u sferi privatnog. Istragu je vodila vojna policija čiji se metodi isljeđivanja, ako je suditi po mišljenju HPAT, baziraju na krivičnom postupku i čije prisustvo sam HPAT opisuje kao stvar koja pobuđuje pojačanu pažnju i veliko nezadovoljstvo među pripadnicima oružanih snaga (vidjeti gore stav broj 42.). Iz stenograma s tih saslušanja jasno je da je istraga već bila započeta prije nego što su razgovori vođeni. Sa svakim podnosiocem predstavke vođena su dva razgovora na temu njihove homoseksualnosti i obojici su postavljena detaljna pitanja intimne prirode o konkretnim seksualnim iskustvima i sklonostima koje imaju. Izvjesni tokovi ispitivanja obojice podnosilaca predstavki bili su, po mišljenju Suda posebno uvrijedljivi i nametljivi, a sama Vlada je, konačno, prihvatila da ne može da odbrani nivo detaljnog ispitivanja o preciznim seksualnim aktivnostima kojem je, u jednom trenutku, bio podvrgnut g. Beckett. Izvršen je i pretres kasete g. Beckett-a, zaplijenjene su njegove lične fotografije i razglednice i kasnije je ispitivan o sadržaju tih slučajeva.

Poslije saslušanja vojna policija je pripremila izvještaj za mornaričku komandu o homoseksualnosti svakog od ove dvojice podnosilaca predstavki i pitanjima u vezi s tim.

85. Drugo, kao što je opisao predsjednik Građanskog odjeljenja Apelacionog suda, ser Thomas Bingham, otpuštanje iz službe ove dvojice podnosilaca predstavki imalo je suštinski značajan efekat na njihove karijere i izgleda za njihov budući profesionalni razvoj. Prije događaja o kome je ovdje riječ, obojica podnosilaca predstavki imala su relativno uspješne karijere u vojnoj službi, u oblasti svoje profesije. G. Lustig-Prean služio je više od 12 godina u ratnoj mornarici i godinu dana prije nego što je otpušten iz službe unaprijeđen je u čin poručnika bojnog broda prve klase. Prije nego što je otpušten iz službe i pošto je otpušten iz službe dobio je veoma pozitivnu ocjenu za svoj rad. Gospodin Beckett je potpisao ugovor na 22 godine rada u vojsci. U mornarici je služio više od četiri godine i u trenutku kada je otpušten iz službe, u julu 1993. godine, bio je samostalni mornarički mehaničar - oružar. I njegove ocjene, prije i poslije otpuštanja iz službe, bile su veoma pozitivne. Vlada se u svojim podnescima saglasila da ni u profesionalnom, ni u opštem ponašanju ove dvojice podnosilaca predstavki nije bilo nikakvih osnova za pritužbe, a Visoki sud je njihove profesionalne dosije opisao kao "primjerene". U tom smislu, Sud uočava jedinstvenu prirodu oružanih snaga (što je Vlada i istakla u svom izlaganju pred Sudom) i, shodno tome, teškoće koje dolaze do ziražaja kada treba prebaciti u civilni život kvalifikacije i iskustvo koji su u suštini vojnički. S tim u vezi, Sud podsjeća da je jedan od razloga zbog kojih je Sud zaključio da je otpuštanje gospođe Vogt sa posla nastavnika u školi bilo "veoma ozbiljna mjera" pošto je utvrđeno da će školski nastavnik koji se nađe u njenoj situaciji "gotovo sigurno biti lišen mogućnosti da se bavi jedinom profesijom kojom želi da se bavi, za koju je obučen i za koju je stekao odgovarajuću vještinu i iskustvo" (navedena presuda u slučaju Vogt, strana 29, stav 60.).

86. Treće, apsolutni i opšti karakter politike koja je dovela do miješanja o kome je riječ veoma je upečatljiv i izrazit (vidjeti navedenu presudu u slučaju Dudgeon, strana 24, stav 61., kao i navedenu presudu u slučaju Vogt, strana 28, stav 59.). Ta politika ima za posljedicu neposredno otpuštanje iz oružanih snaga onog trenutka kada se utvrdi da pojedinac ima homoseksualnu orijentaciju, bez obzira na njegovo ponašanje i na profesionalni dosije. Kada je riječ o pozivanju države na presudu u slučaju Kalač, Sud smatra da treba napraviti razliku između penzionisanja g. Kalač po sili zakona i administrativnog otpuštanja iz službe ove dvojice podnosilaca predstavki, pošto je g. Kalač otpušten iz službe zbog svog ponašanja, dok su ovi podnosioci predstavki bili otpušteni iz službe zbog svojih urođenih ličnih karakteristika.

87. Shodno tome, Sud mora da utvrdi da li, uzimajući u obzir unutrašnje polje slobodne procjene postoje posebno ubjedljivi i sadržajni razlozi koji bi mogli predstavljati opravdanje za miješanje u pravo podnosilaca predstavki na poštovanje privatnog života.

88. Osnovni argument Vlade iznijet u prilog politike koju ona vodi sastoji se u tvrdnji da bi prisustvo otvorenih homoseksualaca ili onih za koje se sumnja da su homoseksualci u oružanim snagama moglo imati suštinski negativan efekat na moral, i, shodno tome, na borbenu gotovost i operativnu efikasnost oružanih snaga. Vlada se u tom pogledu oslanja na izvještaj HPAT i to, posebno, na odjeljak F tog Izvještaja. Mada Sud priznaje složenost studije koju je sačinio HPAT, on ipak gaji izvjesne sumnje u to kolika je vrijednost tog izvještaja u navedene svrhe. Nezavisnost procjena sadržanih u tom izvještaju dovedena je u pitanje zbog toga što su izvještaji sačinili državni činovnici u Ministarstvu odbrane i pripadnici oružanih snaga (vidjeti gore stav broj 44.) i zbog činjenice da je određeno stanovište prema politici o kojoj je riječ posebno naglašeno u pismu koje je Ministarstvo odbrane, avgusta 1995. godine, uputilo komandnim kadrovima u oružanim snagama (vidjeti gore stav broj 26.). Pored toga, kako god da se taj izvještaj čita i koji god da su metodi u njemu korišćeni (vidjeti gore stav 45.), u anketi na kojoj se taj izvještaj bazira učestvovao je veoma mali procenat pripadnika oružanih snaga. Štaviše, mnogi metodi procjene (uključujući tu konsultacije sa ljudima iz Ministarstva odbrane koji kreiraju politiku, razgovore u četiri oka i diskusije u okviru fokus grupa, nijesu

bili anonimni. Takođe je očigledno da su mnoga pitanja u anketi o stavovima bila formulisana tako da su bili sugerisani odgovori, kao prilog datoj politici.

89. Čak i ako se prihvati da mišljenja o ovoj temi koja su bila izražena u izvještaju HPAT mogu biti smatrana reprezentativnima, Sud nalazi da problemi koji su u tom izvještaju identifikovani kao opasnost za borbenu spremnost i operativnu efikasnost oružanih snaga bazirani isključivo na negativnim stavovima heteroseksualnih pripadnika oružanih snaga prema pripadnicima oružanih snaga homoseksualne orijentacije. Sud, s tim u vezi, primjećuje da politika Ministarstva odbrane ne sadrži nikakav moralni stav prema homoseksualnosti, što je i potvrđeno u pisanoj, ovjerenj i pod zakletvom datoj izjavi zamjenika načelnika Generalštaba u postupku Perkins (vidjeti gore stav broj 43.). Država je takođe saglasna da njenom politikom ni u kom slučaju nijesu dovedeni u pitanje ni dosijeji ni ponašanje podnosilaca predstavlki, kao ni fizička spremnost, hrabrost, pouzdanost i vještina homoseksualaca, generalno gledano.

90. Pitanje koje se postavlja pred ovim sudom jeste da li svi navedeni negativni stavovi predstavljaju dovoljno opravdanje za miješanje (u privatni život) u ovom slučaju. Sud na osnovu izvještaja HPAT uočava da ti stavovi, čak i ukoliko ih sasvim iskreno zastupaju oni koji su ih izrekli, idu u širokom opsegu od stereotipnog izražavanja neprijateljstva prema ljudima homoseksualne orijentacije do maglovitih i ne sasvim jasnih izraza nelagodnosti zbog prisustva kolega homoseksualaca. U mjeri u kojoj predstavljaju predrasude heteroseksualne većine prema homoseksualnoj manjini, ti negativni stavovi ne mogu, sami po sebi, biti po mišljenju Suda smatrani dovoljnim opravdanjem za miješanje u navedena prava podnosilaca predstavlke, nešto više nego što bi to mogli da budu slični negativni stavovi prema ljudima druge rase, porijekla ili boje kože.

91. Vlada je posebno naglasila da mišljenja koja su izražena u izvještaju HPAT pokazuju da bi svaka promjena politike nanijela suštinsku štetu moralu i operativnoj efikasnosti. Podnosioci predstavlke smatraju da su te tvrdnje neosnovane.

92. Sud uočava da nijesu predočeni konkretni dokazi kojima bi bila potkrijepljena tvrdnja o navodnoj šteti za moral i borbenu moć koju bi izazvala ma kakva promjena politike. Sudija Apelacionog suda Thorpe zaključio je da nema stvarnih ili značajnih dokaza takve štete koja navodno nastaje usljed prisustva homoseksualaca u oružanim snagama (vidjeti gore stav broj 33.), a Sud sem toga smatra i da posljednja procjena HPAT nije, kakva god da je inače njena vrijednost, pružila dokaze takve štete u slučaju promjene politike. Obzirom na broj homoseksualaca otpuštenih iz službe između 1991. i 1996. godine (vidjeti gore stav broj 60.), broj homoseksualaca u oružanim snagama u razmatranom vremenskom periodu ne može biti ocijenjen kao beznačajan. Čak i ako se odsustvo takvih dokaza može objasniti dosljednom primjenom politike, kako to u svome podnesku čini Vlada, to nije dovoljno da, u mjeri u kojoj bi to uvjerilo Sud, pokaže da bi, kada takve politike ne bi bilo, sa sigurnošću mogli da se očekuju problemi u pogledu operativne efikasnosti i to problemi navedene prirode i navedenog nivoa (vidjeti navedenu presudu u slučaju Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs i Gubi, strana 17, stav 38.).

93. Međutim, u svijetlu jačine osjećanja izraženih u nekim djelovima HPAT i u kontekstu specifične, međuzavisne i tijesno povezane prirode okruženja koje postoji u oružanim snagama, Sud nalazi da se može osnovano pretpostaviti kako bi se moglo očekivati izvjesne teškoće ukoliko bi došlo do bilo kakve promjene onoga što danas već predstavlja dugogodišnju politiku. Zaista se pokazuje da je prisustvo žena i pripadnika rasnih manjina u oružanim snagama dovelo do teškoća u odnosima i da su te teškoće bile upravo one vrste za koju Država sugerije da bi ih donio prijem homoseksualaca u vojsku (vidjeti gore stavovi 56. i 57.).

94. Podnosioci predstavlki su naveli da bi strogi kodeks ponašanja koji bi se primijenjivao na sve pripadnike oružanih snaga mogao riješiti bilo kakve potencijalne teškoće koje bi bile izazvane negativnim stavovima heteroseksualaca. Država, mada ne odbacuje glatko mogućnost te promjene, naglašava da je potreban oprez, obzirom na prirodu teme o kojoj je riječ i na kontekst oružanih snaga u kome se ta politika sprovodi, ističući pritom da je to jedna od opcija koje će razmotriti sljedeći Parlamentarni komitet 2001. godine.

95. Sud nalazi da je važno prije svega istaći pristup koji su oružane snage već primijenile kada je riječ o rješavanju problema rasne diskriminacije i zlostavljanja i šikaniranja na rasnoj i seksualnoj osnovi (vidjeti gore stavovi 56. i 57.). Direktiva iz januara 1996. godine, na primjer, uvela je i strogi kodeks ponašanja koji važi za svakog vojnika i disciplinska pravila za kažnjavanje bilo kakvog neadekvatnog ponašanja ili postupka. Ovaj paralelni pristup dopunjen je i informativnim brošurama i programima obuke, u kojima vojska naglašava koliko je važna potreba za visokim standardima ličnog ponašanja i za poštovanjem drugih osoba. Država je, uprkos svemu tome, naglasila da probleme u vezi s (borbenim) moralom ne bi izazvalo ponašanje, već “svijest o nečijoj homoseksualnosti ili sumnja na nečiju homoseksualnost”, tako da kodeks ponašanja ne bi mogao da riješi pretpostavljene teškoće. Međutim, isto onako kao što negativni stavovi prema homoseksualnosti sami po sebi nijesu dovoljni da opravdaju takvu politiku (vidjeti gore stav broj 90) oni su nedovoljni i za opravdanje odbijanja predložene alternative. U svakom slučaju, Vlada je sama, na ročištu, priznala da u samoj suštini presude koju treba donijeti u ovom slučaju leži izbor između kodeksa ponašanja i održavanja postojeće politike. To je konzistentno i sa direktnim oslanjanjem Vlade na odjeljak F izvještaja HPAT, u kome se anticipirani problemi za koje se smatra da predstavljaju rizik za moral gotovo isključivo svode na probleme u vezi sa ponašanjem i postupcima (vidjeti gore stavove broj 46. i broj 47.). Država smatra da homoseksualnost izaziva probleme određene vrste i intenziteta koje nijesu izazivali rasa i rod. Međutim, čak i ako bi se moglo pretpostaviti da bi integrisanje homoseksualaca izazvalo probleme koji nijesu iskrslili kada se pristupilo integrisanju žena i pripadnika rasnih manjina, Sud nije uvjeren da kodeksi i pravila za koja je utvrđeno da su bili efikasni u tom prethodnom slučaju ne bi i ovdje bili efikasni. “Izražena nezainteresovanost” velikog broja pripadnika britanskih oružanih snaga koji služe u inostranstvu zajedno sa savezničkim i snagama u kojima ima homoseksualaca - što je pojava na koju ukazuje HPAT - samo potvrđuje da pretpostavljeni problemi koji bi mogli da iskrсну prilikom integracije nijesu neotklonjivi (vidjeti gore stav broj 52.).

96. Država je posebno ukazala na probleme koji bi mogli iskrsnuti u vezi sa zajedničkim smještajem u oružanim snagama. Na ročištu su predloženi detaljni podnesci o tome i stranke se nijesu složile u pogledu potencijalnih posljedica zajedničkog smještaja pripadnika istog pola u spavaonicama, niti u pogledu korišćenja zajedničkih prostorija. Sud primijećuje da je sam HPAT zaključio kako odvojeni smještaj za homoseksualce ne bi bio ni poželjan ni mudar i kako, samim tim, to ne bi dovelo ni do kakvih većih troškova. Ipak, Sud ostaje pri stanovištu da nije dokazano da kodeksi ponašanja i disciplinska pravila koja su ovdje već pomenuta ne bi adekvatno riješavali sva pitanja koja bi eventualno mogla da iskrсну u vezi sa ponašanjem kako homoseksualaca, tako i heteroseksualaca.

97. Vlada je, pozivajući se na relevantnu analizu u izvještaju HPAT, tvrdila i da se iz relativno skorih zakonskih promjena u onim stranim oružanim snagama koje sada prihvataju homoseksualce u svoj sastav ne mogu izvući nikakve pažnje vrijedne po(d)uke. Sud se s tim ne slaže. On ukazuje na dokaze predložene pred domaćim sudovima o tome da evropske zemlje koje i dalje imaju na snazi opštu i totalnu zabranu homoseksualaca u svojim oružanim snagama sada čine sasvim malu manjinu. Sud smatra da, uprkos tome što su relativno nedavno sprovedene, ne može prenebrijegnuti široko rasprostranjene i stalno evoluirajuće stavove i zakonske promjene u domaćem zakonodavstvu država - ugovornica o ovom pitanju (vidjeti navedenu presudu u slučaju *Dudgeon*, strane 23. i 24, stav 60.).

98. Prema tome, Sud zaključuje da Država nije ponudila nikakve uvjerljive niti sadržajne razloge kojima bi opravdala politiku protiv homoseksualaca u oružanim snagama i otpuštanje iz službe podnosilaca predavki koje je uslijedilo kao rezultat te politike.

99. Mada je otpuštanje iz službe dvojice podnosilaca predavki predstavljalo direktnu posljedicu njihove homoseksualnosti, Sud smatra da je za opravdanje istrage povedene u vezi s homoseksualnom orijentacijom podnosilaca predavki potrebno odvojeno razmatranje, budući da je ta istraga provedena pošto su podnosioci predavki blagovremeno i jasno priznali svoju homoseksualnost.

100. Država smatra da su te istrage, uključujući i razgovore - saslušanja i pretrase, bile neophodne kako bi se otkrilo lažno pozivanje na homoseksualnost onih koji pokušavaju da izdejavuju otpuštanje iz oružanih snaga. Država je navela pet primjera pojedinaca u oružanim snagama koji su relativno nedavno pribjegli takvom lažnom predstavljanju. Međutim, budući da je po mišljenju Suda bilo jasno i jeste jasno da su, u tom trenutku, i g. Lustig-Prean i g. Beckett željeli da ostanu u ratnoj mornarici, Sud ne nalazi da opasnost od lažnog predstavljanja homoseksualnosti može poslužiti kao bilo kakav vid opravdanja za dalje ispitivanje, u slučaju ove dvojice podnosilaca predstavke.

101. Vlada takođe tvrdi da su medicinski, bezbjednosni i disciplinski strahovi, predstavljene u izvještaju HPAT, opravdanje za izvjesnu vrstu pitanja koja su bila postavljena podnosiocima predstavki. Sud, međutim, primijećuje da u izvještaju HPAT nije utvrđeno da bezbjednosna pitanja koja se odnose na ljude za koje se sumnja da su homoseksualci ne mogu poslužiti, ako se pribjegne detaljnoj analizi, kao osnov za održavanje takve politike. Stoga Sud nije uvjeren da opasnost od ucjene, kao glavni bezbjednosni osnov na koji se država poziva, može poslužiti kao opravdanje za to što je ispitivanje ove dvojice podnosilaca predstavki nastavljeno. Slično tome, Sud ne nalazi da medicinski rizici (koji su, u svakom slučaju, u znatnoj mjeri odbačeni u izvještaju HPAT kao osnov za održavanje politike) opravdavaju obim ispitivanja ove dvojice podnosilaca predstavki. Sem toga, ni u jednom, ni u drugom slučaju nije postojalo nikakvo pitanje disciplinske prirode.

102. Pozivajući se na upozorenja koja su podnosiocima predstavki izrečena prilikom početka saslušanja, Vlada je dalje tvrdila da oni nijesu morali da učestvuju u razgovorima. Sem toga, od g. Beckett-a zatražen je pristanak na pretres njegove kasete. Sud međutim smatra da podnosioci predstavki nijesu imali nikakvu drugu realnu mogućnost izbora, do da sarađuju. Jasno je da saslušanja predstavljaju standardni i važan dio procesa istrage čiji je cilj bio da se "uz visok standard dokaza" utvrdi seksualna orijentacija podnosilaca predstavki (vidi Smjernice navedene u stavu 42. i podneske koje je uputila Država u stavu 73.). Da podnosioci predstavki nijesu učestvovali u procesu saslušanja i da g. Beckett nije pristao na pretres svoje kasete, Sud je uvjeren da bi vlasti nastavile da utvrđuju osnovanost sumnji o homoseksualnosti ove dvojice podnosilaca, samo bi to činile drugim sredstvima koja bi, po svoj prilici, bila još manje diskretna. U suštini, to je nekoliko puta jasno rečeno g. Lustig - Prean za vrijeme njegovog saslušanja; on je potvrdio da je želio da stvar što je moguće više sačuva u diskreciji.

103. U takvim okolnostima Sud smatra da Država nije ponudila ubjedljive ni sadržajne razloge kojima bi opravdala dalju istragu seksualne orijentacije podnosilaca predstavki poslije trenutka u kome su oni potvrdili svoju homoseksualnost mornaričkim vlastima.

104. Ukratko rečeno, Sud nalazi da ni istraga koja je vođena u vezi sa seksualnom orijentacijom podnosilaca predstavki, ni njihovo otpuštanje iz službe po osnovu homoseksualnosti u skladu sa politikom Ministarstva odbrane nijesu bili opravdani na osnovu člana 8., stav 2., Konvencije.

105. Prema tome, prekršen je član 8. Konvencije.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 14. KONVENCIJE U VEZI SA ČLANOM 8.

106. Podnosioci predstavki pozvali su takođe na član 14. Konvencije u vezi sa članom 8., u kontekstu politike Ministarstva odbrane koja je protiv njih primijenjena. Član 14. Konvencije glasi:

"Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji obezbijediće se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost".

107. Država je tvrdila da se ovdje ne sitiče nikakvo zasebno pitanje po osnovu člana 14. Konvencije, a podnosioci predstavki su se u svojim pismenima pozvali na kontekst člana 8.

108. Sud smatra da se, u okolnostima ovog slučaja, pritužba podnosilaca predstavke da je protiv njih izvršena diskriminacija po osnovu njihove seksualne orijentacije zbog postojanja i

primjene politike Ministarstva odbrane u suštini svodi na istu pritužbu, samo sagledano iz drugačijeg ugla, te da je Sud već razmotrio sve ovo u vezi sa članom 8. Konvencije (vidi navedenu presudu u slučaju Dadgeon, stranice 25. i 26., stavovi od 64. do 70.).

109. Prema tome, Sud smatra da pritužbe koje su podnosioci predstavki iznijeli po osnovu člana 14. u vezi sa članom 8. ne pružaju osnov za zasebno pitanje.

III. PRIMJENA ČLANA 41. KONVENCIJE

110. Član 41. Konvencije propisuje:

“Kad Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili Protokola uz nju, a unutrašnje pravo visoke strane ugovornice (koja je) u pitanju omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci”.

111. Podnosioci predstavki su podnijeli detaljne zahtjeve za zadovoljenje na ime materijalne i nematerijalne štete i za nadoknadu troškova koje su imali. Međutim, da bi mogli da kompletiraju te predloge, zahtijevali su da im Država pruži dodatne informacije.

112. Država je tvrdila na ročištu da bi dovoljno pravično zadovoljenje bilo i samo utvrđivanje kršenja, odnosno, u alternativnom slučaju, da su zahtjevi podnosilaca predstavki pretjerani. Država je takođe zatražila da joj se odobri još vremena kako bi mogla detaljno da odgovori na konačne predloge podnosilaca predstavki.

113. Sud je već pristao da odobri dodatno vrijeme strankama kako bi mogle da podnesu svoje konačne predloge za pravično zadovoljenje. Prema tome, Sud smatra da pitanje pokrenuto po osnovu člana 41. još nije sazrilo za odlučivanje. Stoga je neophodno da se to odloži i da se utvrdi dalji postupak, s tim što treba voditi računa o mogućnosti postizanja sporazuma među strankama (pravilo 75 stav 4 Poslovnika Suda).

IZ OVIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. Zaključuje da je prekršen član 8. Konvencije;
2. Zaključuje da ne iskrsava nikakvo zasebno pitanje po osnovu člana 14. Konvencije u vezi sa članom 8.;
3. Zaključuje da pitanje primjene člana 41 Konvencije još nije zrelo za odlučivanje;

Stoga,

- (a) zasad odlaže navedeno pitanje;
- (b) poziva stranke da obavijeste Sud o svakom eventualnom sporazumu koji postignu;
- (c) zasad odlaže dalji postupak i povjerava predsjedniku da se, ako to bude potrebno, pozabavi tim pitanjem.

Sačinjeno na engleskom i francuskom i pročitano na javnoj sjednici u zgradi Suda u Strasbourg-u dana 27. septembra 1999. godine.

S. DOLLÉ
Sekretar

J.-P. Kosta
Predsjednik

U skladu sa članom 45. stav 2. Konvencije i pravilom 74. stav 2 Poslovnika Suda ovoj presudi je priloženo i izdvojeno, djelimično saglasno, djelimično nesaglasno mišljenje g. Lukaidesa.

J.-P.C.
S.D.

Saglasan sam sa većinom u svim tačkama, sem u onoj koja se odnosi na zaključak da je prekršen član 8. Konvencije time što su podnosioci predstavke otpušteni iz oružanih snaga po osnovu svoje homoseksualnosti.

U tom pogledu, za mene je bio ubjedljiv argument Vlade da bi zajednički smještaj u oružanim snagama mogao proizvesti posebne probleme. Podnosioci predstavki bi morali da dijele spavaonicu i prostorije (tuševе, toalete itd.) namijenjene pripadnicima istog pola sa svojim heteroseksualnim kolegama. Po mom mišljenju, problemi o kojim je ovdje riječ u suštini su analogni onim problemima koji bi iskrslili ukoliko bi muškarci i žene, pripadnici oružanih snaga, dijelili zajedničku spavaonicu. Ono zbog čega je nužno da muškarci ne dijele spavaonicu i sanitarne prostorije sa ženama jeste razlika u njihovoj seksualnoj orijentaciji. Upravo ta razlika između homoseksualaca i heteroseksualaca jeste ono što stavove Države čini ubjedljivim.

Smatram da je odgovor koji je većina dala u vezi s ovim aspektom slučaja nezadovoljavajući. Sud je primijetio (u stavu 96. presude) da HPAT smatra kako "odvojeni smještaj za homoseksualce ne bi bio ni potreban ni mudar" i Sud je utvrdio da, u svakom slučaju, "nije pokazano da se kodeksima ponašanja i disciplinskim pravilima ne bi mogla adekvatno riješiti pitanja ponašanja bilo homoseksualaca, bilo heteroseksualaca". Činjenica da odvojeni smještaj "nije ni potreban ni mudar" ne opravdava zajednički smještaj ukoliko je taj smještaj stvarno problematičan. S druge strane "kodeksi ponašanja i disciplinska pravila" ne mogu promijeniti seksualnu orijentaciju ljudi i sve relevantne probleme koji - u svrhu razmatranja ovog pitanja - u analognom slučaju, kada je riječ o ženama, apsolutno nalažu da one budu smještene odvojeno od vojnika - muškaraca. Obavezni zajednički život grupa ljudi različite seksualne orijentacije jeste ono što stvara problem. Ovdje bih dodao, ukoliko bi homoseksualci imali pravo da budu pripadnici oružanih snaga, njihova seksualna orijentacija bila objelodanjena bilo tako što bi sami o njoj govorili, bilo tako što bi se na neki drugi način manifestovala.

Cilj nedopuštanja homoseksualcima da budu primljeni u oružane snage bilo je da se obezbijedi operativna efikasnost oružanih snaga i utoliko je miješanje koje je iz toga proisteklo bilo izvršeno u legitimnu svrhu "interesa nacionalne bezbjednosti" i "spriječavanja nereda". Sud je to prihvatio. Moje neslaganje s većinom odnosi se na pitanje da li se u ovom slučaju miješanje može smatrati "neophodnim u demokratskom društvu". Većina je naglasila da onda kada se relevantna ograničenja nekog prava zajamčenog Konvencijom odnose na najintimniji dio privatnog života pojedinca moraju postojati izuzetno ozbiljni razlozi da bi to miješanje moglo ispuniti zahtjeve postavljene članom 8. Konvencije. Ja se, međutim, slažem sa Državom da se usko unutrašnje polje slobodne procjene koje se primjenjuje na slučajeve koji se tiču intimnih pitanja iz privatnog života proširuje u slučajevima kao što je ovaj, gdje se legitimna svrha relevantnog ograničenja odnosi na operativnu efikasnost oružanih snaga, pa samim tim, na interese nacionalne bezbjednosti. Mislim da je logična konotacija ovog načela da prilikom procjene akutnih društvenih potreba u slučajevima miješanja u pravo na poštovanje privatnog života pojedinca sa stanovišta zaštite nacionalne bezbjednosti, Država ima široko unutrašnje polje slobodne procjene (vidijeti presudu u slučaju Leander protiv Švedske od 26. marta 1987. godine, Series A, br. 116, strana 25, stav 59.).

Takođe se mora voditi računa o principu da ograničenja koja se ne mogu nametati civilima mogu biti uvedena za izvjesna prava i slobode pripadnika oružanih snaga (vidjeti presudu u slučaju Kalaç protiv Turske od 1. jula 1997. godine, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, strana 1209, stav 28.).

Vjerujem da Sud ne treba da interveniše samo zbog toga što postoji nesaglasnost s neophodnošću mjera koje je preduzela Država. Inače bi kompletan pojam unutrašnjeg polja slobodne procjene bio besmislen. Sud može zamijeniti svojim stanovištem stanovište nacio-

nalnih vlasti samo onda kada je mjera sasvim očigledno nesrazmerna svrsi kojoj se teži. Dodao bih da što se državi dozvoli šire unutrašnje polje slobodne procjene, to uži treba da bude opseg miješanja Suda.

Ne smatram da činjenice vezane za ovaj slučaj opravdavaju miješanje Suda. Kao što sam već rekao, seksualna orijentacija homoseksualaca zaista stvara probleme na koje je Država ukazala i koji iskrsavaju zbog zajedničkog smještaja sa heteroseksualcima. Nema ničeg sasvim očigledno nesrazmjernog u pristupu države. Sasvim suprotno, u datim okolnostima njima se opravdano otvarala mogućnost da usvoje politiku koja homoseksualcima neće dozvoljavati pristup u oružane snage. Taj uslov je bio jasno predložen podnosiocima predstavki prije nego što su se regrutovali. To nije nešto što im je kasnije nametnuto (cf. Young, James, Webster protiv UK, presuda od 13. avgusta 1981. godine, Series A br. 44, strana 25, stav 62.). U tom smislu moglo bi biti korisno da se doda da Konvencija ne garantuje pravo na služenje u oružanim snagama (vidjeti slučaj Marangos protiv Kipra, predstavka br. 31106/96, odluka o prihvatljivosti, 3. decembar 1997. godine, strana 14, još nije publikovana).

U ovim okolnostima, nalazim da je otpuštanje iz službe podnosioca predstavki po osnovu njihove homoseksualnosti u skladu sa politikom Ministarstva odbrane bilo opravdano u smislu člana 8., stav 2., Konvencije, kao mjera koja je neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti i spriječavanja nereda.

SLUČAJ SALGUEIRO DA SILVA MOUTA PROTIV PORTUGALIJE (predstavka broj 33290/96)

PRESUDA

Strasbourg, 21. decembar 1999. godine

U slučaju **Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije**, Evropski sud za ljudska prava (Četvrto odjeljenje), zasijedajući kao Vijeće u sastavu: M. Pellonpää, predsjednik, G. Ress, A. Pastor Ridruejo, L. Caflisch, J. Makarczyk, I. Cabral Barreto, N. Vajić (sudije), i V. Berger, sekretar Odjeljenja, pošto je razmatrao slučaj na sjednicama zatvorenim za javnost 28. septembra i 9. decembra 1999. godine, donosi sljedeću presudu koja je usvojena drugog navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran predstavkom (br. 33290/96) protiv države Portugalije podnijete Evropskoj komisiji za ljudska prava (u daljem tekstu „Komisiji“) u skladu sa 25. Konvencije za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda (u daljem tekstu „Konvencije“) od strane Portugalca Joao Manuel Salguerio da Silva Mouta (u daljem tekstu „podnosilac“), dana 12. februara 1996. godine.

2. Dana 20. maja 1997. godine Komisija je odlučila da o predstavi obavijesti portugalsku Vladu („Vlada“) i pozvala je da u pisanoj formi dostavi primjedbe o svojoj prihvatljivosti i meritumu. Vlada je dostavila svoje primjedbe 15. oktobra 1997. godine, uz dozvoljeni produženi rok za to, a podnosilac je odgovorio dana 6. januara 1998. godine.

3. Pošto je stupio na snagu Protokol 11. Konvencije dana 1. novembra 1998. godine, u skladu sa članom 5., stav 2. istog, Sud je razmotrio predstavku.

4. U skladu sa Pravilom 52., stav 1., Pravila suda, Predsjednik suda, gospodin L. Vildhamera, dodijelio je slučaj Četvrtom odjeljenju. Vijeće, formirano u okviru tog odjeljenja, uključilo je po službenoj dužnosti gospodina I. Kabral Baretu, sudiju izabranog iz poštovanja prema Portugaliji (Član 27. stav 2. Konvencije i Pravilo 26. stav 1 (a)) i gospodin M. Pelonpa, Predsjednik sekcije (Pravilo 26. stav 1 (a)). Ostali članovi koji su odabrani kasnije kako bi upotpunili Vijeće bili su gospodin G. Res, gospodin. A. Pastor Ridrueho, gospodin. L. Kaflisch, gospodin J. Makarczyk i gospođa N. Vajić (Pravilo 26. stav 1 (b)).

5. Dana 1. decembra 1998. godine Vijeće je proglasilo predstavku prihvatljivom, uzimajući u obzir da se žalbe koje je naveo podnosilac vode pod članovima 8. i 14. Konvencije i trebaju biti razmotrene o meritumu.

6. Dana 15. juna 1998. godine Vijeće je odlučilo da saslušanja budu privatna zbog merita slučaja. Saslušanje je obavljeno u Sudu za ljudska prava u Strasbourg-u, dana 28. septembra 1999. godine. Pred Sudom su se pojavili: (a) za Vladu (Državu) gospodin A. Henrikes Gaspar, zamjenik državnog tužioca, agent, gospodin P. Guera, predavač, Fakultet za pravnu obuku, savjetodavac, (b) u ime podnosioca gospođica T. Koutinho, advokatica, savjetodavka, gospodin R. Gonsalves, pripravnik advokat, savjetodavac. Podnosilac predstavke je takođe prisustvovao saslušanju. Sud je saslušao obraćanje gospođice Kountiho i gospodina Henrikesa Gaspara, kao i njihove odgovore na pitanja koje je postavio jedan od sudija.

7. U skladu sa odlukom Predsjednika Vijeća od 28. septembra 1999. godine, podnosilac predstavke je podnio dodatni podnesak dana 8. oktobra 1999. godine, u pogledu svojih potraživanja u skladu sa članom 41. Konvencije. Država je odgovorila dana 28. oktobra 1999. godine.

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

8. Podnosilac zahtjeva je Joao Manuel Salguerio da Silva Mouta, državljanin Portugalije, rođen 1961. godine. Živi u Queluzu (Portugalije).

9. Podnosilac zahtjeva je 1983. godine stupio u brak s C.D.S.. Dana 2. novembra 1987. godine su dobili ćerku M. Podnosilac zahtjeva se razdvojio od svoje supruge u aprilu 1990. godine i od tada živi s muškarcem L.G.C. Po završetku postupka razvoda, koji je pokrenula C.D.S., lisabonski Sud za porodične odnose (Tribunal de Família) proglasio je razvod dana 30. septembra 1993. godine.

10. Dana 7. februara 1991. godine, tokom postupka razvoda, podnosilac zahtjeva je s C.D.S. potpisao sporazum koji se odnosio na sadržaj roditeljskog starateljstva (poder paternal) o M. Prema sporazumu, C.D.S. bi preuzela starateljstvo o djetetu, a podnosilac zahtjeva jedana imao pravo na susrete i druženja. Međutim, podnosilac zahtjeva nije mogao ostvarivati to pravo jer se C.D.S. nije pridržavala sporazuma.

11. Podnosilac zahtjeva je 16. marta 1992. godine zatražio izdavanje naloga kojim bi mu dijete bilo povjereno na starateljstvo. Naveo je da se C.D.S. ne pridržava odredbi potpisanog sporazuma od 7. februara 1991. godine, obzirom da je M. živjela s babom i dedom s majčine strane. Podnosilac zahtjeva je utvrdio da je on u mogućnosti brinuti se bolje o svom djetetu. U svom odgovoru C.D.S. je optužila L.G.C. za seksualno zlostavljanje djeteta.

12. Lisabonski Sud za porodične odnose je dana 14. jula 1994. godine, nakon što su sudski psiholozi obavili razgovore s podnosiocem zahtjeva, M., C.D.S, L.G.C. kao i djetetovim babom i dedom, s majčine strane, donio presudu. Sud je starateljstvo nad djetetom povjerio podnosiocu zahtjeva, odbacujući kao neosnovane, obzirom na izvještaje sudskih psihologa, optužbe da je L.G.C. tražio od M. da ga ručno zadovolji. Sud je takođe utvrdio, ponovno obzirom na izvještaje sudskih psihologa, da su izjave koje je u vezi s tim dala M. bile inspirisane od drugih. Sud je dodao:

“Majka i dalje ostaje krajnje nespremna za saradnju i uopšte nije vjerovatno da će se njen stav promijeniti. Ona je više puta propustila postupiti u skladu s odlukama Suda. Zaključak koji proizilazi je da se (majka) zasad nije pokazala sposobnom da M. pruži uslove koji su pogodni za uravnotežen i miran život koji joj je potreban. Otac je, zasad, za to podobniji. Osim obezbjeđenja materijalnih i stambenih uslova koji su nužni da bi mu se dijete povjerilo, pokazao se sposobnim da djetetu pruži uravnotežene uslove koji su mu potrebni, kao i da poštuje pravo da država uredan i kontinuiran kontakt sa svojom majkom, te babom i dedom, s majčine strane”.

13. M. je bila kod podnosioca zahtjeva od 18. aprila do 3. novembra 1995. godine kada ju je navodno C.D.S. otela. Podnosilac zahtjeva prijavio je otmicu i kazneni postupak u vezi s tim je u toku.

14. C.D.S. se žalila na presudu lisabonskog Suda za porodične odnose lisabonskom Apelacionom sudu (Tribunal da Relação), koji je dana 9. januara 1996. godine donio presudu kojom poništava presudu nižeg suda i starateljstvo nad djetetom povjerava C.D.S., uz susrete i druženja s podnosiocem zahtjeva. Presuda je sastavljena kako slijedi:

“U postupku za dodjelu starateljstva nad djetetom M., rođene 2. novembra 1987. godine, ćerke (podnosioca) i C. D. S., odluka donijeta 7. februara 1991. godine potvrđuje dogovor između roditelja u vezi sa roditeljskom odgovornošću za dijete, kontakt i iznos alimentacije koju plaća otac, pošto je starateljstvo nad M. dodijeljeno majci.

Dana 16. marta 1992. godine (podnosilac) je podnio zahtjev za izmjenu naloga o starateljstvu, navodeći da dijete ne živi sa njenom majkom kao što je bilo odlučeno, već sa njenom babom

i dedom po majci, što, po njemu, nije zadovoljavajuće. Iz tog razloga dogovor o starateljstvu treba biti promijenjen tako da on dobije ćerku i da se sa majkom dogovori oko viđanja djeteta, kao što je predhodno bio slučaj sa njim.

Djetetova majka nije se samo protivila zahtjevu koji je podnio podnosilac, već se oslanjala na dokaze koji potkrepljuju njenu tvrdnju da dijete ne treba da bude u društvu oca zato što je on homoseksualac i živi sa drugim muškarcem. Nakon brojnih radnji preduzetih vezano za te navode, dana 14. jula 1994. godine donijeta je sljedeća odluka:

1. Starateljstvo nad djetetom se dodjeljuje ocu, čija će roditeljska odgovornost biti provjerena.

2. Dijete može da viđa majku vikendom, od petka do ponedjeljka. Njena majka će je pokupiti iz škole petkom i dovesti nazad u školu ponedjeljkom, prije nego što počne nastava.

3. Dijete takođe može da viđa majku utorkom i srijedom; majka će je pokupiti poslije nastave i vratiti sljedećeg jutra.

4. Dijete će provoditi Badnje večer i Božić naizmjenično sa majkom i ocem.

5. Dijete će provoditi Uskršnje praznike sa majkom.

6. Tokom ljetnjeg školskog raspusta dijete će provoditi trideset dana sa majkom. Datum mora biti dogovoren sa ocem najmanje 60 dana ranije.

7. Majka treba ocu da isplaćuje alimentaciju od 30.000 eskudosa mjesečno, koju će isplaćivati prije 8-og dana u mjesecu. Ta alimentacije će se godišnje prilagođavati na osnovu indeksa inflacije za prethodnu godinu objavljenog od strane INE (Nacionalnog statističkog instituta).

Ta odluka važila je za 1994. godinu. C. D. S. se žalila na odluku. Ranije se žalila na odluku sa strane 238, koja je odbacila zahtjev za obustavu postupka, kao i na odluku donijetu na saslušanju 29. aprila 1994. godine o zahtjevu za provjeru dokumenta koji se javlja na strani 233; pošto su te žalbe odložene i nijesu imale efekta na postupak o boravku. Podnosilac žalbe je navela sljedeće osnove u svojoj žalbi:

...

U svojim podnescima (podnosilac) navodi da presuda prvostepenog suda treba biti potvrđena.

Državni zastupnik je u prilogu Apelacionom sudu preporučio da odluka treba biti izdvojena, ali ne zbog navoda koje je navela podnositeljka žalbe.

Nakon što razmotrimo slučaj donijecemo svoju odluku.

Prvo ćemo razmotriti sljedeće činjenice za koje je prvostepeni sud utvrdio da su tačne.

1. Dijete M., koje je rođeno 2. novembra 1987. godine, je kćerka (podnosioca zahtjeva) i C.D.S.

2. Njeni roditelji su se vjenčali 2. aprila 1983. godine.

3. Razvod je okončan 30. septembra 1993. godine i njihov brak je poništen.

4. Roditelji žive odvojeno od aprila 1990. kada je (podnosilac zahtjeva) napuštio svoj dom i otišao živjeti s drugim muškarcem, čije je prvo ime L.

5. Dana 7. marta 1991. godine sud Loures donio je odluku u slučaju br. 1101/90 potvrđujući sporazum o ostvarivanju sadržaja roditeljskog starateljstva o djetetu:

I. Majka će imati starateljstvo nad djetetom.

II. Otac može posjećivati svoju kćerku kad god poželi, s tim da ne ometa njeno školovanje.

III. Dijete će naizmjenično provoditi vikende, božićne u uskršnje praznike sa njenim ocem.

IV. Dijete će provoditi očeve odmori sa njim osim ako se ti odmori ne poklapaju sa majčinim. U tom slučaju dijete će provesti po 15 dana sa svakim roditeljem.

V. Vikendima koje dijete provodi sa ocem, on će je pokupiti iz majčine kuće subotom oko 10 sati ujutro i vratiti je nedjeljom oko 8 sati uveče.

VI. Dijete će ići u vrtić što je prije moguće, što će plaćati otac.

VII. Otac će plaćati alimentaciju od 10 000 eskudosa mjesečno, što će se godišnje prilagođavati prema istom procentu kao neto prihod njegove plate.

VIII. Otac će takođe plaćati polovinu troškova djetetovog vrtića.

IX. Otac će plaćati polovinu bilo kojih specijalnih troškova za djetetovo zdravlje.

6. Od aprila 1992. godine dijete nije vidjelo svog oca prema dogovorenim uslovima, a protiv njegove volje.

7. Dijete je do januara 1994. godine živjelo s babom i dedom, s majčine strane, (imena) u Camarate-u (adresa).

8. Od tada dijete živi sa svojom majkom i njenim partnerom (momkom) (navedena adresa) u Lisabonu.

9. Međutim, povremeno je i dalje noćila u kući babe i deda, s majčine strane.

10. Tokom školskih dana kada dijete nije ostajalo prenoćiti kod babe i deda, njena majka ju je obično odvozila do kuće babe i deda gdje bi boravila nakon škole od 17 sati.

11. Tokom školske godine, M. je pohađala prvi razred osnovne škole u ... za koju je školarina iznosila 45.400 eskudosa mjesečno.

12. Njena majka živjela je sa J. barem dvije godine.

13. J., koji je menadžer, radi u sektoru za uvoz i izvoz, veći dio svojih poslova je započeo u Njemačkoj gdje je imao status imigranta. Njegovi prihodi se procjenjuju na oko 600.000 eskudosa mjesečno.

14. Majka, C. D. S., je menadžer DNS-a, čiji su osnivači njen momak i njegov brat, J. P.

15. Ona je registrovana u Državnoj agenciji za zapošljavanje i na stručnom je osposobljavanju od 17. februara 1994. godine.

16. Njene troškove pokrivaju zajedno ona i njen momak.

17. Ona tvrdi da plaća 120.000 eskudosa za iznajmljivanje stana i mjesečno troši oko 100.000 eskudosa na hranu.

18. Otac, João Mouta, je u homoseksualnoj vezi s L.G.C., s kojim živi od aprila 1990. godine.

19. On je direktor sektora u A., i njegov neto mjesečni prihod, plus provizija, izlazi na preko 200.000 eskudosa.

20. Dijete je vrlo blisko s babom, s majčine strane, koja je pristalica Jehovinih svjedoka.

21. Nakon što nije postupila u skladu s odlukom navedenom u stavki 5., djetetovoj majci je 14. maja 1993. naloženo da plati kaznu od 30.000 eskuda jer je od aprila 1992. odbijala dopustiti ocu da ostvaruje "pravo na susrete i druženja sa svojom ćerkom u skladu s donesenom odlukom".

22. Nakon razgovora s ocem i majkom pojedinačno i zajedno, s M., bez prisustva roditelja i babe s majčine strane, te s babom s majčine strane i partnerom oca pojedinačno, kao i uz psihološku procjenu M., sudski psiholozi su dana 25. juna 1994. godine sačinili sljedeći izvještaj:

"M. je komunikativno dijete normalnog intelektualnog razvoja za svoje godine iznad je prosječne inteligencije. Vrlo je bliska ocu i majci, i konflikt između roditelja predstavlja izvor nekih nesigurnosti. Ona bi voljela da joj roditelji žive bliže jedno drugome jer joj je teško shvatiti i prihvatiti razloge zbog kojih mora živjeti s babom i dedom i ne vidati svog oca. Ima vrlo dobar odnos sa svojim ocem koji je vrlo nježan i pažljiv prema svojoj kćeri. Oboje (i podnosilac zahtjeva) i njegova bivša supruga su predani i fleksibilni roditelji i brinu za vaspitanje i emocionalnu sigurnost svoje kćerke. Razlozi njihovog razvoda kasnije su postali izvor ozbiljnog međusobnog konflikta, kojem doprinosi baba, s majčine strane, koja ne prihvata životni stil (podnosioca zahtjeva) i podsvjesno ga pokušava držati podalje od njegove kćerke. Ukratko, oba roditelja su sposobna obezbijediti i sprovesti zadovoljavajući razvoj svoje kćerke, ali ne smatramo da je za nju dobro da živi sa svojom babom koja potencira i pojačava konflikt između dvije strane, pokušavajući zadržati (podnosioca zahtjeva) podalje zato što ne prihvata njegov životni stil".

23. M. je dana 16. avgusta 1993. godine psihologu i svom ocu rekla da je očev partner, dok joj je otac bio van kuće, tražio od nje da pođu u toalet, da je zaključao vrata i tražio od nje da ga zadovolji (izvela je pokrete koji oponašaju masturbaciju) i da joj je nakon toga rekao da ne mora oprati ruke i da ne govori ništa svome ocu. Psihološkinja je navela da ju je način na koji je dijete preporučilo tu situaciju naveo da posumnja u istinitost priče koja je mogla biti usađena čestim ponavljanjem. Dodala je da je podnosilac zahtjeva, dok je dijete opisivalo situaciju, tražio pojašnjenja, što potvrđuje da otac i kćerka imaju dobar odnos.

24. Tokom razgovora sa psihologom dana 6. decembra 1993. godine dijete je izjavilo da još uvijek živi sa babom s majčine strane i da ponekad ostaje kod svoje majke gdje spava na sofijer ne postoji soba za nju.

25. U izvještaju od 17. januara 1994. godine, koji je kreiran nakon sastanka između kćerke i oca, psihološkinja je zaključila da "iako je M. tokom susreta s ocem primijetila da njen otac živi

sa drugim muškarcem, njene slike o roditeljima su potpuno prilagođene i ona nema nikakvih problema vezanih uz psihoseksualni identitet, bilo svoj ili svojih roditelja”.

26. Dr V. , psihijatar, je nakon razgovora s momkom (podnosioca zahtjeva), djetetovog oca, naveo da je njegovo mišljenje da je partner dobro prilagođen i zadovoljavajuće emocionalne i kognitivne zrelosti. Kod partnera nije pronašao ništa neobično, niti na ličnom nivou niti u odnosu na njegov odnos s ocem djeteta. Smatra da je sasvim nevjerovatno da se situacija koju je dijete ispričalo, a koja je opisana u stavu 23., realno dogodila.

27. Završni izvještaj koji su sastavili sudski psiholozi, od 12. aprila 1994., je ukazivao da je M. osjećala određenu dozu nesigurnosti djelimično zbog konflikta između majčine strane porodice i njenog oca i da ima obrambeni stav koji se manifestuje kroz odbijanje suočavanja s potencijalno stresnim situacijama. Dijete je svjesno da se njena porodica protivi njenim susretima s ocem, pri čemu je njihovo protivljenje opravdano djetetovim opisom situacije koja se navodno dogodila između nje i partnera njezinog oca L.G.C.-a u kojoj ju je L.G.C. tražio da ga zadovolji. Što se toga tiče, teško je zamisliti da bi 6-godišnje dijete moglo detaljno prepričati situaciju koja se dogodila nekoliko godina ranije. Stručnjaci u svom izvještaju zaključuju da to što je M. detaljno opisala gore navedenu situaciju ne znači da se ona realno i dogodila. Naglašavaju da je otac jako privržen roditelj, pun razumijevanja i ljubaznosti prema svojoj kćerki dok joj istovremeno postavlja, na zadovoljavajući način i podučavajući je, ograničenja koja su nužna i stvaraju u njoj osjećaj sigurnosti. Eksperti zaključuju u svom izvještaju da je djetetova majka jako brižna majka ali poprilično popustljiva što ne doprinosi osjećaju sigurnosti, iako je u stanju poboljšati se. Takođe zaključuju da nije preporučljivo da dijete živi sa svojom babom jer vjerski fanatizam koji je prisutan u okruženju ne samo da osuđuje oca, nego ga i isključuje na osnovu učinjenih ličnih i emocionalnih izbora. To je doprinijelo širenju zbunjenosti kod djeteta i povećavanju osjećaja konflikta i uznemirenosti, čime je ugrožen njen zdrav psihološki i afektivni razvoj.

28. Na saslušanju 24. januara 1994. godine, uz saglasnost oba roditelja, donesena je sljedeća privremena odluka: (I) M. može provesti svaku subotu sa svojim ocem od 10 do 22 sata, (II) u tu svrhu će je otac, u pratnji njene babe s očeve strane i/ili prababe s očeve strane, pokupiti iz kuće njene majke.

29. Majka nije dozvolila svojoj kćerki da se viđa s ocem u skladu s gore navedenom odlukom.

30. Dana 22. aprila 1994. godine odjeljenje Dječje psihijatrijske bolnice “D. Estefânea” odlučio je da M. treba nadgledati jer su njeni osjećaji uznemirenosti toliki da bi mogli usporiti njen psihološki i afektivni razvoj.

Ove činjenice, utvrđene u prvostepenom postupku, smatraju se definitivno utvrđenim, ne dovodeći u pitanje mogućnost razmatranja drugih faktora pri donošenju presude. Što se tiče ostalih žalbi, majka nije podnijela bilo kakvu vrstu podnesaka koji bi bili neispravni pod članom 292 stavka 1 i 690 stavka 2, Zakona o parničkom postupku. Na stranu to što nijesu podnijeti činjenični dokazi, ovi aspekti su dovoljni da se u ovom slučaju donese odluka pošto razumijemo da je niži sud donio odluku o ključnom problemu slučaja, to jeste kojem će se roditelju dodijeliti starateljstvo nad djetetom. Nedostaci u odluci državnog branioca, iako relevantni, ne garantuju izdvajanje.

Razmotrimo sada žalbu:

Član 1905, stav 1., Građanskog zakona omogućava da se u slučajevima razvoda, sudskog razvoda osoba i imovine, proglašavanja ništavnosti ili poništenja braka, starateljstvo nad djecom, izdržavanje i uslovi plaćanja urede sporazumom između roditelja, a taj sporazum mora potvrditi sud; potvrda se odbija ukoliko je sporazum u suprotnosti s djetetovim interesima, uključujući djetetov interes za održavanje veoma bliskog odnosa s roditeljem kojem nije povjereno na starateljstvo. Stav 2. precizira da će u slučaju nepostojanja sporazuma sud odlučiti, štiteći interese djeteta, uključujući i djetetov interes za održavanjem jako bliskog odnosa s roditeljem kojem nije povjereno na staranje, je li moguće starateljstvo o djetetu povjeriti jednom ili drugom roditelju ili, ako se radi o nekom od slučajeva na koji se primjenjuje član 1918, trećoj osobi ili obrazovnoj ustanovi ili socijalnoj ustanovi.

Zakon o starateljstvu obrađuje ovu temu. Odjeljak 180(1) zakona propisuje da svako povjeravanje starateljstva nad djetetom mora biti u interesu djeteta.

Presuda lisabonskog Apelacionog suda od 24. aprila 1974. godine sažeta u BMJ (Glasilo Ministarstva pravosuđa) br. 236, strana 189 navodi: “Konvencija o pravima djeteta – Rezolucija od 20. novembra 1989. godine Generalne Skupštine Ujedinjenih Nacija - proglašava s rijetkom

konciznošću da su djeci, za potpun i dinamičan razvoj ličnosti, potrebni ljubav i razumijevanje; ona trebaju, što je više moguće, odrastati uz zaštitu i odgovornost njihovih roditelja i, u svakom slučaju, u okruženju privrženosti i psihološke i materijalne sigurnosti, pri čemu se mala djeca ne bi trebala odvajati od svojih majki osim u izuzetnim slučajevima”.

Nemamo ni najmanju rezervu u podršci toj deklaraciji koja u potpunosti odgovara realnostima života. Usprkos važnosti očinske ljubavi, malom djetetu je potrebna briga koju može pružiti samo majčina ljubav. Smatramo da je M., koja trenutno ima 8 godina, još uvijek potrebna majčinska briga. Vidjeti, u vezi ovog pitanja, presudu Porto Apelacionog suda od 7. juna 1988. godine, u BMJ br. 378, strana 790 u kojoj je sud odlučio da je “u slučaju male djece, što je do sedme ili osme godine, emotivna veza s majkom osnovi faktor djetetovog psihološkog i emotivnog razvoja s obzirom da posebne potrebe za nježnošću i pažnjom u toj dobi rijetko mogu biti nadoknađene očevom ljubavi i zanimanjem”.

Odnos između M. i njenih roditelja je odlučujući faktor za emocionalnu dobrobit i razvoj njene ličnosti, pogotovo, obzirom na to da se pokazalo da je vrlo privržena svojim roditeljima, kao što se pokazalo i da su oni oboje sposobni za usmjeravanje djetetovog psihološkog i afektivnog razvoja.

U službenoj zabilješci odluke od 5. jula 1990. godine kada se odlučivalo o roditeljskom starateljstvu, (podnosilac zahtjeva) je priznao da je podnositeljka žalbe sposobna brinuti se za njihovo dijete i predložio je da se starateljstvo povjeri majci, tvrdnja koju je ponovio u ovom postupku kako bi se promijenio taj nalog, kako je zapisano u zapisniku sa saslušanja od 15. juna 1992. godine, izjavljujući da želi da se odrekne prvobitne žalbe za starateljstvom nad djetetom jer ona ponovo živi sa svojom majkom. Otac od M. izražava želju da njegova kćerka ne boravi kod babe i đeda s majčine strane pozivajući se na brojne poteškoće na koje nailazi kada pokušava vidjeti svoju kćerku obzirom na ponašanje podnositeljke žalbe i njene majke, koje ga svim snagama pokušavaju distancirati od kćerke jer ne prihvataju njegovu seksualnu orijentaciju (homoseksualnost).

Odjeljak 182. Zakona o starateljstvu propisuje da se prethodni dogovori mogu promijeniti ukoliko se oba roditelja nijesu pridržavala sporazuma ili konačne odluke ili ako dalje okolnosti učine nužnima (promjene) odredbe sporazuma. Međutim, treba razmotriti da li je opravdana osnova za promjenu odluke kojom je starateljstvo nad djetetom povjereno majci.

Razmatranjem sadržaja prvobitnog zahtjeva za promjenu naloga evidentno je da je naglasak stavljen na činjenicu da dijete živi s babom i đedom s majčine strane koji su jehovini svjedoci. Istina je, međutim, da (podnosilac zahtjeva) nije podnio nikakav dokaz kako bi dokazao da je ova vjera štetna i samo je naveo kako baba i ded, s majčine strane, uporno odbijaju dopustiti ocu i kćerki da se vide. Prema saznanjima Suda, uvjerenja jehovinih svjedoka ne podstiču zle postupke iako fanatizam postoji.

Postoje li opravdani razlozi da se majci opozove starateljstvo nad djetetom koja joj je povjereno sporazumom roditelja?

Postoji mnoštvo dokaza u ovom slučaju da podnositeljka žalbe konstantno krši sporazume na koje je pristala vezano za pravo oca na susrete i druženje s djetetom i da ne pokazuje nikakvo poštovanje prema sudovima koji su bili uključeni u postupak obzirom da je, u nekoliko navrata i bez opravdanja, propuštala pojaviti se na saslušanjima koja su bila zakazana kao dio postupka. Bez obzira na to, mislimo da njeno ponašanje nije uslovljeno samo stilom života (podnosilaca zahtjeva) nego i činjenicom da vjeruje u postojanje bludne radnje povezane sa djetetom, a koja uključuje očevog partnera.

Što se tiče ovog pitanja, koje je posebno važno, slažemo se da nije moguće prihvatiti kao dokazano da se takav događaj zaista dogodio. Međutim, ne možemo potpuno isključiti mogućnost da se dogodio. Bilo bi pretjerano, obzirom da nema nepobitnih dokaza, tvrditi da partner M.-inog oca nikada ne bi bio u stanju iskazati ni najmanju nepristojnost prema M. Stoga, iako ne možemo tvrditi da je dijete reklo istinu niti da nije bilo izmanipulisano, ne možemo ni zaključiti da je govorilo neistinu. Obzirom da ne postoje dokazi koji bi potvrdili oba scenarija, bilo bi pogrešno jednom od njih dati veću vjerodostojnost.

Slično tome, princip koji je prihvaćen u slučajevima koji se tiču povjeravanja starateljstva nad djetetom, je taj da su interesi djeteta od primarne važnosti bez obzira na, ponekad sebične, interese roditelja. Kako bi utvrdili što je u interesu djeteta, sud u svakom predmetu mora uzeti u obzir dominantnu porodicu, obrazovne i društvene vrijednosti društva u kojem će dijete odrastati.

Kao što smo već naveli i u skladu sa sudskom praksom, razmatranje prirode stvari i stvarnosti svakodnevnog života kao i zbog razloga koji se tiču ljudske prirode, opšte pravilo je da se starateljstvo nad malom djecom povjerava majci osim ukoliko postoje lični razlozi koji bi to doveli u pitanje (vidjeti presudu Evora Apelacionog suda od 12. jula 1979. godine, u BMJ br. 292, strana 450.).

U ovom slučaju majci je opozvano starateljstvo nad djetetom usprkos činjenici da joj je bilo povjereno, ponavljamo, nakon sporazuma između roditelja, i bez podnošenja dodatnih dokaza koji bi doveli u sumnju njenu sposobnost da nastavi obavljati tu dužnost. Pitanje koje se stoga nameće, i to treba naglasiti, nije kojem od roditelja treba povjeriti starateljstvo nad M., nego da li postoje razlozi koji bi promijenili ono što je dogovoreno.

Međutim, čak i da to nije slučaj, mislimo da bi starateljstvo trebalo biti povjereno majci.

Činjenica da otac djeteta, koji je prihvatio svoju homoseksualnost, želi živjeti s drugim muškarcem stvarnost je koju treba prihvatiti. Dobro je poznato da društvo postaje sve tolerantnije na takve situacije. Međutim, ne može se tvrditi da je okruženje ove vrste najzdravije i najpogodnije za djetetov psihološki, društveni i mentalni razvoj, pogotovo kad se uzme u obzir dominantan model u našem društvu, kao što podnositeljka žalbe s pravom naglašava. Dijete treba živjeti u porodičnom okruženju, tradicionalnoj portugalskoj porodici, što svakako nije oblik odnosa u koji je njen otac odlučio stupiti, obzirom da živi s drugim muškarcem kao da su muž i žena. Naš zadatak ovdje nije utvrditi da li homoseksualnost jeste ili nije bolest ili je seksualna orijentacija prema osobama istog spola. To je abnormalnost u oba slučaja i djeca ne bi trebala odrastati u sjenci abnormalnih situacija; takvi su diktati ljudske prirode i sjetimo se da je (podnosilac zahtjeva) sam ovo priznao kada je, u prvobitnom zahtjevu, od 5. jula 1990. godine, izjavio da je on definitivno napustio bračni dom kako bi otišao živjeti sa svojim momkom, odluka koja nije normalna shodno opšteprihvaćenim kriterijumima.

Ovdje se ne dovodi u pitanje ljubav oca prema svojoj kćerki niti njegova sposobnost da se brine za nju u periodu kada mu je povjerena na brigu, obzirom da je nužno da se njih dvoje vide kako bi se postigli gore navedeni ciljevi, a to je obezbjeđenje dobrobiti djeteta i razvoja njene ličnosti. M. treba posjećivati svog oca kako bi nestali njeni osjećaji uznemirenosti i nesigurnosti. Kada se djeci oduzme mogućnost kontaktiranja njihovog oca, dovodi se u opasnost njihov trenutni i budući razvoj kao i psihološka uravnoteženost. Za majku bi bilo mudro da pokuša ovo shvatiti i prihvatiti ukoliko ne želi dovesti u pitanje svoju sposobnost sprovođenja starateljstva nad djetetom.

Trenutno, nepoštovanje odluke koja potvrđuje sporazum o susretima i druženju ne predstavlja dovoljan razlog da se podnositeljki žalbe opozove starateljstvo nad djetetom koja joj je tom odlukom povjerena.

Zato, poništavamo presudu nižeg suda u vezi djetetovog stalnog boravka kod oca, ne dovodeći u pitanje pravo oca na konakt za periode koja će biti propisana niže.

Oca treba uvjeriti da bi bilo nerazumno da se za tih razdoblja ponaša na način koji bi njegovu kćerku mogao navesti da shvati da joj otac živi s drugim muškarcem u uslovima koji liče na odnos muža i žene.

Zbog svih navedenih razloga Apelacioni sud poništava pobijanu odluku i presuđuje da će podnositeljka žalbe, C.D.S. nastaviti starateljstvo nad svojom kćerki M.

Kontakti se uspostavljaju se kako slijedi:

1. Dijete može vidati oca svaki drugi vikend od petka do ponedjeljka. Otac će u tom cilju preuzeti svoju kćerku u petak iz škole nakon nastave i dovesti je nazad u ponedjeljak prije početka nastave.

2. Otac može posjećivati svoju kćerku u školi bilo koji dan u nedjelji pod uslovom da ne ometa njeno školovanje.

3. Dijete će vaskršnje praznike provoditi naizmjenično kod oca i kod majke.

4. Božićni praznici će biti podijeljeni na dva jednaka dijela: polovinu će provoditi kod oca, a drugu polovinu kod majke, ali na način da dijete naizmjenično provodi Badnjak i Božić s jednim roditeljem a Novu Godinu s drugim.

5. Za ljetnje praznike dijete će provesti trideset dana sa svojim ocem za vrijeme njegovog godišnjeg odmora, ali ukoliko se taj period preklapa sa majčinim odmorom, dijete će provesti po petnaest dana sa svakim od njih.

6. Za vrijeme Uskrsa, Božića i ljetnih praznika otac će doći po dijete u kuću majke i dovesti je nazad između 10 i 13 sati ukoliko se roditelji oko tog vremena drugačije ne dogovore.

7. U skladu sa datumom ove odluke, dijete će naredne uskršnje i božićne praznike provesti s roditeljem s kojim nije provodila te praznike od 1995.

8. Pitanje alimentacije od strane oca i način plaćanja ispitaće Treće odeljenje Trećeg vijeća lisabonskog Suda za porodične odnose u slučaju br. 3821/A koji je odložen do donošenja ove odluke o budućnosti djeteta.

Troškove snosi tuženi”.

31. Jedan od troje sudija Apelacionog suda dao je izdvojeno mišljenje kako slijedi: “Glasao sam za ovu odluku, uz rezervu da ne smatram ustavnim uspostavljanje načela da se osobi mogu oduzeti porodična prava zbog njegove seksualne orijentacije, koja isto tako, kao takva, ne može ni u kojim okolnostima biti opisana kao abnormalna. Pravo na različitost ne smije se tretirati kao “pravo” da se bude isključen (getoiziran). Zato to nije pitanje omalovažavanja činjenice da je (podnosilac zahtjeva) prihvatio svoju seksualnu orijentaciju i posljedično sebi uskratilo pravo da odgaja i podiže svoju kćerku, nego, obzirom da odluka mora biti donesena, potvrde da se u našem društvu i u ovom vremenu ne može utvrditi da djeca mogu prihvatiti homoseksualnost svog oca bez da postoji opasnost da će izgubiti referentne uzore”.

32. Na ovu odluku nije uložena žalba.

33. C.D.S. nikada nije poštovala pravo na susrete i druženja koje je podnosiocu zahtjeva dodijeljeno presudom lisabonskog Apelacionog suda.

34. Stoga je podnosilac zahtjeva podnio zahtjev lisabonskom Sudu za porodične odnose za izvršenje odluke Apelacionog suda. Dana 22. maja 1998. godine, podnosilac zahtjeva je, vezano za ovaj postupak, dobio kopiju izvještaja medicinskih stručnjaka lisabonskog Suda za porodične odnose. Iz tog izvještaja je saznao da je M. u Vila Nova de Gaia u sjevernom Portugalu. Podnosilac zahtjeva je dva puta bezuspješno pokušao vidjeti kćerku. Postupak izvršenja je po svemu sudeći još uvijek u toku.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO

19. Član 1905. Građanskog zakona kaže:

“1. U slučaju razvoda... starateljstvo nad djetetom, izdržavanje i uslovi oko plaćanja biće odlučeni dogovorom između roditelja, što treba da potvrdi i Sud.

...

2. U slučaju kada se ne može postići dogovor, Sud će odlučiti na osnovu djetetovih najboljih interesa u održavanju bliske veze s roditeljem koji nema starateljstvo...”

Neke odredbe Zakona o starateljstvu takođe su relevantne za ovaj slučaj:

Član 180.

“1. ...odluka u obavljanju roditeljske odgovornosti biće donijeta na osnovu najboljih interesa djeteta, starateljstvo koje će biti dodijeljeno jednom od roditelja, trećem licu ili obrazovnoj ili zaštitnoj instituciji.

2. odredbe o viđanju i kontaktu će biti donijete osim ako to nije u najboljem interesu djeteta...”

Član 181.

“Ako jedan od roditelja ne obavlja odredbe ili odluke donijete po pitanju situacije djeteta, drugi roditelj se žali sudu...”

Član 182.

“Ukoliko odredbe konačne odluke ne poštuju ni otac ni majka ili ukoliko nove okolnosti traže izmjenu odredbi, jedan od roditelja ili staratelj podnose zahtjev sudu za promjenu roditeljske odgovornosti...”

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANA 8. SAMOSTALNO I U VEZI S ČLANOM 14. KONVENCIJE

21. Podnosilac zahtjeva se žalio da je lisabonski Apelacioni sud svoju odluku da starateljstvo nad njihovom kćeri M. povjeri njegovoj bivšoj supruzi, a ne njemu, donio isključivo na osnovu njegove seksualne orijentacije. Naveo je kako to predstavlja kršenje člana 8. Konvencije samostalno, i u vezi s članom 14. Vlada je osporavala tu žalbu.

22. Član 8. Konvencije propisuje:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svoga 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, te zbog spriječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.

Sud za početak navodi da predmetna presuda Apelacionog suda, ukoliko se izuzme presuda lisabonskog Suda za obiteljske odnose od 14. jula 1994. godine, kojom je starateljstvo nad djetetom povjereno podnosiocu zahtjeva, predstavlja miješanje u pravo podnosioca zahtjeva na poštovanje njegovog porodičnog života i stoga podliježe primjeni člana 8. Institucije Konvencije smatrale su da je ova odredba primjenjiva na odluke kojima se starateljstvo nakon razvoda ili rastave povjerava jednom od roditelja (vidjeti takođe Hoffmann protiv Austrije, presuda od 23. juna 1993. godine, Serija A, br. 255-C, strana 58, stav 29; vidjeti takođe Irlen protiv Njemačke, zahtjev br. 12246/86, odluka Komisije od 13. jula 1987. godine, Odluke i izvještaji 53, strana 225.).

Na tu odluku ne utiče tvrdnja Države da obzirom da presuda Apelacionog suda nije izmijenila ono što je bilo dogovoreno prijateljskim rješenjem između roditelja od 7. februara 1991. godine, ne postoji miješanje u prava gospodina Salgueiro da Silva Moutae.

Sud u vezi s tim primjećuje kako je žalba koju je podnosilac zahtjeva uložio, uspješno, na lisabonskom Sudu za porodične odnose, bila zasnovana, između ostalog, na činjenici da se njegova bivša supruga nije pridržavala odredbi sporazuma (vidjeti gore stav. broj 11.).

A. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 8. KONVENCIJE U VEZI S ČLANOM 14.

23. Obzirom na prirodu slučaja i navode podnosioca, Sud smatra prikladnim razmotriti ga prvo u smislu člana 8. u vezi s članom 14. koji propisuje “Uživanje prava i sloboda koje su priznate u (ovoj) Konvenciji obezbijediće se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost”.

24. Gospodin Salgueiro da Silva Mouta je na početku istakao kako nikad nije osporavao činjenicu da su interesi njegove kćeri najvažniji, a jedan od glavnih se sastoji od viđanja svog oca i mogućnosti da živi kod njega. Bez obzira na to, tvrdio je da presuda Apelacionog suda kojom se starateljstvo nad djetetom povjerava majci isključivo na osnovu seksualne orijentacije oca predstavlja neopravdano miješanje u njegovo pravo na poštovanje porodičnog života. Podnosilac zahtjeva se pozvao na to da je predmetna odluka bila uslovljena zastarjelim i krivim pretpostavkama koje nemaju veze sa životnim stvarnostima niti zdravim razumom. Tvrdio je kako ga je Apelacioni sud time diskriminisao na način koji član 14. Konvencije to zabranjuje. Podnosilac zahtjeva je istakao da je prvostepeni sud presudio u njegovu korist, a taj sud je jedini imao neposredna saznanja o činjenicama slučaja budući da je Apelacioni sud presudio isključivo na osnovu pismenih podnesaka.

25. Država je priznala da bi se član 8. mogao primijeniti na ovu situaciju, ali samo u odnosu na pravo podnosioca zahtjeva na poštovanje njegovog porodičnog života s njegovim djetetom.

Međutim, istaknuto je kako javne vlasti nijesu preduzele nikakve radnje koje bi predstavljale miješanje u pravo podnosioca zahtjeva na slobodno izražavanje i razvoj svoje ličnosti ili u načine na koje je vodio svoj život, posebno seksualni. Međutim, Država je u odnosu na porodični život istakla kako, što se tiče roditeljskog starateljstva, države članice imaju široka diskreciona ovlaštenja, u pogledu postizanja legitimnih ciljeva koji su propisani članom 8., stav 2., Konvencije. Dodali su da su, u ovom području, u kojem su interesi djeteta najvažniji, nacionalne vlasti, po prirodi stvari, u boljoj poziciji od međunarodnog suda. Stoga sud ne bi trebao mijenjati svoju interpretaciju stvari od nacionalnih sudova, ukoliko predmetne mjere nijesu očigledno nerazumne ili arbitrarne. U ovom slučaju je lisabonski Apelacioni sud, u skladu s portugalskim zakonom, uzeo u obzir isključivo interese djeteta. Intervencija Apelacionog suda propisana je zakonom (član 1905., stav 2., Građanskog zakona i odjeljci 178 - 180 Zakona o starateljstvu). Osim toga, slijedio je legitimni cilj, preciznije zaštitu interesa djeteta, što je bilo nužno u demokratskom društvu. Država je zaključila kako je Apelacioni sud pri donošenju odluke uzeo u obzir isključivo interese djeteta koji su najvažniji, a ne seksualnu orijentaciju podnosioca zahtjeva. Stoga, podnosilac zahtjeva nije ni na koji način bio diskriminisan.

26. Sud ponavlja kako u odnosu na uživanje prava i sloboda koje su garantovane Konvencijom, član 14. obezbjeđuje zaštitu od različitog postupanja, bez objektivnog i razumnog opravdanja, prema osobama u sličnim situacijama (vidjeti gore citiranu presudu Hoffman, strana 58, stav 31.). Mora se ustanoviti može li se podnosilac zahtjeva žaliti na takvu razliku u postupanju i ukoliko može, je li ona bila opravdana.

1. Razlika u postupanju

27. Država je osporavala navode da je u ovom slučaju došlo do različitog postupanja prema podnosiocu zahtjeva i majci M. Država je tvrdila da se odluka lisabonskog Apelacionog suda zasnivala uglavnom na činjenici da bi, u okolnostima slučaja, interesi djeteta bili bolje zadovoljeni ukoliko bi se starateljstvo nad djetetom povjerilo majci.

28. Sud ne osporava da se lisabonski Apelacioni sud vodio prvenstveno interesima djeteta kada je razmatrao brojna činjenična i zakonska pitanja koja bi mogla prevagnuti u korist jednog od roditelja. Međutim, Sud opaža kako je prilikom poništavanja odluke lisabonskog Suda za porodične odnose i, posljedično, dodjeljivanja starateljstva nad djetetom majci, a ne ocu, Apelacioni sud uveo dodatni faktor, a taj je da je podnosilac zahtjeva homoseksualac koji živi s drugim muškarcem. Sud je zato primoran zaključiti kako je došlo do razlike u postupanju prema podnosiocu zahtjeva i majci M. koja se bazirala na seksualnoj orijentaciji, koncept koji je nedvosmisleno obuhvaćen članom 14. Konvencije. S tim u vezi, Sud ponavlja da je lista koja je navedena u toj odredbi ilustrativna, a ne potpuna, što se pokazuje u riječima "bilo koja osnova kao na primjer" (na francuskom "notamment") (vidjeti presudu Engel i drugi protiv Holandije, od 8. juna 1976. godine, Serija A, br. 22, strane 30. i 31., stav 72.).

2. Opravdanje za različito postupanje (tretman)

29. Prema sudskoj praksi institucija Konvencije, razlika u postupanju je diskriminatorna u smislu člana 14. ukoliko nema objektivno i razumno opravdanje, to jest ukoliko ne slijedi legitiman cilj ili ukoliko nema razumne srazmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići (vidjeti presudu Karlheinz Schmidt protiv Njemačke od 18. jula 1994. godine, Serija A, br. 291-B, strane 32-33, stav 24.).

30. Odluka Apelacionog suda je nesporno slijedila legitiman cilj, naime zaštitu zdravlja i prava djeteta; sada treba razmotriti da li je zadovoljen i drugi uslov.

31. Prema predstavi podnosioca zahtjeva, način na koji je presuda sročena jasno ukazuje na to da je odluka o dodjeli starateljstva nad djetetom majci bila zasnovana pretežno na seksualnoj orijentaciji oca, što je nesporno dovelo do njegove diskriminacije u odnosu na drugog roditelja (majku).

32. Država je tvrdila suprotno, da je predmetna odluka samo dotakla homoseksualnost podnosioca zahtjeva. Razmatranja Apelacionog suda na koja se pozvao podnosilac zahtjeva, razmatrana u tom kontekstu, bila su čisto sociološka ili čak statistička opažanja. Čak i kada bi se složili da su neki odlomci presude mogli biti drugačije sročeni, nespretni ili nesretni izrazi ne mogu sami po sebi predstavljati kršenje Konvencije.

33. Sud ponavlja svoj raniji zaključak da je lisabonski Apelacioni sud pri razmatranju žalbe koju je podnijela majka M. uveo novi faktor prilikom odlučivanja o povjeravanju starateljstva nad djetetom, i to homoseksualnost podnosioca zahtjeva (vidjeti gore stav broj 28.). Pri odlučivanju da li donesena odluka predstavlja diskriminatorno postupanje, koje nema razumnu osnovu, treba ustanoviti da li je, kao što tvrdi Država, novi faktor bio samo obiter dictum bez direktnog uticaja na ishod slučaja ili je, suprotno, zapravo, bio odlučujući.

34. Sud navodi kako je lisabonski Sud za porodične odnose donio odluku nakon perioda u kojem su podnosilac zahtjeva, njegova bivša supruga, njihova kćerka M., L.G.C. i baba i ded, s majčine strane, obavili razgovore sa sudskim psiholozima. Sud je utvrdio činjenice te posebno uzeo u obzir izvještaje stručnjaka pri donošenju odluke. Apelacioni sud je, koji je donio presudu isključivo na osnovu pismenih podnesaka, činjenice ocijenio drugačije od prvostepenog suda i povjerio je starateljstvo nad djetetom majci. Između ostalog, uzeo je u obzir da se "starateljstvo nad malom djecom povjerava majci ukoliko ne postoje lični razlozi koji bi to doveli u pitanje" (vidjeti gore stav broj 14.). Apelacioni sud je smatrao kako ne postoje dodatni razlozi za opoziv starateljstva nad djetetom majci koja joj je povjerena sporazumom između roditelja. Međutim, Apelacioni sud je nakon tog zapažanja dodao "Čak i da to nije slučaj ... mislimo da bi starateljstvo trebalo biti povjereno majci" (ibid.). Apelacioni sud je, zatim, uzeo u obzir činjenicu da je podnosilac zahtjeva homoseksualac i da živi s drugim muškarcem zapažajući da "Dijete treba živjeti ... u tradicionalnoj portugalskoj porodici" i da "Naš zadatak ovdje nije utvrditi je li homoseksualnost bolest ili nije, ili je seksualna orijentacija prema osobama istog spola. To je abnormalnost u oba slučaja i djeca ne bi trebala odrastati u sijenci abnormalnih situacija" (ibid.).

35. Prema mišljenju Suda, gore navedeni odlomci predmetne presude su daleko od nespretnih ili nesretnih, kako je tvrdila Država, ili samo obiter dicta, nego, upravo suprotno, sugerišu da je homoseksualnost podnosioca zahtjeva faktor koji je bio odlučujući pri konačnoj odluci. Ovom zaključku ide u prilog i činjenica da je Apelacioni sud prilikom donošenja odluke o pravu na sastanke i druženja podnosioca zahtjeva, upozorio podnosioca zahtjeva da se ne ponaša na način koji bi mogao navesti njegovu kćerku da shvati da njen otac živi s drugim muškarcem "u uslovima koji nalikuju onima muža i žene" (ibid.).

36. Sud je stoga primoran utvrditi, u kontekstu gore navedenog, da je Apelacioni sud napravio razliku koja se zasnivala na razmatranju seksualne orijentacije podnosioca zahtjeva, razliku koja nije prihvatljiva prema Konvenciji (vidjeti gore navedenu mutatis mutandis, presudu Hoffmann, strana 60, stav 36.). Sud, stoga, ne može zaključiti da je postojala razumna srazmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići; stoga je došlo do kršenja člana 8. u vezi s članom 14.

B. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 8 SAMOSTALNO

37. Obzirom na zaključak iz prethodnog stava, Sud ne smatra nužnim odlučivati o navodu o kršenju člana 8 samostalno; argumenti koji su navedeni u tu svrhu su u suštini isto kao i oni koji su razmatrani u odnosu na član 8 u vezi sa članom 14.

II. PRIMJENA ČLANA 41 KONVENCIJE

38. Član 41. Konvencije propisuje: "Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutrašnje pravo zainteresovane visoke ugovorne strane omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci".

A. Šteta

39. Podnosilac zahtjeva zatražio je od Suda da mu dodjeli “pravednu naknadu”, ali bez navođenja iznosa koji zahtjeva. U ovakvim okolnostima Sud smatra da zaključak o kršenju iz ove presude, sam po sebi, predstavlja zadovoljavajuće pravednu naknadu u vezi s pretrpljenom štetom.

B. Troškovi i izdaci

40. Podnosilac je zahtijevao naknadu troškova nastalih podnošenjem predstavke, uključujući njegove troškove i troškove njegovih savjetnika koji su bili na saslušanju pred sudom, tačnije 224.919 eskudosa (PTE), 5.829 francuskih franaka, 11.060 španskih peseta i 67 njemačkih maraka, što je ukupno 423.217 PTE.

41. Dražava je odluku prepustila Sudu.

42. Sud nije zadovoljan troškovima koji su navedeni kao nužni i razumni. Provodeći pravednu procjenu, dodjeljuje podnosiocu zahtjeva jedinstvenu sumu od 350.000,00 PTE. Što se tiče izdataka, Sud smatra da su navedeni iznosi pretjerani. Sprovodeći pravednu procjenu i uzimajući u obzir okolnosti slučaja, odlučuje dodijeliti 1.500.000,00 PTE za angažman advokatkinje podnosioca zahtjeva i 300.000,00 PTE za angažman njenog savjetnika.

C. Zakonska kamata

43. Prema informacijama koje su dostupne Sudu, zakonska kamatna stopa koja se primjenjuje u Portugaliji na datum usvajanja ove presude je 7% godišnje.

IZ TIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. Presuđuje da je prekršen član 8. Konvencije u vezi sa članom 14.;
2. Presuđuje da ne postoji potreba za posebnom presudom vezano za prigovore podnesene u vezi člana 8. Konvencije samostalno;
3. Presuđuje da ova presuda sama po sebi predstavlja zadovoljavajuće pravednu naknadu pretrpljene štete;
4. Presuđuje:

(a) da tužena država podnosiocu zahtjeva treba u roku od tri mjeseca od donošenja konačne presude, u skladu s članom 44., stav 2., Konvencije, isplatiti sljedeće iznose:

- (i) 350.000,00 (tri stotine i pedeset hiljada) portugalskih eskuda na ime troškova;
- (ii) 1.800.000,00 (milion i osamsto hiljada) portugalskih eskuda na ime nadoknada;
- (b) da se osnovna kamata od 7% godišnje obračunava od isteka gore navedenog perioda od tri mjeseca do isplate;

5. Odbacuje ostatak zahtjeva za pravednom nadoknadom.

Presuda je izrađena na francuskom jeziku i objavljena na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 21. decembra 1999. godine.

Vincent Berger
Sekretar

Matti Pellonpää
Predsjednik

SLUČAJ CHRISTINE GOODWIN PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

(Predstavka br. 28957/95)

PRESUDA

Strasbourg, 11. jula 2002. godine

U slučaju **Christine Goodwin** protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Evropski sud za ljudska prava, zasijedajući u Velikom vijeću, u sljedećem sastavu: gospodin L. WILDHABER, predsjednik, gospodin J.-P. COSTA, Sir Nicolas BRATZA, gospođa E. PALM, gospodin L. CAFLISCH, gospodin R. TÜRMEN, gospođa F. TULKENS, gospodin K. JUNGWIERT, gospodin M. FISCHBACH, gospodin V. BUTKEVYCH, gospođa N. VAJIĆ, gospodin J. HEDIGAN, gospođa H.S. GREVE, gospodin A.B. BAKA, gospodin K. TRAJA, gospodin M. UGREKHELIDZE, gospođa A. MULARONI, (sudije) i gospodin P. J. MAHONEY, Sekretar, nakon vijećanja na zatvorenim sjednicama, 20. marta i 3. jula 2002, izriče sljedeću presudu, donijetu posljednjeg pomenutog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran na osnovu predstavke (br. 28957/95) protiv Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske, koju je, na osnovu ranijeg člana 25. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija), državljanka Ujedinjenog Kraljevstva, gospođa Christine Goodwin, (u daljem tekstu: podnositeljka predstavke) podnijela Evropskoj komisiji za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija), dana 5. juna 1995. godine.

2. Podnositeljku predstavke, kojoj je dodijeljena pravna pomoć, zastupali su Bindman i partneri, advokati iz Londona. Ujedinjeno Kraljevstvo (u daljem tekstu: Država/Vlada) zastupao je zastupnik, g. D. Walton, iz Ministarstva spoljnih poslova (Foreign and Commonwealth Office), iz Londona.

3. Podnositeljka predstavke tvrdila je da je došlo do povrede članova 8., 12., 13. i 14. Konvencije u pogledu pravnog statusa transrodnih osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu, a naročito u pogledu postupanja prema njima u oblasti zapošljavanja, socijalne zaštite, penzija i braka.

4. Komisija je predstavku proglasila prihvatljivom dana 1. decembra 1997. godine i prosljedila je Sudu dana 1. novembra 1999. godine u skladu sa članom 5. stav 3, druga rečenica, Protokola broj 11. uz Konvenciju, pošto Komisija nije okončala razmatranje slučaja do tog datuma.

5. Predstavka je dodijeljena Trećem odjeljenju Suda (pravilo broj 52., stav 1 Poslovnika Suda).

6. Podnositeljka predstavke i Država dostavili su svoje podneske o suštini spora (pravilo broj 59., stav 1).

7. Vijeće tog odjeljenja, koje su činile sljedeće sudije: g. J.-P. Costa, g. W. Fuhrmann, g. P. Kūris, gospođa F. Tulkens, g. K. Jungwiert, Sir Nicolas Bratza and g. K. Traja, gospođa S. Dollé, sekretar odjeljenja, ustupilo je nadležnost Velikom vijeću dana 11. septembra 2001. godine, pri čemu nijedna strana nije imala prigovor na ustupanje nadležnosti (član 30. Konvencije i pravilo broj 72.).

8. Sastav Velikog vijeća određen je u skladu s članom 27. stavovi 2. i 3. Konvencije i pravilom broj 24. Poslovnika Suda. Predsjednik Suda donio je odluku da se, u interesu ispravnog postupanja, slučaj dodijeli Velikom vijeću koje je obrazovano radi održavanja rasprave u slučaju I. protiv UK (I. v. the United Kingdom) (predstavka br. 25680/94) (pravila broj 24., 43., stav 2., kao i pravilo broj 71.).

9. Podnositeljka predstavke i Država dostavili su svoje podneske o suštini spora. Takođe su dostavljeni komentari trećeg lica, "Libertija" ("Liberty"), kome je predsjednik Suda dao dozvolu da podnese pisani podnesak (član 36 stav 2 Konvencije i pravilo broj 61., stav 3.).

10. Rasprava po ovom i slučaju I. protiv UK, (br. 25680/94), održana je u zgradi ljudskih prava u Strazburu dana 20. marta 2002. godine (pravilo 59, st. 2).

Pred Sudom su se pojavili:

(a) u ime Države: g. D. Walton, zastupnik (agent), g. Rabinder Singh, advokat, g. J. Strachan, advokat, g. C. Lloyd, gospođica A. Powick, gospođica S. Eisa, savjetnici;

(b) u ime podnositeljke predstavke: gospođica L. Cox, Q. C., advokat, g. T. Eicke, advokat, gospođica J. Sohrab, advokat.

Raspravi je prisustvovala i podnositeljka predstavke.

Sud je saslušao obraćanje gospođice Cox i g. Rabindera Singh-a.

11. Gđu Tsatsa-Nikolovska i g. Zagrebelsky, koji nijesu mogli da učestvuju u daljem razmatranju slučaja, zamijenili su gđa Mularoni i g. Caflisch, 3. jula 2002. godine.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

12. Podnositeljka predstavke je državljanka Ujedinjenog Kraljevstva, rođena 1937. godine, i transrodna je osoba koja je, putem operacije, promijenila pol iz muškog u ženski.

13. Podnositeljka predstavke je od ranog djetinjstva imala običaj da se oblači kao žena i podvrgla se terapiji averzije u periodu od 1963. do 1964. godine. Sredinom 60-tih, postavljena joj je dijagnoza da je transseksualka. Iako je sklopila brak sa ženom, s kojom ima četvoro dece, bila je ubijeđena da „pol kojem mentalno pripada“ ne odgovara njenom fizičkom polu. Od tog trenutka, pa sve do 1984. godine, ona se za odlazak na posao oblačila kao muškarac, dok se u slobodno vrijeme oblačila kao žena. Januara 1985. godine, podnositeljka predstavke započela je ozbiljno liječenje, odlazeći svaka tri mjeseca u Kliniku za rodni identitet bolnice “Charing Cross” na tretmane koji su podrazumijevali redovne konsultacije s psihijatrom, a povremeno i s psihologom. Prepisana joj je hormonska terapija i počela je da pohađa časove dotjerivanja i glasovne vježbe. Otada je u potpunosti živjela kao žena. Oktobra 1986. godine, podvrgla se operaciji skraćivanja glasnih žica. Avgusta 1987. godine, stavljena je na listu čekanja za operaciju promjene pola. Operacija promjene pola obavljena je u jednoj državnoj bolnici 1990. godine. Njeno liječenje i operaciju obezbijedila je i finansirala Nacionalna zdravstvena služba.

14. Podnositeljka predstavke razvela se od bivše supruge, nije navedeno kog datuma, ali su djeca nastavila da joj pružaju ljubav i podršku.

15. Podnositeljka predstavke tvrdi da su je, u periodu između 1990 - 1992. godine, kolege na poslu seksualno uznemiravale. Pokušala je da, pred Sudom za radne sporove, dobije spor zbog seksualnog uznemiravanja, ali je tvrdila da u tome nije uspjela jer se, u očima zakona, tretira kao muškarac. Ovu odluku nije osporila ulaganjem žalbe Drugostepenom sudu za radne sporove. Nakon toga, podnositeljka predstavke otpuštena je s posla iz razloga vezanih za njeno zdravstveno stanje, ali ona tvrdi da je pravi razlog bio taj što je transrodna osoba.

16. Podnositeljka predstavke je 1996. godine počela da radi kod novog poslodavca i od nje je zatraženo da dostavi svoj broj socijalnog osiguranja (“National insurance - NI, u daljem tekstu: SO). Strahovala je da će novi poslodavac na taj način moći da dođe do podataka o njoj, pošto će, kad dobije taj broj, biti u prilici da sazna ko su njeni bivši poslodavci i da od njih dobije informacije. Iako je od Službe za socijalnu zaštitu (u daljem tekstu: SSZ) zatražila novi broj SO, njen zahtjev je odbijen, pa je na kraju novom poslodavcu dala svoj broj SO. Podnositeljka predstavke tvrdi da je novi poslodavac sada otkrio njen identitet jer je počela da ima probleme na poslu. Kolege su prestale da razgovaraju s njom i rečeno joj je da je svi ogovaraju iza leđa.

17. Agencija SSZ za doprinose obavijestila je podnositeljku predstavke da pravo na državnu penziju neće moći da stekne s navršениh 60 godina života, što je starosna granica za sticanje tog prava za žene u Ujedinjenom Kraljevstvu. Aprila 1997. godine, SSZ je obavijestila podnositeljku predstavke da će njeni doprinosi za penziju i dalje morati da se uplaćuju sve dok ne navršі 65 godina – što je starosna granica za sticanje tog prava za muškarce – odnosno do aprila 2002. godine. Zato se, dana 23. aprila 1997. godine, obavezala da će SSZ direktno uplaćivati doprinose za SO, koje bi poslodavac inače odbijao od njene zarade, kao u slučaju svih zapošljenih muškaraca. U svjetlu ove obaveze, Agencija SSZ je za doprinose, dana 2. maja 1997. godine, podnositeljki predstavke izdala potvrdu na obrascu CF 384 o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje po osnovu godina života (vidi relevantno domaće pravo i praksu u daljem tekstu).

18. Dosije podnositeljke predstavke, u SSZ, označen je kao “osjetljiv” kako bi se obezbijedilo da njenom dosijeu može da pristupi isključivo službenik određenog nivoa. To je u praksi značilo da je podnositeljka predstavke morala posebno da zakazuje posjete, čak i za najjednostavnije stvari, kao i da nije mogla direktno da se obrati lokalnoj ispostavi niti da dobije informacije preko telefona. U njenom kartonu, ona se i dalje vodi kao osoba muškog pola i, uprkos “posebnim procedurama”, od SSZ dobija dopise adresirane na njeno muško ime koje je dobila po rođenju.

19. Podnositeljka predstavke je u više navrata izjavila da je morala da bira između toga da li da pokaže svoj izvod iz matične knjige rođenih ili da se odrekne izvjesnih pogodnosti za koje je bilo potrebno dostaviti taj izvod. Konkretno, ona nije iskoristila kredit koji je bio uslovljen životnim osiguranjem, ponudu za obnovu hipoteke, kao ni pravo na naknadu za ogrijev od strane SSZ. Isto tako, podnositeljka predstavke i dalje ima obavezu da plaća skuplje premije za osiguranje vozila, koje važe za muškarce. Ona takođe nije mogla da smogne snage da policiji prijavi da joj je ukradeno 200 funti jer se plašila da će se u toku istrage od nje tražiti da otkrije svoj identitet.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

A. Imena

20. Prema engleskom pravu, lice ima pravo da uzme lična imena ili prezime koje želi. Ta imena su važeća u svrhu identifikacije i mogu se koristiti u pasošima, vozačkim dozvolama, zdravstvenim knjižicama i potvrdama o osiguranju, itd. Nova imena upisuju se i u birački spisak.

B. Brak i definicija pola u domaćem pravu

21. Prema engleskom pravu, brak je definisan kao dobrovoljna zajednica muškarca i žene. U slučaju *Corbett v. Corbett* ((1971) Probate Reports 83), sudija g. Ormrod donio je odluku da se, u tu svrhu, pol utvrđuje na osnovu analize hromozoma, gonada i polnih organa ako se njihovi rezultati poklapaju, bez obzira na eventualni hirurški zahvat. Ovakvo korišćenje bioloških kriterijuma za utvrđivanje pola odobrio je Apelacioni sud u slučaju *R. v. Tan* (1983), Queen’s Bench Reports 1053) i ono je dobilo širu primjenu nakon što je sud zaključio da je osoba koja je rođena kao muškarac propisno osuđena u skladu sa zakonskom odredbom kojom je predviđeno kažnjavanje muškaraca koji žive od prostitucije, bez obzira na to što je optuženi bio podvrgnut terapiji promjene pola.

22. Prema članu 11 (b) Zakona o bračnim sporovima iz 1973. godine, svaki brak u kojem supružnici nijesu muškarac i žena je nevažeći. Za utvrđivanje pola supružnika koristi se analiza koja je propisana u prethodno navedenom slučaju *Corbett v. Corbett*. Prema toj istoj odluci, brak između muškarca i transrodne osobe koji je od muškarca postao žena takođe bi mogao da se poništi na osnovu argumenta da transrodna osoba ne može da ispunjava bračne dužnosti u smislu normalnih i potpunih seksualnih odnosa (obiter per sudije g. Ormrod-a). Ova odluka

argumentovana je članom 12. (a) Zakona o bračnim sporovima iz 1973. godine, prema kojem je moguće poništiti brak koji nije konzumiran zbog toga što jedan od supružnika ne može da ispunjava bračne dužnosti. U članu 13 (1) tog zakona propisano je da sud ne smije da donese rješenje o poništenju braka ako se uvjeri da je tužitelj znao da brak može da se poništi, ali je naveo tuženog da povjeruje da neće tražiti poništenje braka, kao i ako se uvjeri da bi donošenje takvog rješenja bilo nepravično.

C. Izvodi iz matične knjige rođenih

23. Upis u matične knjige rođenih uređeno je Zakonom o upisu u matične knjige rođenih i umrlih iz 1953. godine (u daljem tekstu: Zakon iz 1953. godine). U članu 1. (1) Zakona propisano je da rođenje svakog djeteta mora da evidentira matičar zadužen za upis rođenih i umrlih na području na kojem je dijete rođeno. Smatra se da upis predstavlja evidenciju o činjeničnom stanju u trenutku rođenja. Shodno tome, izvod iz matične knjige rođenih predstavlja dokument koji ne otkriva trenutni identitet osobe, već istorijske činjenice.

24. U izvod iz matične knjige rođenih mora da se upiše pol djeteta. Ovim zakonom nijesu definisani kriterijumi za utvrđivanje pola djeteta u trenutku rođenja. Prema praksi matičara, koriste se isključivo biološki kriterijumi (analiza hromozoma, gonada i polnih organa), kako je propisao sudija Ormrod u prethodno navedenom slučaju Corbett v. Corbett.

25. Zakonom iz 1953. godine predviđena je mogućnost ispravke administrativnih ili materijalnih grešaka od strane matičara. Zvaničan stav je da izmjena i dopuna podataka može da se izvrši isključivo ako je greška napravljena prilikom upisa rođenja djeteta u matičnu knjigu rođenih. To što u kasnijem životu može da se ispostavi da "psihološki" pol neke osobe nije u skladu s biološkim kriterijumima ne smatra se da ukazuje na materijalnu grešku napravljenu prilikom prvobitnog upisa u matičnu knjigu rođenih. Samo u slučajevima kada je očigledan i fenotipski pol pogrešno utvrđen ili kada se biološki kriterijumi ne poklapaju, može da se unese izmjena u prvobitni upis. U tu svrhu je neophodno dostaviti medicinske dokaze o tome da je prvobitni upis bio netačan. Ne prihvata se da je napravljena greška prilikom upisa u matičnu knjigu rođenih kod osobe koja se podvrgne terapiji lijekovima i hirurškom zahvatu koji će joj omogućiti da preuzme ulogu suprotnog pola.

26. Država ukazuje da se glavni matičar ne zalaže za upotrebu izvoda iz matične knjige rođenih u svrhu identifikacije, tako da izvodi iz matične knjige rođenih već nekoliko godina sadrže upozorenje da oni ne predstavljaju dokaz o identitetu osobe koja ga podnosi. Međutim, na pojedincima je da odluče da li će postupati u skladu s ovom preporukom.

D. Socijalna zaštita, zapošljavanje i penzije

27. Za potrebe socijalne zaštite, socijalnog osiguranja i zapošljavanja, transrodna osoba se i dalje vodi kao pripadnik_ca onog pola koji je upisan po njegovom odnosno njenom rođenju.

1. Socijalno (nacionalno) osiguranje

28. Za potrebe socijalnog osiguranja (SO), SSZ sve britanske državljane_ke evidentira na osnovu podataka iz izvoda iz matične knjige rođenih. Osobe koje nijesu britanski_e državljani_ke, a žele da se prijave na SO u Ujedinjenom Kraljevstvu (UK), svoj identitet mogu da dokažu uz pomoć pasoša ili lične karte ako nemaju izvod iz matične knjige rođenih.

29. Svakoj osobi koja se prijavi, SSZ dodjeljuje jedinstveni broj SO. Broj SO ima standardnu formu, sastavljenu od dva slova iza kojih slijede tri para cifara, kao i još jedno slovo. Sam po sebi, taj broj ni na koji način ne ukazuje na pol osigurane osobe niti na bilo koje druge lične podatke. Broj SO se koristi da bi se utvrdio račun SO svakog lica (trenutno postoji približno

60 milijuna pojedinačnih računa SO). SSZ na taj način može da evidentira podatke o svim doprinosima za SO koji se na račun osigurane osobe uplaćuju tokom njenog života, kao i da precizno prati obaveze, doprinose i pravo na naknade svih osoba. U izuzetnim slučajevima, osobama mogu se izdati novi brojevi, na primjer u okviru programa za zaštitu svjedoka ili zaštitu identiteta maloljetnih počinitelja krivičnih djela.

30. Prema pravilu broj 44. Pravidnika o socijalnom osiguranju (doprinosima za socijalno osiguranje) iz 1979. godine, koje je donijeto na osnovu stava 8. (1) (p) Priloga 1 uz Zakon o doprinosima za socijalno osiguranje i naknadama na ime socijalnog osiguranja iz 1992. godine, određene osobe su dužne da se prijave za broj SO ako im taj broj prethodno nije dodijeljen.

31. Prema pravilu broj 45. Pravidnika iz 1979. godine, zapošljena osoba je dužna da poslodavcu, na zahtjev, dostavi svoj broj SO.

32. Član 112 (1) Zakona o socijalnom osiguranju iz 1992. godine propisuje:

1. Ako osoba radi ostvarivanja bilo kakve naknade ili drugog vida novčane pomoći predviđene zakonom ...(kako je utvrđeno u članu 110. Zakona)... bilo za sebe ili za neku drugu osobu, ili u bilo koju drugu svrhu u vezi s tim zakonom –

a. da iskaz ili izjavu za koju zna da je lažna; ili

b. dostavi ili pribavi, ili svjesno omogući ili dozvoli da bude dostavljen ili pribavljen bilo koji dokument ili informacija za koje zna da sadrže lažne podatke, smatraće se odgovornim za krivično djelo.“

33. Prema tome, na osnovu ovog člana, ako bilo koja osoba da lažnu izjavu da bi došlo do broja SO, to bi se smatralo krivičnim djelom.

34. Svako može da odabere lično ime, prezime ili način oslovljavanja (npr. gđin_gđa_gđica) koje želi radi prijavljivanja na SO pod tim imenom. Svaku izmjenu te vrste SSZ će unijeti u kompjuterski dosije dotične osobe, njegov_njen fizički karton i karticu s brojem SO. Međutim, politika SSZ je takva da jedna osoba može da ima samo jedan broj SO, bez obzira na eventualne promjene polnog identiteta putem nekog zahvata, kao što je operacija promjene pola. Ponovljenu predstavku, u kojoj je jedna transrodna osoba koja je od muškarca postala žena tražila da joj se dozvoli da podnese zahtjev za sudsko preispitivanje ove politike, Apelacioni sud je odbio u slučaju R. v. Secretary of State for Social Services ex parte Hooker (1993) (neobjavljen). Izričući presudu Suda, lord sudija g. McCowan je (na strani 3. zapisnika) naveo sljedeće:

“...pošto u praksi to nimalo neće promijeniti stvari, uopšte ne smatram da je odluka ministra nerazumna, već smatram da je savršeno razumna. Takođe bih odbacio sugestiju da je podnositeljka žalbe s pravom očekivala da će joj novi broj biti dodijeljen iz psiholoških razloga, kada to zapravo ne bi imalo nikakvog efekta u praksi.“

35. Podaci koji se u okviru SSZ nalaze u evidenciji o socijalnom osiguranju povjerljivi su i obično se ne daju trećim osobama bez odobrenja osobe na koje se odnose. Izuzeci su mogući u slučajevima kada je u pitanju javni interes ili je otkrivanje podataka neophodno da bi se zaštitila državna sredstva. Na osnovu člana 123. Zakona o socijalnom osiguranju, iz 1992. godine, ako neka osoba koja je zapošljena u Zavodu za socijalno osiguranje neovlašćeno otkrije podatke do kojih je došlo u toku svoje službe, takav postupak smatraće se krivičnim djelom.

36. SSZ ima takvu politiku da se dosije i osobama za koje se zna da su transrodne osobe obično označavaju kao osjetljivi na nivou cijele zemlje. Pristup ovim podacima kontroliše rukovodstvo SSZ. Svaki odštampani dokument iz ovih dosijea obično se upućuje poseboj službi u okviru SSZ kako bi se obezbijedilo da podaci o identitetu budu u skladu s podacima koje je dotična osoba tražila.

37. Doprinosi za socijalno osiguranje uplaćuju se tako što poslodavac od zarade zapošljene osobe odbija određeni iznos, koji zatim uplaćuje Poreskoj upravi (koja ga dalje prosljeđuje SSZ). Prema trenutnoj praksi, zapošljenim ženama poslodavci taj iznos odbijaju od plate sve dok ne navrše 60 godina, kada stiču uslove za odlazak u penziju, dok za zapošljene muškarce to čine do navršenih 65 godina života. SSZ sprovodi politiku prema kojoj transrodna osoba koja je od muškarca postala žena, po navršenih 60. godina života, može da na sebe preuzme obavezu da SSZ direktno uplaćuju sve neuplaćene doprinose za socijalno osiguranje koje je poslodavac prestao da mu odbija od zarade jer je bio uvjeren da je zapošljeni žena. U slučaju transrodne osobe koja je od žene postao muškarac, takav zapošljeni može da od SSZ direktno traži povraćaj svih sredstava koja mu je na ime doprinosa poslodavac odbijao od zarade nakon što je navršio 60 godina života.

38. U nekim slučajevima, poslodavci će tražiti dokaz da je zapošljena, koja je po svojoj prilici žena, napunila ili će uskoro napuniti 60 godina, čime stiče pravo da joj se od zarade više ne odbijaju doprinosi za socijalno osiguranje. Taj dokaz može da se dostavi u vidu potvrde o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje po osnovu godina života (obrazac CA4180 ili CF384). SSZ takvu potvrdu može da izda transrodnoj osobi koja je od muškarca postala žena ako ta osoba preuzme na sebe obavezu da sve doprinose za socijalno osiguranje uplaćuje direktno SSZ.

2. Državne penzije

39. Prema trenutnoj praksi, transrodna osoba koja je od muškarca postala žena pravo na državnu penziju stiže kad navršši 65 godina života, što je uslov za odlazak u starosnu penziju koji važi za muškarce, a ne s navršenih 60 godina, što je uslov za žene. Punu penziju moći će da dobija samo ako je doprinose uplaćivao 44 godine, a ne 39 godina, koliko žene moraju da ih uplaćuju.

40. U svrhu odlaska u starosnu penziju, pol se utvrđuje na osnovu biološkog pola u trenutku rođenja. Ovakav pristup odobren je od strane povjerenika za socijalnu zaštitu (službenik_ca suda, specijalizovan_a za zakon o socijalnoj zaštiti) kod nekoliko slučajeva:

U slučaju R(P) 2/80, transrodna osoba koja je od muškarca postala žena tražila je da joj se odobri pravo da se penzioniše s navršenih 60 godina života. Povjerenik je taj zahtjev odbacio i u stavu 9. svoje odluke naveo je kako slijedi:

(a) Po mom mišljenju, riječ “žena“ u članu 27. Zakona podrazumijeva osobu koja je u biološkom smislu žena. U članovima 28. i 29., žena se na više mjesta pominje na način koji ukazuje da se pod tim podrazumijeva osoba koja može da stupi u pravno važeći brak s mužem. To jedino može da bude osoba koja je u biološkom smislu žena.

(b) Sumnjam da su, prilikom donošenja relevantnih zakona, zakonodavci u bilo kom trenutku imali na umu razliku između osobe koja je u biološkom smislu žena i osobe koja je žena u društvenom smislu. Bilo kako bilo, sigurno je da Parlament nikada nikome nije dao pravo ili privilegiju da mijenja osnovu svojih prava u oblasti socijalnog osiguranja i da od prava koja važe za muškarce pređe na prava koja važe za žene. Po mom mišljenju, takvo osnovno pravo ili privilegija morali bi da budu izričito dati. ...

(d) Potpuno razumijem veliku nepovoljnost u kojima se nalazi podnositeljka zahtjeva, ali suština spora nije u potpunosti na njenoj strani. Ona je od rođenja do 1975. godine živjela kao muškarac, a tokom jednog dijela perioda otkako je postala punoljetna uživala je prava u oblasti osiguranja koja važe za muškarce. U izvjesnim aspektima, ta prava su sveobuhvatnija od prava koja važe za žene. Shodno tome, možda bi morao da se toleriše jedan element nepravdnosti prema javnosti kako bi se dozvolilo da penzija počne da joj se isplaćuje kada stekne uslov za odlazak u starosnu penziju koji važi za žene.“

41. Država je započela planove za ukidanje razlike između muškaraca i žena u pogledu starosne granice kada se stiče pravo na državnu penziju. Izjednačavanje starosne granice treba da otpočne 2010. godine, a predviđa se da će taj proces biti okončan do 2020. godine. Što se tiče povlastica za besplatan prevoz gradskim autobusom u Londonu, kod kojih se opet pravi razlika između muškaraca i žena u pogledu starosne granice kada na to stiču pravo (65 godina za muškarce, 60 za žene), Država je takođe najavila planove za uvođenje jedinstvene starosne granice.

3. Zapošljavanje

42. Prema članu 16. (1) Zakona iz 1968. godine, kojim se sankcioniše pribavljanje protivpravne imovinske koristi, ostvarivanje novčane koristi na nepošten način, putem obmane, smatra se krivičnim djelom za koje je zapriječena zatvorska kazna. Prema članu 2. (c), novčana korist podrazumijeva dobijanje mogućnosti za ostvarivanje zarade u okviru radnog odnosa. Ako potencijalni poslodavac od transrodne osobe koja je putem operacije promijenila pol traži da mu navede sva svoja prethodna imena, a ovaj to u potpunosti ne učini prije zaključenja ugovora o radu, to bi moglo da se smatra krivičnim djelom. Pored toga, ako poslodavac otkrije da mu nijesu navedeni svi traženi podaci, onda ta osoba može da dobije otkaz ili poslodavac može da ga tuži i traži naknadu štete.

43. U presudi od 30. aprila 1996. godine, u slučaju *P. v. S. and Cornwall County Council*, Evropski sud pravde (ESP) je zaključio da diskriminacija koja proističe iz promjene pola predstavlja diskriminaciju po osnovu pola, pa je, shodno tome, član 5. stav 1 Direktive Savjeta br. 76/207/EEZ od 9. februara 1976. godine u vezi sa sprovođenjem načela ravnopravnog postupanja prema muškarcima i ženama u smislu pristupa zapošljavanju, stručnom osposobljavanju i unapređenju, kao i u smislu uslova rada, isključuje mogućnost otpuštanja transrodne osobe iz razloga koji se tiču promjene pola. Odbacujući argument Države, Ujedinjenog Kraljevstva, o tome da bi poslodavac otpustio P. čak i da je P. prethodno bio žena koja je putem operacije promijenila pola i postala muškarac, ESP je zaključio kako slijedi:

“...ako osoba dobije otkaz zato što namjerava da promijeni pol ili zato što je to već učinila, tada se smatra da se prema takvoj osobi postupa nepovoljno u odnosu na druge pripadnike_ ce pola kome je ona smatrala da pripada prije nego što je promijenila pol.

Tolerisanje takvog vida diskriminacije prema toj osobi bilo bi jednako nepoštovanju dostojanstva i slobode na koje ona ima pravo i koje je Sud dužan da štiti.“ (stavovi 21–22)

44. Odluku ESP Drugostepeni sud za radne sporove primijenio je u odluci donijetoj 27. juna 1997. godine (u slučaju *Chessington World of Adventures Ltd v. Reed* [1997], 1 *Industrial Law Reports*).

45. Propisi o spriječavanju diskriminacije po osnovu pola (promjene roda) iz 1999. donijeti su u cilju postupanja u skladu s odlukom koju je Evropski sud pravde donio u slučaju *P. v. S. and Cornwall County Council* (30. aprila 1996. godine). Tim propisima je, u opštem smislu, predviđeno da se prema transrodnim osobama na radnom mjestu ne smije postupati lošije samo zato što su transrodne osobe (bez obzira da li se radi o osobama prije ili poslije operacije promjene pola).

E. Silovanje

46. Prije 1994. godine, u svrhu zakona kojim je sankcionisano silovanje, transrodna osoba koja je od muškarca postala žena smatrala bi se muškarcem. Po članu 142. Zakona o krivičnopravnoj zaštiti i javnom redu iz 1994. godine, da bi se utvrdilo da se radi o silovanju, moralo je da dođe do “vaginalnog ili analnog polnog odnosa s nekom osobom“. U presudi od 28. oktobra 1996. godi-

ne, Sud u Redingu (Reading Crown Court) konstatovao je da se penetracija penisom u vještačku vaginu transrodne osobe koja je od muškarca postao žena takođe tretira kao silovanje: R. v. Matthews (neobjavljena).

F. Lišavanje slobode

1. Zatvorska pravila obično nalažu odvojeni smještaj muških i ženskih zatvorenika_ca, kao i to da svlačenje i pretresanje zatvorenika_ca ne smije da se vrši u prisustvu osoba suprotnog pola (pravilo broj 12. (1), odnosno broj 41. (3), Zatvorska pravila iz 1999. godine).

2. Prema izvještaju Radne grupe za transrodne osobe (Ministarstvo unutrašnjih poslova, april 2000. godine, vidjeti stavove 49–50 u daljem tekstu), koja je sprovela istraživanje zakona i prakse, transrodne osobe koje su putem operacije promijenile pol po mogućnosti se upućuju u zatvorsku ustanovu u kojoj su smješteni zatvorenici_ce istog pola kao što je njihov novi pol. Razmotrene su i detaljne smjernice u vezi s pretresanjem zatvorenika_ca - transrodnih osoba, kojima je predviđeno da se transrodne osobe koje su putem operacije promijenile pol iz muškog u ženski prilikom pretresa tretiraju kao žene i da ih pretresaju isključivo žene (vidjeti stavove 2.75–2.76).

G. Trenutni razvoj događaja

1. Analiza položaja transrodnih osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu (UK)

49. Ministar unutrašnjih poslova je, 14. aprila 1999. godine, saopštio da je formirana Međuresorska radna grupa za transrodne osobe, sa sljedećim projektnim zadatkom: “da razmotri, s posebnim osvrtom na izvode iz matične knjige rođenih, potrebu za uvođenjem odgovarajućih zakonskih mjera za rješavanje problema s kojima su suočene transrodne osobe, uzimajući u obzir naučna i društvena kretanja, kao i mjere koje su druge zemlje preduzele u cilju njihovog rješavanja.”

50. Aprila 2000. godine, Radna grupa je sačinila izvještaj u kojem je iznijela ocjenu trenutnog položaja transseksualaca u UK, s posebnim osvrtom na njihov status u domaćem pravu, kao i na promjene koje bi mogle da se izvrše. Tom prilikom je došla do sljedećih zaključaka:

“5.1. Transrodne osobe na razne načine izlaze na kraj sa svojom situacijom. Neke od njih žive kao pripadnici_ce suprotnog pola, ne podvrgavajući se nikakvim tretmanima da bi stekli fizičke attribute tog pola. Drugi uzimaju hormone kako bi stekli neke sekundarne odlike odabranog pola. Manji broj njih će se podvrgnuti hirurškim zahvatima kako bi njihova tijela što više bila slična tijelima pripadnika_ca novostečenog pola. Obim tretmana može da bude stvar ličnog izbora ili da zavisi od drugih faktora, poput zdravstvenog stanja ili finansijskih sredstava. Mnogi ljudi se ponovo vraćaju svom biološkom polu, nakon što su neko vrijeme živjeli kao pripadnici_ce suprotnog pola, a neki, ipak, cijelog života prelaze iz jednog pola u drugi. Prema tome, prilikom razmatranja daljih koraka, treba uzeti u obzir potrebe ljudi u ovim različitim fazama promjene.

5.2. U određenim oblastima već su preduzete mjere za pomoć transrodnim osobama. Na primjer, diskriminacija na radnom mjestu po osnovu transrodnosti je zabranjena Propisima o zabrani diskriminacije po osnovu pola (promjene roda) iz 1999. godine, kojima je, uz nekoliko izuzetaka, predviđeno da se prema transrodnoj osobi (bez obzira da li se radi o osobi prije ili poslije operacije promjene pola) ne smije nepovoljnije postupati samo zato što je transrodna osoba. Krivičnopravni sistem (odnosno policija, zatvori, sudovi, itd.) nastoji da izađe u susret potrebama transrodnih osoba onoliko koliko je to moguće u okviru operativnih ograničenja. Transrodna osoba koja je počinila krivično djelo obično će biti optužena kao pripadnik_ca novostečenog pola, a zatvorenik_ca, transrodna osoba, koja je putem operacije promijenila pol

obično će biti upućena u odgovarajuću zatvorsku ustanovu koja je u skladu s novim statusom. Isto tako, transrodne osobe žrtve i svjedoci, u većini slučajeva, biće tretirani kao pripadnici_cenovostečenog pola.

5.3. Pored toga, u slučajevima gdje se radi o identifikaciji, a ne o pravnom statusu takvih osoba, često se izdaju zvanični dokumenti u kojima je naveden njihov novostečeni pol. Na taj način, transrodna osoba može da pribavi pasoš, vozačku dozvolu, zdravstvenu knjižicu itd., u kojima će biti naveden njegov novi pol. Kako smo shvatili, mnogi nevladini organi, poput ispitnih komisija, često izdaju nova uvjerenja o položenim ispitima, itd. (ili neki drugi dokaz o kvalifikacijama) u kojima je naveden traženi pol. Takođe smo utvrdili da barem jedno osiguravajuće društvo transrodnim osobama izdaje polise u kojima je naveden njihov novostečeni pol.

5.4. Uprkos ovim odredbama, transrodne osobe su svjesne određenih problema s kojima najveći dio stanovništva ne mora da se suočava. U podnescima dostavljenim Radnoj grupi ukazano je da u najvažnije oblasti u kojima transrodna zajednica traži promjene spadaju izvodi iz matične knjige rođenih, pravo na stupanje u brak i puno priznavanje njihovog novog pola u sve pravne svrhe.

5.5. Utvrdili smo da postoje tri moguće opcije u budućnosti:

- da trenutno stanje ostane nepromijenjeno;
- da se izdaju izvodi iz matične knjige rođenih u kojima će biti navedeno novo ime i, po mogućnosti, novi pol osobe;
- da, u pravnom smislu, novi pol bude u potpunosti priznat, pod uslovom da se primjene određeni kriterijumi i procedure.

Predlažemo da, prije izjašnjavanja o ovim opcijama, država eventualno obavijavi javne konsultacije u vezi s ovim pitanjima.“

51. Ovaj izvještaj predložen je Parlamentu jula 2000.godine. Kopije izvještaja sačuvane su u biblioteke oba doma Parlamenta i poslate na 280 adresa, uključujući članove radne grupe, državne zvaničnike, članove Parlamenta, pojedince i organizacije. Javnost je o ovom izvještaju obaviještena u saopštenju Ministarstva unutrašnjih poslova, a uvid u izvještaj građani mogu da dobiju ako se tom ministarstvu obrate pismenim putem, elektronskom poštom, telefonom ili preko veb-sajta Ministarstva.

2. Nedavna domaća sudska praksa

52. U slučaju *Bellinger v. Bellinger*, EWC Civ 1140 [2001], 3 FCR 1, podnositeljka žalbe, koja je po rođenju bila registrovana kao osoba muškog pola, podvrgla se operaciji promjene pola i 1981. godine zasnovala neki vid bračne zajednice s muškarcem koji je bio upoznat s njenom prošlošću. Ona je tražila da se taj brak proglašava važećim na osnovu Zakona o porodičnom pravu iz 1986. godine. Apelacioni sud je, većinom glasova, zaključio da je njen brak nevažeći pošto supružnici nisu muškarac i žena, što je trebalo da se utvrdi na osnovu bioloških kriterijuma, kako je navedeno u odluci u slučaju *Corbett v. Corbett* (1971). Mada je konstatovano da se sve veći naglasak stavlja na uticaj psiholoških faktora na pol, nije jasno u kom trenutku za takve faktore može da se kaže da su doveli do promjene pola. Neko ko je po rođenju pravilno upisan kao osoba muškog pola, a kasnije se podvrgao operaciji promjene pola i sada živi kao žena, smatra se muškarcem u biološkom smislu i stoga se, u svrhu braka, ne može definisati kao osoba ženskog pola. Odluku o tome u kom trenutku bi bilo svrsishodno priznati da je osoba kojoj je po rođenju pripisan jedan pol promijenila pol u svrhu sklapanja braka treba da donese Parlament, a ne sudovi. Lejdi Elizabeth Butler - Slos (Elizabeth Butler - Sloss), predsjednica Porodičnog odjeljenja ovog Suda, konstatovala je da je Evropski sud za ljudska prava upozorio da i dalje nema nikakve reakcije u pogledu položaja transrodnih osoba i primijetila da je najviše zbog tih kritika i osnovana Međuresorska radna grupa, koja je, aprila 2000.

godine, objavila detaljnu i sveobuhvatnu ocjenu tog medicinskog stanja, trenutne prakse u drugim zemljama, kao i stanja domaćeg, engleskog, prava u pogledu relevantnih aspekata života pojedinca:

“[95.] ... Pitali smo g. Moylan-a, zastupnika državnog tužioca, kakve korake preduzima bilo koji od državnih resora u cilju dalje razrade bilo koje od preporuka iz tog izvještaja ili izrade informativnog dokumenta za potrebe javne rasprave.

[96.] Na naše zaprepašćenje, rečeno nam je da nijesu preduzeti nikakvi koraci, a koliko je g. Moylan-u poznato, nijesu ni planirani da se preduzmu u cilju daljeg rješavanja ovog pitanja. Prema tome, čini se da naručivanje i izrada ovog izvještaja predstavljaju cjelokupnu aktivnost koja je preduzeta u pogledu problema koje je ministar unutrašnjih poslova utvrdio u projektnim zadacima, a članovi Radne grupe u svojim zaključcima. Nama se čini da to predstavlja neuvažavanje sve veće zabrinutosti i promjene stavova širom zapadne Evrope, koji su jasno i snažno istaknuti u presudama Evropskog suda u Strasbourgu-u, a kojima, po našem mišljenju, UK mora da se pozabavi...

[109.] Međutim, svakako imajući na umu kritike Evropskog suda za ljudska prava, dodali bismo i to da sadašnji krajnje nezadovoljavajući položaj i patnja transrodnih osoba nesumnjivo zahtijevaju pažljivo razmatranje. Preporuka Međuresorne radne grupe da se održe javne konsultacije zaslužuje da državni resori, koji se bave ovim pitanjima, preduzmu nešto po ovim pitanjima. Ovi problemi neće sami od sebe nestati, već se, prije ili kasnije, mogu ponovo naći pred Evropskim sudom.“

53. U svom izdvojenom mišljenju uz presudu, sudija Thorpe je iznio stav da osnovanost presude u slučaju Corbett v. Corbett više nije toliko sigurna, smatrajući da pristup koji se svodi na biološke kriterijume više nije prihvatljiv u kontekstu promjena u oblasti nauke, medicine i društva.

“[155.] U kontekstu braka, tvrdnja da hromozomski faktor predstavlja uvjerljiv ili čak dominantan dokaz meni djeluje naročito sporna jer je u pitanju jedna nevidljiva pojedinačna odlika, koja se ne može uočiti niti registrovati ni na jedan drugi način osim uz pomoć naučnog testa. Taj faktor ni na koji način ne doprinosi fiziološkom ili psihološkom aspektu ličnosti. U kontekstu institucije braka, onakve kakva je danas, zaista mi se čini da je, kao stvar principa i logike, ispravno dati prednost psihološkim faktorima, isto kao što mi se čini da je ispravno da se suštinska procjena pola izvrši ili prilikom sklapanja braka ili neposredno prije toga, a ne u trenutku rođenja...

[160.] Više je nego očigledno da ova žalba spada u domen porodičnog sudstva. Taj sistem uvijek mora da bude dovoljno fleksibilan da bi mogao da izađe u susret s promjenama u društvu. Isto tako, mora da bude human i spreman da brzo prizna pravo na ljudsko dostojanstvo i slobodu izbora u privatnom životu pojedinca. Jedan od ciljeva reforme kodifikovanog prava u ovoj oblasti mora da bude taj da se obezbijedi da zakon reaguje na društvene promjene i da bude njihov odraz. Tom cilju moraju da teže i sudije koje se bave ovom materijom, u svom tumačenju postojećih zakonskih odredbi. Čvrsto stojim na stanovištu da, imajući u vidu interese ostalih kojih se to tiče, ili, što je još važnije, interese društva u cjelini, ne postoje dovoljno snažni razlozi da brak ove podnositeljke žalbe ne bude u pravnom smislu priznat. Ja bih prihvatio ovu žalbu.“

On je takođe konstatovao da nema nikakvog napretka u sprovođenju domaćih reformi:

“[151.] ...iako je [međuresorni] izvještaj po objavljivanju postao dostupan javnosti, g. Moylan je izjavio da tada nije bilo nikakvih javnih konsultacija. Osim toga, upitan da li država u ovom trenutku namjerava da pokrene javne konsultacije ili bilo koji drugi proces u cilju izrade nacрта zakona, g. Moylan je rekao da u tom smislu nije dobio nikakva uputstva. On nije imao nikakva uputstva ni u vezi s pitanjem da li Država namjerava da donese propise s tim u vezi. Moje iskustvo iz proteklih deset godina ukazuje da je svakom državnom resoru veoma teško da

se izbori za to da reforma porodičnog prava dobije svoje mjesto u osnovnim zakonskim aktima. Takve okolnosti učvršćuju moj stav da je Sudu ne samo prepušten zadatak, već je to i njegova dužnost, da član 11. (c) tumači ili strogo, ili, pak, krajnje slobodno, onako kako se na osnovu dokaza i podnesaka u ovom slučaju to čini opravdanim“.

3. Prijedlozi za reformu sistema registracije rođenja, vjenčanja i umrlih

54. Januara 2002. godine, Vlada je Parlamentu dostavila dokument pod naslovom: “Upis građana u matične knjige: suštinska promjena (upis u matične knjige rođenih, vjenčanih i umrlih u 21. stoljeću)“, u kojem su izloženi planovi za stvaranje centralne baze podataka iz matičnih knjiga, koja bi predstavljala iskorak od tradicionalnog, šturog prikaza događaja u životu pojedinca ka koncepciji žive evidencije koja se stalno mijenja ili koncepciji jedinstvene evidencije koja pojedinca prati “tokom cijelog života“.

“Vremenom bi ažuriranje podataka u matičnoj knjizi rođenih podrazumijevalo i mogućnost unošenja promjena u smislu imena lica, pa možda čak i u smislu njegovog pola.“ (stav 5.1)

„5.5 Nastanak promjena

Postoji snažna podrška naporima za ublažavanje pravila kojima se regulišu ispravke u matičnim knjigama. Trenutno je praksa takva da se jednom upisani podaci mogu ispraviti jedino onda kada se ispostavi da je greška napravljena prilikom samog upisa i kada je to moguće utvrditi. Da bi se ispravila čak i najobičnija pravopisna greška, potrebno je sprovesti zvanične procedure i razmotriti odgovarajuće dokaze. Konačna verzija evidencije sadrži kompletne originalne, kao i ispravljene podatke, koji će biti prikazani i u izvodima koji će naknadno biti izdati. Država je svjesna da to može da bude demotivirajući faktor. Izmjene (koje ukazuju na događaje nakon prvobitnog unosa podataka) ubuduće će se vršiti i zvanično evidentirati. U izvodima iz matičnih knjiga nalaziće se samo izmijenjeni i dopunjeni podaci, mada će se svi podaci i dalje čuvati. ...“

H. Argumenti treih strana – “Liberty”

55. “Liberty” je ažurirao zapažanja koja su, u formi pisanog podneska, dostavljena u slučaju Sheffield and Horsham (Sheffield and Horsham protiv UK, presuda od 30. jula 1998. godine, Reports of Judgments and Decisions, 1998–V, strana 2021, stav 35.) u vezi s pravnim priznavanjem transrodnih osoba u uporednom pravu. U svojoj studiji iz 1998. godine, “Liberty” je ustanovio da se, u prethodnoj deceniji, u državama članicama Savjeta Evrope pojavila jasna tendencija punog pravnog priznavanja promjene pola. Konkretno je zapazio da, od 37 analiziranih zemalja, samo četiri (uključujući i UK) ne dozvoljavaju nikakvo unošenje izmjena u izvode iz matične knjige rođenih u smislu upisivanja promijenjenog pola. U slučajevima kada je promjena pola zakonito izvršena i finansirana od strane države, novi polni identitet takvog lica nije u potpunosti pravno priznat samo u UK i Irskoj.

56. U kasnijoj studiji, dostavljenoj 17. januara 2002. godine, “Liberty” je naveo da, iako u Evropi statistički nije zabilježen porast u smislu broja država koje u potpunosti pravno priznaju promjenu pola, podaci o stanju izvan Evrope ukazuju na to da se stvari kreću u tom smjeru. Na primjer, u Singapuru je promjena pola zakonski priznata, a sličan obrazac priznavanja postoji i u Kanadi, Južnoj Africi, Izraelu, Australiji, na Novom Zelandu, kao i u svim savezanim državama Sjedinjenih Američkih Država, osim dvije. Posebno su citirani slučajevi Attorney - General v. Otahuhu Family Court [1995] 1 NZLR 60 i Re Kevin [2001] FamCA 1074, u kojima je, na Novom Zelandu i u Australiji, transrodnim osobama priznat njihov promijenjeni pol kako bi njihovi brakovi bili proglašeni važeći. U ovom drugom slučaju, sudija Chisholm je zaključio:

“Ne vidim nikakav pravni niti politički osnov zbog kojeg bi australijsko pravo trebalo da slijedi odluku u slučaju Corbett. Mislim da bi takav postupak doveo do neopravdanog nesklada između australijskog zakona o braku i drugih australijskih zakona. To bi zakon odvelo u pravcu koji je u opštem smislu suprotan razvoju događaja u drugim zemljama. Održalo bi se stanovište koje direktno prkosi sadašnjim medicinskim saznanjima i praksi. Povrh svega, to bi nametnulo neopravdane patnje ljudima koji su i bez toga dovoljno propatili, dok samo društvo od toga ne bi imalo nikakve koristi...”

...Zbog toga što riječi “muškarac” i “žena” imaju svoje uobičajeno, savremeno značenje, ne postoji rješenje u vidu formule za utvrđivanje nečijeg pola u svrhu zakona o braku. To znači da se, u pravnom smislu, ne može reći da će ovo pitanje u konkretnom slučaju biti riješeno primjenom samo jednog kriterijuma ili ograničenog spiska kriterijuma. Stoga je pogrešno reći da nečiji rod zavisi od nekog pojedinačnog faktora, poput hromozoma ili fenotipskog pola, ili nekog ograničenog niza faktora, poput gonada, hromozoma ili polnih organa (u trenutku rođenja ili u nekom drugom trenutku). Isto tako, u pravnom smislu, bilo bi pogrešno reći da ovo pitanje može da se riješi pozivanjem isključivo na psihičko stanje neke osobe ili utvrđivanjem “roda kojem mentalno pripada”

Da bi se pol neke osobe utvrdio u svrhu zakona o braku, moraju se uzeti u obzir sva relevantna pitanja. Nije mi namjera da nabrajam cio spisak tih pitanja ili da sugerišem da su neki faktori nužno bitniji od drugih. Međutim, relevantna pitanja, po mom mišljenju, obuhvataju biološke i fizičke karakteristike osobe u trenutku rođenja (uključujući i gonade, polne organe i hromozome); njena životna iskustva, uključujući i rod u skladu s kojim je vaspitavana, kao i njen stav prema tom rodu; činjenicu da li ta osoba sebe doživljava kao muškarca ili kao ženu; stepen u kojem je ona u društvu funkcionisala kao muškarac ili kao žena; sve hormonske, hirurške ili druge medicinske tretmane kojima se podvrgla radi promjene pola, zatim posljedice takvih tretmana, kao i njene biološke, psihološke i fizičke karakteristike u trenutku stupanja u brak...

U cilju utvrđivanja valjanosti braka prema australijskom pravu, pitanje da li je osoba muškarac ili žena treba da se utvrdi na dan stupanja u brak...”

57. Što se tiče prava transrodnih osoba koje su putem operacije promijenile pol da stupe u brak s osobom čiji je pol suprotan od njihovog novostečenog pola, istraživanje koje je sproveo “Liberty” je ukazalo na to da je takav brak dozvoljen u 54 % država ugovornica (u Dodatku 6. nabrojane su Austrija, Belgija, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Island, Italija, Letonija, Luksemburg, Holandija, Norveška, Slovačka, Španija, Švedska, Švajcarska, Turska i Ukrajina), a nije dozvoljen u 14 % država (Irska i UK ne dozvoljavaju takav brak, dok u Moldaviji, Poljskoj, Rumuniji i Rusiji ne postoje nikakvi propisi na tu temu). Pravno stanovište preostalih 32 % država nije jasno.

III. MEĐUNARODNI DOKUMENTI

58. Član 9. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, potpisane 7. decembra 2000. godine, predviđa: “Pravo na brak i pravo na zasnivanje porodice mora biti garantovano u skladu sa nacionalnim zakonima kojima se uređuje ostvarivanje tih prava”.

PRAVO

I NAVODNA POVREDA ČLANA 8. KONVENCIJE

59. Podnositeljka predstavke tvrdi da je došlo do povrede člana 8. Konvencije, čijim se relevantnim dijelom predviđa sljedeće:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog... života...”

2. Javne vlasti neće se miješati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi spriječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.

A. Argumenti strana

1. Podnositeljka predstavke

60. Podnositeljka predstavke je navela da, uprkos upozorenjima Suda da je važno da se prati potreba za sprovođenjem pravne reforme, Država još uvijek nije preduzela nikakve konstruktivne korake da se izađe na kraj s patnjom i poteškoćama kroz koje prolaze podnositeljka predstavke i druge transrodne osobe koje su putem operacije promijenile pol. Zbog toga što njen promijenjeni pol nije pravno priznat, ona je imala brojna diskriminatorna i ponižavajuća iskustva kroz koja je prolazila u svakodnevnom životu. U prošlosti, a naročito u periodu između 1990-1992. godine, ona je bila zlostavljana na poslu i nije bila na odgovarajući način zaštićena od diskriminacije. Ona je tvrdila da sve one posebne procedure kroz koje je morala da prođe u vezi s doprinosima za SO i državnim penzijom, same po sebi, predstavljaju neopravdanu razliku u postupanju jer za tim ne bi bilo nikakve potrebe da je u pravne svrhe priznata kao žena. Konkretno, sama činjenica da SSZ sprovodi politiku prema kojoj su podaci o transeksualcima označeni kao osjetljivi već predstavlja razliku u postupanju. Kao posljedica toga, podnositeljka predstavke, na primjer, ne može da ode u SSZ bez prethodnog zakazivanja dolaska.

61. Podnositeljka predstavke je dalje navela da je postojala realna opasnost da njen poslodavac sazna za njen prethodni identitet. Poslodavac je mogao da otkrije podatke o njenom prethodnom zapošljenju na osnovu njenog broja SO, što se zaista i desilo. Ona je tvrdila da je to što nedavno nije unaprijeđena posljedica činjenice da je njen poslodavac saznao za njen status.

62. Što se tiče starosne granice za odlazak u penziju, podnositeljka predstavke je izjavila da je radila 44 godine i da je odbijanje da joj se prizna pravo na državnu penziju s navršениh 60 godina života, na osnovu čisto biološkog testa za utvrđivanje pola, u suprotnosti sa članom 8. Konvencije. Isto tako, ona nije mogla da podnese zahtjev za izdavanje povlastice za besplatan prevoz gradskim autobusom u Londonu s navršениh 60 godina, kao što to mogu druge žene, već je morala da čeka da navršи 65 godina. Prilikom popunjavanja zahtjeva za životno osiguranje, hipoteku, privatnu penziju ili osiguranje vozila, ona je morala da navede pol koji je imala po rođenju ili da pokaže svoj izvod iz matične knjige rođenih, zbog čega se opredijelila da ne iskoristi ove pogodnosti.

63. Podnositeljka predstavke je iznijela argument da se u oblasti naučnih saznanja i društvenog stava o transseksualnosti stvari brzo menjaju i to ne samo u Evropi, već i širom svijeta. Ona se, pored ostalog, pozvala i na član 29. holandskog Građanskog zakonika, član 6. italijanskog Zakona br. 164 od 14. aprila 1982. godine, kao i na član 29. turskog Građanskog zakonika, koji je izmijenjen i dopunjen Zakonom br. 3444 od 4. maja 1988. godine, na osnovu kojeg je dozvoljena promjena građanskog statusa. Isto tako, prema zakonu Novog Zelanda, iz 1995. godine, Dio V, član 28., Sud može da naloži pravno priznavanje promijenjenog pola transrodne osobe nakon što razmotri medicinske i ostale dokaze. Podnositeljka predstavke ne vidi nikakav ubjedljivi razlog zbog kojeg sličan pristup ne bi mogao da se usvoji i u UK. Podnositeljka predstavke ukazala je i na sve veću prihvaćenost transrodnih osoba u društvu, kao i na sve izraženije interesovanje za probleme s kojima se oni suočavaju, što se vidi i po načinu izvještavanja u novinama, na radiju i televiziji, kao i po blagonaklonoj dramatisaciji likova transrodnih osoba u vodećim programima.

64. Pozivajući se na praksu Suda, Država je tvrdila da među državama ugovornicama ne postoji opšteprihvaćen stav o transrodnosti i da, obzirom na polje slobodne procjene koje je po Konvenciji dato državama, nepriznavanje novog rodnog identiteta podnositeljke predstavke u pravne svrhe u UK ne podrazumijeva povredu člana 8. Konvencije. Država je osporila tvrdnju podnositeljke predstavke da su naučna istraživanja i “masovne društvene promjene” dovele do opšteg prihvatanja transrodnosti ili konsenzusa povodom toga.

65. Država se složila da možda postoje posebni slučajevi u kojima odbijanje da se u pravnom smislu prizna novi polni identitet transrodne osobe može da predstavlja povredu člana 8., pogotovo onda kada transrodna osoba zbog toga svakodnevno trpi praktičnu i stvarnu štetu i poniženja (vidjeti *B. v. France*, presuda od 25. marta 1992. godine, Series A broj 232–C, strane 52–54, strane 59–63). Međutim, osporila je to da je podnositeljka predstavke bila suočena s bilo kakvim praktičnim poteškoćama koje se s tim slučajevima mogu uporediti, pošto je, između ostalog, mogla da pribavi važeća lična dokumenta u kojima su navedena imena i rodni identitet koje je odabrala (na primjer novi pasoš i vozačku dozvolu).

66. Što se tiče konkretnih poteškoća koje je podnositeljka predstavke navela, Država je ukazala da poslodavac ne može da utvrdi pol podnositeljke predstavke na osnovu samog broja SO jer taj broj ne sadrži nikakvu šifrovanu oznaku njenog pola. Podnositeljki predstavke izdata je nova kartica SO koja glasi na njeno promijenjeno ime, uz izmijenjeni način oslovljavanja. Pored toga, SSZ sprovodi politiku čuvanja tajnosti ličnih podataka o osiguranim osobama, a naročito politiku i procedure posebne zaštite transrodnih osoba. Kao rezultat toga, nema načina da poslodavac od SSZ zakonskim putem dobije informacije o prethodnom polnom identitetu zaposlenog. Po mišljenju Države, takođe postoji veoma mala vjerovatnoća da poslodavac podnositeljke predstavke na bilo koji drugi način, preko njenog broja SO, sazna za njenu promjenu pola. Odbijanje da joj se izda novi broj SO je opravdano jer je jedinstvenost broja SO od ključnog značaja za upravljanje sistemom socijalnog osiguranja i sprječavanje zloupotreba starih brojeva SO.

67. Vlada je iznijela argument da je potpuno neosnovana bojazan podnositeljke predstavke da će njen prethodni polni identitet biti otkriven nakon što navršši 60 godina, kada njen poslodavac više neće biti u obavezi da joj od plate odbija doprinose za SO, pošto je podnositeljka predstavke već dobila potvrdu o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje po osnovu godina života, koja se izdaje po obrascu CF384.

68. Što se tiče nemogućnosti podnositeljke predstavke da dobije državnu penziju s navršениh 60 godina života, Država je navela da je zaključeno da je razlika koja se pravi između muškaraca i žena u pogledu godina života kada se stiče pravo na penziju u skladu s pravom Evropske zajednice (čl. 7 (1) (a) Direktive 79/7/EEZ; Evropski sud pravde, *R. v. Secretary of State for Social Security ex parte Equal Opportunities Commission Case C–9/91 [1992] ECR I–4927*). Isto tako, očuvanje pravnog statusa podnositeljke predstavke kao muškarca, kao takvo, nije u suprotnosti sa članom 8. Konvencije, tako da bi odobravanje prava na odlazak u penziju s navršениh 60 godina života predstavljalo povlašćeni tretman koji bi bio nepravedan prema javnosti.

69. Na kraju, što se tiče tvrdnji o napadu i zlostavljanju na poslu, Država je izjavila da je, na osnovu krivičnog prava, podnositeljka predstavke mogla da podnese krivičnu prijavu zbog uznemiravanja i napada. Uznemiravanje na radnom mjestu zbog transrodnosti takođe bi predstavljalo povod za tužbu po Zakonu o sprečavanju diskriminacije po osnovu pola iz 1975. godine u slučaju da su poslodavci znali za to uznemiravanje, a nijesu preduzeli korake da ga spriječe. Shodno tome, postojala je odgovarajuća zaštita prema domaćem pravu.

70. Država je ukazala da je, shodno tome, uspostavljena pravična ravnoteža između prava pojedinca i opšteg interesa zajednice. U pogledu toga da može da se desi da transrodna osoba

bude suočena sa situacijom da u ograničenom obimu bude otkrivena činjenica da je promijenila pol, takve situacije su neizbježne i neophodne, na primjer, kod ugovora o osiguranju, u kojima istorija bolesti i pol utiču na obračunavanje premija.

B. Ocjena Suda

1. Preliminarna razmatranja

71. U ovom slučaju postavlja se pitanje da li tužena Država jeste ili nije postupila u skladu s pozitivnom obavezom da obezbijedi poštovanje prava na privatni život podnositeljke predstavlke, transrodne osobe koja je putem operacije promijenila pol iz muškog u ženski, pogotovo obzirom na to da njena promjena pola nije priznata u pravnom smislu.

72. Sud podsjeća da pojam “poštovanje”, prema smislu iz člana 8., nije jasno definisan, posebno kad je riječ o pozitivnim obavezama koje taj pojam podrazumijeva: uzimajući u obzir raznovrsnu praksu koju države ugovornice slijede, kao i situacije s tim u vezi, zahtjevi koji proističu iz tog pojma značajno će se razlikovati od slučaja do slučaja, a polje slobodne procjene, koje vlastima treba da se da, može da bude šire od onoga koje se prema Konvenciji primjenjuje u drugim oblastima. Prilikom utvrđivanja da li pozitivna obaveza postoji ili ne postoji, mora da se ima u vidu i pravična ravnoteža koja mora da se uspostavi između opšteg interesa zajednice i interesa pojedinca, a težnja za tom ravnotežom prožima cijelu Konvenciju (*Cossey v. the United Kingdom*, presuda od 27. septembra 1990. godine, Series A broj 184, strana 15, stav broj 37.).

73. Sud podsjeća da je već razmatrao žalbe u vezi s položajem transrodnih osoba u UK (*Rees v. the United Kingdom*, presuda od 17. oktobra 1986. godine, Series A broj 106; *Cossey v. the United Kingdom*, prethodno navedena presuda; *X, Y. and Z. v. the United Kingdom*, presuda od 22. aprila 1997.- godine, Reports of Judgments and Decisions 1997–II; kao i *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, presuda od 30. jula 1998. godine, Reports 1998–V, str. 2011). U tim slučajevima, Sud je zaključio da se odbijanje Države, UK, da izmijeni podatke u matičnoj knjizi rođenih i izdaje izvode iz matične knjige rođenih, čija se sadržina i priroda razlikuju od sadržine i prirode prvobitno upisanih podataka o nečijem polu, ne može smatrati miješanjem u pravo na poštovanje privatnog života (prethodno navedena presuda u slučaju *Rees*, strana 14, stav broj 35., kao i presuda u slučaju *Cossey*, strana 15, stav broj 36.). Takođe je zaključio da Država nema pozitivnu obavezu da izmijeni postojeći sistem upisa u matične knjige rođenih uvođenjem novog sistema ili vrste dokumenata koji bi se koristili za dokazivanje trenutnog građanskog statusa. Isto tako, Država nije dužna da dozvoli unošenje napomena u postojeće matične knjige rođenih niti da takvu vrstu napomena drži u tajnosti od trećih lica (prethodno navedena presuda u slučaju *Rees*, strana 17, stav broj 42., kao i presuda u slučaju *Cossey*, strana 15, stavovi broj 38. i broj 39.). U tim slučajevima je utvrđeno da su vlasti preduzele korake da na najmanju moguću mjeru svedu nametljiva pitanja (na primjer, tako što su dozvolile da se transrodnim osobama izdaju vozačke dozvole, pasoši i druge vrste isprava s novim imenom i rodom). Takođe nije pokazano da su, zbog toga što u pravnom smislu nijesu dobili opšte priznanje promjene pola, podnositelji predstavlke pretrpjeli dovoljno ozbiljnu štetu u istorijatu svojih slučajeva da bi tuženoj Državi bilo ukinuto polje slobodne procjene u ovoj oblasti (*Sheffield and Horsham*, prethodno navedena presuda, strane 2028–2029, stav broj 59.).

74. Iako Sud nema formalnu obavezu da postupa shodno svojim prethodnim presudama, u interesu je pravne sigurnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom da, bez valjanog razloga, ne odstupa od presedana ustanovljenih u prethodnim slučajevima (vidjeti, na primjer, *Chapman v. the United Kingdom [GC]*, br. 27238/95, ECHR 2001–I, stav broj 70.). Međutim, pošto Konvencija prije svega predstavlja sistem za zaštitu ljudskih prava, Sud mora da uzme u obzir uslove koji se mijenjaju u okviru tužene Države, kao i u okviru država ugovornica uopšte, i da odgovori, na primjer, na svako evolutivno približavanje standardima koje treba ostvariti (vi-

djeti, pored ostalih izvora, presudu u slučaju Cossey, strane 14, stav broj 35., kao i slučaj Stafford v. the United Kingdom [GC], br. 46295/99, presuda od 28. maja 2002. godine, koje će biti objavljene u ECHR 2002–..., stavovi broj 67. i broj 68.). Od suštinske je važnosti da se Konvencija tumači i primjenjuje tako da omogućava da u njoj predviđena prava budu ostvariva i efikasna, a ne teoretska i prividna. Ako Sud ne uspije da zadrži dinamičan i evolutivni pristup, zaista mu prijete opasnost da postane prepreka reformi ili unaprijeđenju (vidjeti prethodno navedenu presudu u slučaju Stafford v. the United Kingdom, stav broj 68.). U sadašnjem kontekstu, Sud je od 1986. godine, u nekoliko navrata, ukazivao na to da je svjestan ozbiljnih problema s kojima se suočavaju transrodne osobe i naglasio koliko je važno da se prati potreba za odgovarajućim zakonskim mjerama u ovoj oblasti (vidjeti presudu u slučaju Rees, stav broj 47.; presudu u slučaju Cossey, stav broj 42.; presudu u slučaju Sheffield and Horsham, stav broj 60.).

75. Zato, Sud predlaže da se ispita situacija u državama ugovornicama, kao i izvan njih, da bi se “u svijetlu današnjih uslova” procijenilo kakvo bi tumačenje i primjena Konvencije sada bili odgovarajući (vidjeti Tyrer v. the United Kingdom, presuda od 25. aprila 1978. godine, Series A No. 26, stav broj 31., kao i kasniju sudsku praksu).

2. Položaj podnositeljke predstavke kao transrodne osobe

76. Sud primjećuje da se podnositeljka predstavke, koja je po rođenju upisana kao muškarac, podvrgla operaciji promjene pola i da u društvu živi kao žena. Uprkos tome, podnositeljka predstavke se u pravne svrhe i dalje tretira kao muškarac. To je uticalo, a i dalje utiče, na život podnositeljke predstavke u situacijama kada je pol u pravnom smislu bitan i kada se pravi razlika između muškaraca i žena, kao, pored ostalog, u oblasti penzija i starosne granice za odlazak u penziju. Na primjer, podnositeljka predstavke mora da nastavi da uplaćuje doprinose za socijalno osiguranje sve dok ne navrši 65 godina zato što ima pravni status muškarca. Međutim, pošto je zapošljena sa polnim identitetom žene, ona je morala da pribavi potvrdu o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje, na osnovu koje će njen poslodavac prestat i ona sama nastaviti da uplaćuje doprinose. Iako je Država navela da su na taj način u dovoljnoj mjeri uzete u obzir poteškoće koje proističu iz položaja podnositeljke predstavke, Sud konstatuje da ona ipak mora da koristi posebnu proceduru, koja, sama po sebi, može da skrene pažnju na njen status.

77. Isto tako, mora se priznati činjenica da može doći do ozbiljnog miješanja u privatni život onda kada stanje domaćeg prava dolazi u sukob s jednim važnim aspektom ličnog identiteta (vidjeti *mutatis mutandis*, Dudgeon v. the United Kingdom, presuda od 22. oktobra 1981. godine, Series A No. 45, stav broj 41.). Po mišljenju Suda, stres i otuđenje, proistekli iz nesklada između položaja u društvu koji zauzima transrodna osoba koja je putem operacije promijenila pol, i položaja koji nameće zakon koji odbija da prizna promijenjeni pol, ne može se smatrati manjom neprijatnošću nastalom zbog jedne formalnosti. Tu dolazi do konflikta između društvene realnosti i prava, što transrodnu osobu stavlja u jedan neprirodan položaj koji kod njega može da izazove osjećaje ranjivosti, poniženja i strijepnja.

78. U ovom, kao i u mnogim drugim slučajevima, podnositeljka predstavke je promjenu pola izvršila o trošku nacionalne zdravstvene službe, koja priznaje stanje polne disforije i, između ostalog, obezbjeđuje promjenu pola operativnim putem kako bi se, kao jedan od osnovnih ciljeva, postigla što veća asimilacija s polom kome transrodna osoba smatra da stvarno pripada. Sud iznenađuje činjenica da, uprkos tome, promjena pola, koja je zakonito obezbijeđena, nije u potpunosti pravno priznata jer bi ona mogla da se smatra konačnim korakom koji predstavlja kulminaciju dugotrajnog i mukotrpnog procesa transformacije kroz koji je transrodna osoba prošla. Usklađenost administrativne i pravne prakse, u okviru nacionalnog sistema, mora se posmatrati kao važan faktor u ocjeni sprovedenoj na osnovu člana 8. Konvencije. Ako je Država odobrila liječenje i hirurški zahvat radi ublažavanja stanja u kojem se transrodna osoba nalazi,

finansirala ili obijezbedila dio sredstava za operacije, pa čak dozvoljava i vještačku oplodnju žene koja živi s transrodnom osobom koji je od žene postao muškarac (kao što je pokazano u prethodno navedenom slučaju X, Y. and Z. v. the United Kingdom), onda je nelogično da ne priznaje pravne implikacije rezultata takvog liječenja.

79. Sud primjećuje da su trenutno nezadovoljavajući položaj i tešku situaciju transrodnih osoba u UK priznali domaći sudovi (vidi prethodno navedeni slučaj *Bellinger v. Bellinger*, stav broj 52.), kao i Međuresorna radna grupa, koja je ispitala stanje u UK i zaključila da su, uprkos tome što im se u praksi izlazi u susret, transrodne osobe svjesne određenih problema s kojima najveći dio stanovništva ne mora da se suočava (vidjeti gore stav broj 50.).

80. U odnosu na ove aspekte, Sud je razmotrio podjednako bitne argumente koji su, po svojoj prirodi, od javnog interesa i koji su iznijeti da bi se opravdalo to što se sadašnje stanje nastavlja. Sud primjećuje da je u prethodnim predmetima iz UK pridat značaj medicinskim i naučnim aspektima, zatim stanju koje se tiče bilo kakvog konsenzusa na evropskom i međunarodnom nivou, kao i uticaju bilo kakvih promjena na sadašnji sistem upisa u matične knjige rođenih.

3. Medicinska i naučna razmatranja

81. Još uvijek ne postoje uvjerljivi nalazi koji bi ukazivali na uzrok transrodnosti, pogotovo ne o tome da li je ona u potpunosti psihološke prirode ili je povezana s fizičkom diferencijacijom u mozgu. Utvrđeno je da nalazi vještaka u pogledu domaćeg slučaja *Bellinger v. Bellinger* ukazuju na sve veće prihvatanje saznanja u vezi s rodnim razlikama u mozgu koje se određuju još u prenatalnoj fazi, mada su naučni dokazi koji idu u prilog ovoj teoriji daleko od potpunih. Međutim, Sud smatra da je mnogo značajnije to što je na međunarodnom nivou transrodnost u medicini postala naširoko priznata kao stanje koje se liječi u cilju ublažavanja tegoba (na primjer, u četvrtom izdanju Priručnika za dijagnostiku i statistiku (DSM-IV), dijagnoza transrodnosti zamijenjena je "poremećajem polnog identiteta"; vidjeti takođe deseto izdanje Međunarodne klasifikacije bolesti (ICD-10). U UK, kao u ogromnoj većini država ugovornica, Nacionalna zdravstvena služba priznaje postojanje ovog stanja i obezbjeđuje ili dozvoljava liječenje, uključujući ireverzibilne hirurške zahvate. Medicinski i hirurški zahvati, putem kojih se u ovom slučaju vrši promjena pola, obavljaju se zaista pod nadzorom nacionalnih zdravstvenih vlasti. Isto tako, imajući u vidu mnogobrojne i bolne zahvate koje takva operacija podrazumijeva, kao i stepen riješenosti i ubjeđenja koji su neophodni da bi neko promijenio svoju rodnu ulogu u društvu, ne može se sugerisati da ima samovolje ili hira u odluci koju je donijela osoba koja treba da se podvrgne rodnom priznavanju. U takvim okolnostima, aktualna naučna i medicinska debata o tačnim uzrocima ovog stanja gubi na značaju.

82. Mada je tačno i to da transrodne osobe ne mogu da poprime sve biološke karakteristike pripisanog pola (prethodno navedeni slučaj *Sheffield and Horsham*, strana 2028, stav broj 56.), Sud konstatuje da, uprkos sve sofisticiranijim hirurškim zahvatima i hormonskoj terapiji, hromozomi čine osnovni i nepromjenjivi biološki aspekt polnog identiteta. Poznato je, međutim, da hromozomske anomalije mogu nastati prirodnim putem (na primjer, u slučajevima interseksualnih stanja, kada se biološki kriterijumi ne poklapaju u trenutku rođenja) i, u takvim slučajevima, neke osobe moraju da se odrede kao pripadnici_ice jednog ili drugog pola, u skladu s onim što se čini najprimjerenijim u okolnostima pojedinačnog slučaja. Za Sud nije očigledno da, od svih drugih faktora, upravo hromozomski faktor neizbježno mora da ima presudni značaj za pravno određivanje polnog identiteta transrodnih osoba (vidjeti izdvojeno mišljenje sudije Thorpe u slučaju *Bellinger v. Bellinger*, citirano gore u stavu broj 52., kao i presudu sudije Chisholm u australijskom slučaju *Re Kevin*, citiranu gore u stavu broj 55.).

83. Shodno tome, Sud nije uvjeren da medicina ili naučna saznanja pružaju bilo kakav odlučujući argument po pitanju pravnog priznavanja transrodnih osoba.

4. Stanje konsenzusa na evropskom i međunarodnom nivou

84. Već u vrijeme kad je razmatran slučaj Sheffield and Horsham, među državama ugovornicama Savjeta Evrope postepeno se rađao konsenzus o tome da promjena pola treba da bude pravno priznata (vidjeti stav broj 35. te presude). Najnovije istraživanje koje je za konkretni slučaj dostavio "Liberty" ukazuje da na međunarodnom nivou postoji neprestana tendencija ka takvom pravnom priznavanju (vidjeti gore stavove broj 55. i broj 56.). Izgleda da u Australiji i na Novom Zelandu sudovi polako napuštaju stav da se pol utvrđuje na osnovu bioloških parametara u trenutku rođenja (kao što je to navedeno u slučaju Corbett v. Corbett iz UK) i zauzimaju stav da, u kontekstu kada transrodna osoba želi da sklopi brak, pol treba da zavisi od mnoštva faktora koje treba procijeniti u samom trenutku sklapanja braka.

85. Sud napominje da je, u slučaju Rees iz 1986. godine, konstatovao da među državama ugovornicama po ovom pitanju skoro da ne postoji zajednički stav, tako da neke od njih dozvoljavaju promjenu pola, a neke ne, i da se, u opštem smislu, čini da se pravo nalazi u tranzicionoj fazi (vidjeti stav broj 37.). U kasnijem slučaju Sheffield and Horsham, Sud je, u svojoj presudi, naglasio nepostojanje zajedničkog evropskog pristupa pitanju kako riješiti problem reperkusija koje bi pravno priznavanje promjene pola moglo da podrazumijeva u drugim oblastima prava, kao što su brak, srodstvo, privatnost ili zaštita podataka. Dokle god je, po svojoj prilici, situacija takva, gotovo da i ne čudi to što četrdeset i tri države ugovornice, koje imaju veoma različite pravne sisteme i tradicije, nemaju zajednički pristup prema ovom pitanju. U skladu s načelom subsidijarnosti, države ugovornice prije svega treba da donesu odluke o neophodnim mjerama kojima će se obezbijediti zaštita prava iz Konvencije u okviru njihovih nadležnosti, a prilikom rješavanja praktičnih problema, proisteklih iz pravnog priznavanja pola promijenjenog putem operacije, u okviru njihovih pravnih sistema, državama ugovornicama mora se dati široko polje slobodne procjene. Shodno tome, Sud manji značaj pridaje nedostatku dokaza o postojanju zajedničkog evropskog pristupa rješavanju postojećih pravnih i praktičnih problema, nego što ga pridaje jasnim i neospornim dokazima o neprestanoj međunarodnoj tendenciji koja ide u prilog ne samo sve većoj prihvaćenosti transrodnih osoba u društvu, već i pravnom priznavanju novog polnog identiteta postoperativnih transseksualaca.

5. Uticaj na sistem registracije rođenih

86. U slučaju Rees, Sud je prihvatio činjenicu da Država može da pridaje veliki značaj istorijskom aspektu sistema upisa u matične knjige rođenih. Argument o tome da bi, kad bi se dozvolili izuzeci u ovom sistemu, njegova funkcija bila dovedena u pitanje, umnogome je uticao na ovu ocjenu.

87. Međutim, može se konstatovati da su, što se tiče istorijske osnove sistema upisa u matične knjige rođenih, izuzeci već napravljeni i to u slučaju priznavanja vanbračne djece i usvajanja, kada postoji mogućnost izdavanja ažuriranih izvoda iz matične knjige rođenih u kojima će biti evidentirana promjena statusa nakon rođenja. Po mišljenju Suda, pravljenje novih izuzetaka u slučaju transrodnih osoba (kategorije koja obuhvata između 2.000 i 5.000 lica u UK, prema procjeni iz Izvještaja Međuresorne radne grupe, strana 26.) ne bi predstavljalo opasnost da se čitav taj sistem uruši. Mada je prethodno ukazano na štetu koju bi pretrpjele treće osobe koje možda ne bi mogla da dođu do originalnih podataka, kao i na komplikacije koje bi nastale u oblasti porodičnog i nasljednog prava (vidjeti presudu u slučaju Rees, strana 18, stav broj 43.), ove tvrdnje su uopšteno formulisane, tako da, na osnovu materijala koji se pred njim nalazi u ovom trenutku, Sud ne može da konstatuje da su uočeni bilo kakvi realni izgledi za nastanak štete ukoliko bi se izvršile promjene u sadašnjem sistemu.

88. Pored toga, Sud konstatuje da je Država nedavno dala prijedloge za sprovođenje reforme koja bi omogućila kontinuiranu izmjenu i dopunu podataka o građanskom statusu (vidjeti

gore stav broj 54.). Prema tome, Sud nije uvjeren da, u sadašnjoj atmosferi, potreba da se kruto podrži integritet historijske osnove sistema upisa u matične knjige rođenih ima isti značaj kao što je imala 1986. godine.

6. Uspostavljanje ravnoteže u slučaju

89. Sud je u prethodnom tekstu (stavovi od 76. do 79.) konstatovao poteškoće i nepravilnosti u vezi s položajem podnositeljke predstavke kao transrodne osobe koja je putem operacije promijenila pol. Mora se priznati to da u ovom slučaju nije dostignut onaj stepen svakodnevnog miješanja kakav je pretrpio podnosilac predstavke u slučaju *B. v. France* (presuda od 25. marta 1992. godine, Series A No. 232), kao i to da se, u određenim situacijama, rizik od nastanka poteškoća ili neprijatnosti s kojima se ova podnositeljka suočila može ublažiti ili svesti na najmanju moguću mjeru uz pomoć prakse koju su vlasti usvojile.

90. Bez obzira na to, poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudske slobode predstavlja samu suštinu Konvencije. Konkretno, po članu 8. Konvencije, u kojem pojam lične autonomije predstavlja važno načelo na kojem se zasniva tumačenje garancija koje taj član sadrži, štiti se lična sfera svakog pojedinca, uključujući i njegovo pravo na određivanje podataka o svom identitetu kao ljudske jedinice (vidjeti, pored ostalog, *Pretty v. the United Kingdom*, br. 2346/02, presuda od 29. aprila 2002. godine, stav broj 62., kao i *Mikulić v. Croatia*, br. 53176/99, presuda od 7. februara 2002. godine, stav broj 53., koje će biti objavljene u ECHR 2002–...). U dvadeset i prvom stoljeću, pravo transrodnih osoba na lični razvoj i fizičku i moralnu sigurnost, kakvu u punom smislu uživaju ostali članovi društva, ne može da se posmatra kao nešto što je kontroverzno i što iziskuje da prođe neko vrijeme da bi pitanja s tim u vezi mogla da se sagledaju u jasnijem kontekstu. Ukratko, nezadovoljavajuća situacija u kojoj transrodne osobe koje su putem operacije promijenile pol žive u nekakvom međuprostoru, ne pripadajući u potpunosti ni jednom ni drugom polu, više nije održiva. Uvažavanje ove ocjene na domaćem nivou može se pronaći u izvještaju Međuresorne radne grupe, kao i u presudi Apelacionog suda u slučaju *Bellinger v. Bellinger* (vidjeti stavove broj 50., 52. i 53.).

91. Sud ne umanjuje značaj poteškoća ili važnih reperkusija koje će svaka veća promjena sistema neizbježno izazvati i to ne samo u oblasti upisa u matične knjige rođenih, već i u oblastima pristupa dokumentaciji, porodičnog prava, srodstva, nasljeđivanja, krivičnog prava, zaposljavanja, socijalne zaštite i osiguranja. Međutim, kao što je Međuresorska radna grupa, u svom izvještaju, jasno naznačila, daleko od toga da se ovi problemi ne mogu prevazići, pa je, stoga, Radna grupa našla za shodno da kao jednu od mogućnosti predloži puno priznavanje novog pola u pravnom smislu, pod uslovom da se primijene odgovarajući kriterijumi i procedure. Prema konstataciji sudije Thorpe u slučaju *Bellinger*, bilo kakve "poteškoće u pogledu spektra", naročito u oblasti porodičnog prava, podjednako su rješive i prihvatljive ako se ograniče na slučajeve potpuno ostvarenih transrodnih osoba koji su putem operacije promijenili pol. Isto tako, Država nije uspjela da ubijedi Sud u svoju argumentaciju da bi dopuštanje da se na podnositeljku predstavke primijene pravila koja važe za žene, čime bi se takođe promijenio datum njenog sticanja prava na državnu penziju, nanijelo bilo kakvu nepravdu drugim ljudima koji su obuhvaćeni sistemom socijalnog osiguranja i državnih penzija, kako tvrdi Država. Nije dokazano da postoji bilo kakva vjerovatnoća da će promjene statusa transrodnih osoba prouzrokovati konkretne ili suštinske nevolje ili štetu javnom interesu, a što se tiče ostalih mogućih posljedica, Sud smatra da se od društva opravdano može očekivati da toleriše određenu dozu neprijatnosti kako bi se pojedincima omogućilo da vode dostojanstven i častan život s polnim identitetom za koji su se, uz velike lične žrtve, opredijelili.

92. U prethodnim slučajevima iz UK, ovaj Sud je od 1986. godine naglašavao koliko je važno da se prati potreba za odgovarajućim zakonskim mjerama, imajući u vidu naučna i društvena kretanja (vidjeti reference gore u stavu broj 73.). Najnovijeg datuma je njegova napomena u slučaju *Sheffield and Horsham* iz 1998. godine da tužena Država još uvijek nije preduzela ni-

kakve korake u tom smislu, uprkos sve većoj društvenoj prihvaćenosti fenomena transrodnosti sve većem uvažavanju problema s kojima se transrodne osobe suočavaju (kako je navedeno gore u stavu broj 60.). Iako u tom slučaju nije konstatovana nikakva povreda, ponovo je izričito ukazano na potrebu za praćenjem dešavanja u ovoj oblasti. Tada je Međuresorna radna grupa, u aprilu 2000. godine, objavila izvještaj, u kojem je izložila rezultate istraživanja trenutnog položaja transrodnih osoba, pored ostalog, u krivičnom pravu, porodičnim i radnim sporovima i utvrdila razne opcije za reformu. Pošto suštinski ništa nije urađeno na ostvarivanju ovih prijedloga, Apelacioni sud je, u julu 2001. godine, konstatovao da se tako nešto ni ne planira (vidjeti stavove broj 52. i 53.). Može se primijetiti da je jedina, pomena vrijedna, zakonodavna reforma, u vezi transrodnih osoba, koja se odnosi na primjenu nekih odredbi o nediskriminaciji, proistekla iz odluke Evropskog suda pravde od 30. aprila 1996. godine, u kojoj je zaključeno da je diskriminacija po osnovu promjene pola jednaka diskriminaciji po osnovu pola (vidjeti gore stavove od 43. do 45.).

93. Imajući u vidu prethodno pomenute aspekte, Sud smatra da tužena Država ne može više da tvrdi da na ovo pitanje može da primijeni svoje polje slobodne procjene, osim u pogledu odgovarajućeg sredstva putem kojeg će biti priznato pravo koje je zaštićeno Konvencijom. Budući da ne postoje značajni faktori od javnog interesa koji bi odnijeli prevagu nad interesom ove podnositeljke predstavke da se u pravnom smislu prizna promjena pola kojoj se podvrgla, Sud zaključuje da pravična ravnoteža koja se u Konvenciji podrazumijeva sada odlučno naginje u korist podnositeljke predstavke. Shodno tome, nije poštovano njeno pravo na privatn život, čime je prekršen član 8. Konvencije.

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 12. KONVENCIJE

94. Podnositeljka predstavke takođe je tvrdila da je došlo do povrede člana 12. Konvencije, kojim je propisano: "Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava".

A. Argumenti stranaka

1. Podnositeljka predstavke

95. Podnositeljka predstavke se žalila da, iako sada ima potpuni fizički odnos s muškarcem, ona i njen partner ne mogu da sklope brak jer se ona u očima zakona tretira kao muškarac. Ona je iznijela argument da se, u skorašnjem slučaju *Bellinger v. Bellinger* ispostavilo da definicija pola u svrhu braka iz slučaja *Corbett v. Corbett* više nije dovoljna, kao i to da, čak i kad bi oslanjanje na biološke kriterijume i dalje bilo prihvatljivo, upotreba samo nekih od tih kriterijuma za utvrđivanje pola i isključivanje onih koji te elemente ne ispunjavaju predstavlja povredu člana 12.

2. Država

96. Država se pozvala na prethodnu praksu Suda (prethodno navedene presude u slučajevima *Rees*, *Cossey* i *Sheffield and Horsham*) tvrdeći da se ni po članu 12., niti po članu 8., Konvencije od države ne zahtijeva da dozvoli transrodnoj osobi da sklopi brak s osobom koja pripada njegovom/njenom prvobitnom polu. Takođe je istakla da je Apelacioni sud u slučaju *Bellinger v. Bellinger* nedavno ispitao i podržao pristup iz domaćeg prava, tako da ovo pitanje sada čeka na razmatranje u Gornjem domu Parlamenta. Po mišljenju Države, ako u ovoj važnoj ili delikatnoj oblasti treba da se izvrše bilo kakve promjene, one treba da proizađu isključivo od sudova u UK koji postupaju u okviru polja slobodne procjene koje je ovaj Sud uvijek dopuštao. Država se pozvala i na činjenicu da svaka promjena može da izazove neželjene posljedice, navodeći da bi

pravno priznavanje moglo da dovede do poništenja postojećih brakova, pa bi transrodne osobe i njihovi partneri_ke mogli da se nađu u istopolnim brakovima. Država je naglasila značaj pravilnog i pažljivog analiziranja svih promjena u ovoj oblasti, kao i potrebu za prelaznim odredbama.

B. Ocjena Suda

97. Sud podsjeća da u slučajevima Rees, Cossey i Sheffield and Horsham nije ustanovljeno da to što transrodne osobe u ovim predmetima nijesu mogli da sklope brak s osobom čiji je pol suprotan od njihovog promijenjenog pola predstavlja povredu člana 12. Konvencije. Takve konstatacije su, između ostalog, bile zasnovane i na rezonovanju da se pravo na sklapanje braka odnosi na tradicionalni brak između osoba suprotnog biološkog pola (vidjeti presudu u slučaju Rees, strana 19, stav broj 49.), stajalištu da je kontinuirano usvajanje u domaćem pravu bioloških kriterijuma za utvrđivanje pola u svrhu braka obuhvaćeno ovlaštenjem država ugovornica da unutrašnjim zakonima uredi ostvarivanje prava na sklapanje braka, kao i na zaključku da unutrašnje zakone ne treba posmatrati kao nešto što pravo transrodnih osoba na sklapanje braka ograničava ili umanjuje na takav način ili u takvom obimu da to narušava njegovu samu suštinu (presuda u slučaju Cossey, strana 18, stavovi 44 - 46, presuda u slučaju Sheffield and Horsham, strana 2030, stavovi 66 - 67). Ukazano je i na formulaciju člana 12., kojom se brak štiti kao osnova za zasnivanje porodice (Rees, loc. cit).

98. Razmatrajući stanje iz 2002. godine, Sud primjećuje da član 12. obezbjeđuje osnovno pravo muškarca i žene da stupe u brak i zasnuju porodicu. Međutim, njegov drugi aspekt nije uslovljen prvim, tako da to što neki parovi ne mogu da imaju djece ili da budu roditelji, samo po sebi, ne može da se posmatra kao ukidanje njihovog prava na ostvarivanje prvog segmenta ove odredbe.

99. Ostvarivanje prava na sklapanje braka povlači za sobom društvene, lične i pravne posljedice. To pravo podliježe unutrašnjim zakonima država ugovornica, ali ograničenja koja se njima uvode ne smiju to pravo da sputavaju ili umanjuju na takav način ili u takvom obimu da to narušava njegovu samu suštinu (vidjeti presudu u slučaju Rees, strana 19, stav broj 50.; F. v. Switzerland, presuda od 18. decembra 1987. godine, Series A No. 128, stav broj 32.).

100. Tačno je da se prva rečenica izričito odnosi na pravo muškarca i žene da stupe u brak. Sud nije ubijeđen da, na dan razmatranja ovog slučaja, još uvijek može da se pretpostavi da se ovi pojmovi odnose na utvrđivanje pola putem čisto bioloških kriterijuma (kao što je zaključio sudija Ormrod u slučaju Corbett v. Corbett, gore stav broj 21.). Od usvajanja Konvencije desile su se značajne društvene promjene u instituciji braka, kao i dramatične promjene izazvane medicinskim i naučnim rezultatima na polju transrodnosti. Sud je, na osnovu člana 8. Konvencije, u prethodnom tekstu ustanovio da test poklapanja bioloških faktora više ne može da se smatra presudnim za odbijanje da se u pravnom smislu prizna pol transrodnih osoba koji je promijenjen operativnim putem. Postoje i drugi važni faktori – prihvatanje od strane zdravstvenih radnika i zdravstvenih vlasti u državama ugovornicama stanja koje podrazumijeva poremećaj rodnog identiteta, obezbjeđivanje liječenja, uključujući hirurške zahvate kako bi se takva osoba što više asimilovala s pripadnicima roda kojem smatra da zaista pripada, kao i preuzimanje društvene uloge pripisanog pola od strane transrodne osobe. Sud takođe konstatuje da nema sumnje da član 9. nedavno usvojene Povelje o osnovnim (fundamentalnim/temeljinim) pravima u Evropskoj uniji namjerno odstupa od formulacije iz člana 12. Konvencije time što se u njemu ne pominju muškarci i žene (vidjeti gore stav broj 58.).

101. Međutim, pravom na poštovanje privatnog života, po članu 8., nijesu obuhvaćena sva pitanja iz člana 12., u kojem se uslovi nametnuti unutrašnjim zakonima posebno pominju. Stoga je Sud razmotrio pitanje da li u domaćem pravu svrstavanje u pol koji je upisan odmah po rođenju predstavlja ograničenje koje narušava samu suštinu prava na sklapanje braka u ovom slučaju. U tom smislu, Sud konstatuje da nije prirodno tvrditi da transrodne osobe nijesu lišene prava na sklapanje braka jer, po zakonu, oni i dalje mogu da sklope brak s osobom suprotnog pola od njihovog prethodnog. Podnositeljka predstavke u ovom slučaju živi kao žena, u vezi je s muškarcem i isklju-

čivo bi željela da sklopi brak s muškarcem. Ona nema nikakvu mogućnosti da to učini. Po mišljenju Suda, ona zato može da tvrdi da je narušena sama suština njenog prava na zasnivanje braka.

102. Sud nije utvrdio nijedan drugi razlog koji bi ga spriječio da donese ovakav zaključak. Država je iznijela argument da u ovoj delikatnoj oblasti odluku o ispunjavanju uslova za brak prema domaćem pravu treba prepustiti domaćim sudovima u okviru polja slobodne procjene od strane Države, skrećući pažnju na uticaj koji to može da ima na već postojeće brakove u kojima je jedan od partnera transrodna osoba. Međutim, na osnovu mišljenja većine u presudi Apelacionog suda u slučaju *Bellinger v. Bellinger*, čini se da domaći sudovi naginju mišljenju da ovo pitanje najbolje može da riješi zakonodavna vlast, iako Država u ovom trenutku ne namjerava da donese propise s tim u vezi (vidjeti stavove 52. i 53.).

103. Na osnovu materijala koje je dostavio "Liberty" može se zaključiti da, uprkos rasprostranjenom prihvatanju braka između transrodnih osoba, manji broj zemalja dozvoljava brak između transrodnih osoba u njihovom pripisanom polu, nego što priznaje samu promjenu pola. Sud, međutim, nije ubijeđen da to ide u prilog argumentu da ovo pitanje treba u potpunosti prepustiti državama ugovornicama kao nešto što potpada pod njihovo polje slobodne procjene. To bi bilo jednako zaključku da niz mogućnosti koje državi ugovornici stoje na raspolaganju obuhvata i djelotvornu zabranu ostvarivanja prava na sklapanje braka. Polje slobodne procjene ne može da bude toliko rastegljivo. Iako država ugovornica, između ostalog, mora da utvrdi uslove pod kojima osoba koja traži da u pravnom smislu bude priznata kao transrodna osoba treba da dokaže da je promjena pola obavljena na odgovarajući način ili uslove pod kojima prethodni brakovi prestaju da važe, kao i formalnosti koje će se primjenjivati na buduće brakove (uključujući, na primjer, informacije koje treba pružiti budućim supružnicima), Sud nije ustanovio da je opravdano da se transrodnoj osobi zabrani ostvarivanje prava na sklapanje braka pod bilo kojim okolnostima.

104. Sud zaključuje da je došlo do povrede člana 12. Konvencije u ovom slučaju.

III. NAVODNA POVREDA ČLANA 14. KONVENCIJE

105. Podnositeljka predstavke je takođe tvrdila da je došlo do povrede člana 14. Konvencije, kojim predviđa: "Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status".

106. Podnositeljka predstavke se žalila da je to što njen promijenjeni pol nije pravno priznat uzrok brojnih oblika diskriminacije i štete. Posebno je ukazala na činjenicu da ne može da podnese zahtjev za državnu penziju dok ne navršši 65 godina života, kao i na činjenicu da ne može da podnese zahtjev za "besplatnu povlasticu za prevoz", koja bi joj omogućila besplatan prevoz u Londonu, što je pogodnost na koju žene stiču pravo s navršenih 60, a muškarci s navršenih 65 godina.

107. Država je iznijela stav da se ne pokreću nikakva pitanja koja se razlikuju od pitanja kojima se bavi član 8. Konvencije, kao i da žalbe ne ukazuju ni na kakav vid diskriminacije koji je u suprotnosti s prethodno navedenom odredbom.

108. Sud smatra da upravo to što u pravnom smislu nije priznata promjena pola transrodne osobe koja je putem operacije promijenila pol čini suštinu žalbe koju je podnositeljka predstavke podnijela na osnovu člana 14. Konvencije. Ova pitanja razmotrena su na osnovu člana 8. i, kao rezultat toga, ustanovljena je povreda te odredbe. U datim okolnostima, Sud smatra da na osnovu člana 14. Konvencije nije pokrenuto nijedno posebno pitanje i zato ne donosi nikakav poseban zaključak.

IV. NAVODNA POVREDA ČLANA 13. KONVENCIJE

109. Podnositeljka predstavke je tvrdila da je došlo do povrede člana 13. Konvencije, kojim glasi kako slijedi: "Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji

ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu.“

110. Podnositeljka predstavke se žalila da nije imala na raspolaganju djelotvoran pravni lijek u vezi s pitanjima na koja se prethodno žalila.

111. Država je navela da nije bilo dokazivog kršenja nijednog prava predviđenog Konvencijom koje bi podrazumijevalo pravo na pravni lijek na osnovu člana 13. U svakom slučaju, od 2. oktobra 2000. godine, kada je stupio na snagu Zakon o ljudskim pravima iz 1998. godine, pred domaćim sudovima moguće je pozvati se na prava predviđena Konvencijom, tako da bi podnositeljka predstavke pred domaćim sudom sada imala na raspolaganju pravni lijek za bilo kakvo kršenje prava predviđenog Konvencijom.

112. Sud ponavlja da se članom 13. Konvencije jamči raspoloživost pravnog lijeka na nacionalnom nivou za sprovođenje suštine prava i sloboda po Konvenciji u kom god vidu ona bila zajemčena u domaćem pravnom poretku. Stoga je efekat člana 13. u zahtjevu za obezbjeđenje domaćeg pravnog lijeka kako bi se riješila suština “dokazive žalbe“ po Konvenciji i pružila odgovarajuća zaštita (vidjeti, između drugih izvora, Aksoy v. Turkey, presuda od 25. septembra 1996. godine, Reports 1996–VI, strana 2286, stav broj 95.).

113. Obzirom da su prethodno ustanovljene povrede članova 8. i 12. Konvencije, žalba podnositeljke predstavke je u tom smislu nesumnjivo dokaziva u smislu člana 13. Konvencije. Međutim, sudska praksa koja se odnosi na pravne institute Konvencije ukazuje da efekat člana 13. ne može da se tumači u smislu zahtjeva za obezbjeđenje pravnog lijeka protiv samog domaćeg prava jer bi, u protivnom, Sud državama ugovornicama nametao zahtjev da u njega ugrade Konvenciju (vidjeti James and Others v. UK, presuda od 21. februara 1986. godine, Series A No. 98, strana 48, stav broj 86.). Prema tome, pošto u domaćem pravu pravni lijek nije postojao sve do 2. oktobra 2000. godine, kada je Zakon o ljudskim pravima iz 1998. godine stupio na snagu, žalbe podnositeljke predstavke kose se s ovim načelom. Posle tog datuma, podnositeljka predstavke mogla je da se žali domaćim sudovima, koji bi imali na raspolaganju čitav niz mogućih pravnih lijekova.

114. U datim okolnostima, Sud nije konstatovao povredu člana 13. Konvencije u ovom slučaju.

V. PRIMJENA ČLANA 41. KONVENCIJE

115. U članu 41. Konvencije propisano je kako slijedi: “Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci”.

A. Šteta

116. Podnositeljka predstavke tražila je ukupan iznos od 38.200 funti sterlinga (GBP) na ime materijalne štete. To uključuje iznos od GBP 31.200 na ime penzije koju nije mogla da traži s navršenih 60 godina života, kao i GBP 7.000 na ime procijenjene vrijednosti povlastice za besplatan prevoz penzionera gradskim autobusom, za koju nije ispunjavala uslove. Na ime nematerijalne štete, podnositeljka predstavke tražila je GBP 40.000 za pretrpljeni bol, strijepnju i poniženje.

117. Država je smatrala da bi, ukoliko Sud konstatuje bilo kakvu povredu Konvencije, sama ta konstatacija predstavljala dovoljno pravično zadovoljenje u smislu člana 41. Konvencije.

118. Sud podsjeća da mora da postoji jasna uzročno - posljedična veza između povrede Konvencije i materijalne štete koju podnositeljka predstavke potražuje, kao i da time, u odgovarajućem slučaju, može da bude obuhvaćena i naknada na ime gubitka zarade ili drugih izvora prihoda (vidjeti, između ostalih izvora, Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain,

presuda od 13. juna 1994. godine (član 50), Series A No. 285–C, strane 57–58, stavovi 16–20; Cakýcý v. Turkey, presuda od 8. jula 1999. godine, Reports 1999–IV, stav broj 127.).

119. Sud primjećuje da podnositeljka predstavke nije mogla da se penzionise s navršenih 60 godina života, što imaju pravo ostale zapošljene žene, ni da dobije državnu penziju niti da podnese zahtjev za izdavanje povlastice za besplatan prevoz autobusom. Međutim, nije sasvim jasno u kojoj mjeri je podnositeljka predstavke usljed toga pretrpela eventualnu finansijsku štetu, pošto je podnositeljka predstavke, iako možda ne po sopstvenom izboru, nastavila da radi i na osnovu toga ostvaruje zaradu. Mada je prethodno ukazao na poteškoće i stres proistekle iz položaja podnositeljke predstavke kao transseksualca koji je putem operacije promijenio pol, Sud konstatuje da se sve do 1998. godine smatralo da slična pitanja podliježu polju slobodne procjene od strane UK, kao i to da nije bilo povrede.

120. Sud je ustanovio da, obzirom na razvoj događaja, ova situacija više ne podliježe polju slobodne procjene od strane UK. Država, UK, treba blagovremeno da sprovede mjere koje smatra odgovarajućim kako bi ispunila svoje obaveze i kako bi podnositeljki predstavke i drugim transrodnim osobama obezbijedila pravo na poštovanje privatnog života, kao i pravo na sklapanje braka, u skladu s ovom presudom. Mada nema nikakve sumnje da je podnositeljka predstavke u prošlosti pretrpjela stres i strijepnju, upravo to što u pravnom smislu nije priznata promjena pola transrodnim osobama koji su pol promijenili putem operacije čini suštinu žalbi u ovoj predstavci, posljednjoj u nizu slučajeva u kojima su i drugi podnosioci predstavke pokrenuli ista pitanja. Zato, Sud ne smatra da je primjereno da se konkretnoj podnositeljki predstavke dodijeli odšteta. Samo konstatovanje povrede, uz posljedice koje će to imati u budućnosti, može se smatrati pravičnim zadovoljenjem u ovim okolnostima.

B. Sudski i drugi troškovi

121. Podnositeljka predstavke je na ime sudskih i ostalih troškova tražila iznos od GBP 17.000 na ime honorara advokata, kao i GBP 24.550 na ime honorara glavnog advokata i njegovog pomoćnika. Na ime putnih troškova radi prisustvovanja raspravi pred Sudom, kao i na ime smještaja i ostalih troškova s tim u vezi, tražila je iznos od GBP 2.822. Ukupan iznos koji je tražila tako je dostigao GBP 44.372.

122. Država je iznijela ocjenu da je ovaj iznos pretjeran, u poređenju s drugim slučajevima iz UK, a pogotovo iznos od GBP 39.000, koji je tražen za relativno skoriji vremenski period tokom kojeg su sadašnji advokati podnositeljke predstavke bez prava zastupanja pred sudom bili opunomoćeni, a koji se isključivo odnosio na objedinjavanje zapažanja i raspravu pred Sudom.

123. Sud konstatuje da su visoki iznosi koje je podnositeljka predstavke tražila na ime sudskih i ostalih troškova, za koje nijesu dostavljeni nikakvi podaci u smislu broja sati rada i tarifa advokata, obzirom na stepen složenosti i postupke usvojene u ovom slučaju. Imajući u vidu iznose koji su dodijeljeni u drugim slučajevima iz UK i obzirom na iznose koje je Savjet Evrope isplatio na ime pravne pomoći, Sud na ime ove stavke dodjeljuje odštetu u iznosu od 39.000 eura (EUR), zajedno sa svim naplativim iznosima poreza na dodatu vrijednost. Iznos odštete iskazan je u eurima i biće pretvoren u ekvivalentan iznos u funtama sterlinga na dan isplate, budući da Sud smatra primjerenim da, od sada, u svim odlukama o pravičnom zadovoljenju u kojima je odšteta dodijeljena na osnovu člana 41. Konvencije, iznos odštete u načelu treba da bude iskazan u eurima, kao referentnoj valuti.

C. Zatezna kamata

124. Obzirom da je odšteta iskazana u eurima i biće pretvorena u nacionalnu valutu na dan isplate, Sud smatra da i stopa zatezne kamate treba da bude iskazana u eurima, kao refe-

rentnoj valuti. Sud smatra primjerenim da se, kao opšte pravilo, zatezna kamata na neizmirene iznose iskazane u eurima zasniva na marginalnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke za kredite, uvećanoj za tri procentna poena.

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. Odlučuje, jednoglasno, da je došlo do povrede člana 8. Konvencije;
 2. Odlučuje, jednoglasno, da je došlo do povrede člana 12. Konvencije;
 3. Odlučuje, jednoglasno, da nijedno posebno pitanje nije pokrenuto na osnovu člana 14. Konvencije;
 4. Odlučuje, jednoglasno, da nije bilo povrede člana 13. Konvencije;
 5. Odlučuje, jednoglasno, da samo konstatovanje povrede predstavlja dovoljno pravično zadovoljenje za nematerijalnu štetu koju je podnositeljka predstavke pretrpjela;
 6. Odlučuje, jednoglasno, da je tužena Država dužna da, u roku od tri mjeseca, podnositeljki predstavke isplati iznos od EUR 39.000 (trideset i devet hiljada eura) na ime sudskih i ostalih troškova, zajedno sa svim naplativim iznosima poreza na dodatu vrijednost, koji će biti pretvoren u ekvivalentan iznos u funtama sterlinga na dan isplate;
 7. Odlučuje, s petnaest glasova prema dva, da je od isteka pomenutog roka od tri mjeseca pa do isplate, na pomenuti iznos naplativa prosta kamata po stopi koja je jednaka marginalnoj stopi na kredite Evropske centralne banke, uvećanoj za tri procentna poena;
 8. Odlučuje, jednoglasno, ostatak zahtjeva podnositeljke predstavke za pravično zadovoljenje.
- Presuda je sačinjena na engleskom i francuskom jeziku i izrečena je na javnoj raspravi u Sudu, u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, 11. jula 2002. godine.

Luzius WILDHABER
Predsjednik

Paul MAHONEY
Sekretar odjeljenja

U skladu sa članom 45., stav 2., Konvencije i pravilom 74, stav 2., Poslovnika Suda, u prilogu ove presude data su i sljedeća izdvojena mišljenja:

- (a) saglasno mišljenje g. Fischbach-a;
- (b) djelimično izdvojeno mišljenje g. Türmen-a;
- (c) djelimično izdvojeno mišljenje gđe Greve.

L.W.
P.J.M.

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE FISCHBACH

Iako sam glasao isto kao i većina sudija u vezi s tačkom 7. dispozitiva, više bih volio da je utvrđena fiksna stopa zatezne kamate.

DJELIMIČNO IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE TÜRMENTEN

Što se tiče zatezne kamate, više bih volio da je u tački 7. dispozitiva utvrđena fiksna kamatna stopa.

U ovom slučaju ne dijelim mišljenje većine svojih kolega u vezi sa zateznom kamatom koja treba da se plati.

Među sudijama postoji saglasnost da euro bude odgovarajuća referentna valuta za sve odštete dodijeljene na osnovu člana 41. Sud želi da takve odštete budu blagovremeno isplaćene, a zatezna kamata treba da služi kao podsticaj na blagovremenu isplatu odštete i ona nema kazneni karakter. Do sada se u potpunosti slažem.

Prema novoj politici Suda, odštete su iskazane u eurima i njihov iznos treba da bude pretvoren u nacionalnu valutu na dan isplate. To znači da će, u ovom slučaju, podnositeljka predstavke pretrpjeti gubitak u smislu vrijednosti odštete ako njena nacionalna valuta, funta sterlinga, nastavi da jača u odnosu na euro. Pretvaranje u nacionalnu valutu tek na dan isplate, za razliku od pretvaranja u nacionalnu valutu na dan izricanja presude, ide u prilog podnosiocima predstavke iz zemalja u kojima je euro zvanična valuta, kao i iz zemalja čija nacionalna valuta ima istu vrijednost kao euro ili vrijedi manje od eura. Svi ostali podnosioci predstavke pretrpeće gubitak na osnovu ove izmijenjene politike. Po mom mišljenju, to je u suprotnosti s odredbama člana 14., zajedno sa članom 41. Dodatno, to je u suprotnosti sa željom Suda da odštete budu što pravičnije, odnosno da se što više očuva vrijednost odštete.

Ovaj drugi cilj takođe predstavlja razlog zbog kojeg je izmijenjena prethodna praksa Suda da odluka Suda u pojedinačnim slučajevima bude zasnovana na zateznoj kamati u svakoj od država članica.

Većina nastoji da pravičnost odšteta obezbijedi kroz primjenu promjenljivih kamatnih stopa, koje variraju tokom kompletnog perioda kašnjenja. Primjenjivaće se marginalna stopa na kredite koju Evropska centralna banka (ECB) obračunava kada kratkoročno pozajmljuje sredstva poslovnim bankama, uvećana za tri procentna poena. Na taj način će, u ovom slučaju, kao i u mnogim drugim slučajevima, podnositeljki predstavke biti isplaćena manja zatezna kamata od one koju je Sud ranije primjenjivao, odnosno zatezna kamata po domaćoj stopi.

Marginalna stopa na kredite je kamata koju banke plaćaju ECB kada su im hitno potrebni kratkoročni krediti. Zapravo, to je stopa koja predstavlja gornju granicu za tržište kapitala, koja ima mali ili gotovo nikakav praktični značaj za podnosiocima predstavke pred Sudom. Zatezne kamate koje su predviđene u svakoj od država potpisnica Konvencije za te države zapravo predstavljaju odraz stanja na domaćem tržištu kapitala što se tiče kamatnih stopa koje podnosioci predstavke koji su možda prinuđeni da uzmu novčanu pozajmicu moraju da plate dok čekaju da im se isplati odšteta na ime pravičnog zadovoljenja. Iz tog razloga, prema domaćoj stopi zatezne kamate, namirenje se vrši na način koji nije obezbijeđen novom stopom zatezne kamate za koju se većina sudija ovog Suda opredijelila.

Pored toga, smatram da podnosilac predstavke kome je dodijeljena odšteta takođe treba da bude upoznat s važećom stopom zatezne kamate. Marginalna stopa na kredite koju ECB primjenjuje kada kratkoročno pozajmljuje sredstva poslovnim bankama nije lako dostupna svim podnosiocima predstavke u Evropi. Ta stopa je već neko vrijeme stabilna, ali po potrebi može da se utvrđuje jednom nedjeljno, pa čak i svakodnevno. Iako država treba da dokaže da je podnosiocu predstavke odštetu isplatila u skladu s presudom, a Komitet ministara Savjeta Evrope da provjeri da li je sve urađeno kako treba, ipak smatram da ovo predstavlja dodatnu birokratsku proceduru koja podnosiocima predstavke otežava praćenje situacije. U svakom slučaju, osnova koju većina sudija ovog Suda koristi za utvrđivanje nove stope zatezne kamate daleko je od stvarne kamatne stope koju će morati da plati podnosilac predstavke koji treba privremeno da pozajmi novac dok čeka da mu se isplati odšteta koja mu je presudom dodijeljena. To ne može da se nadoknadi primjenom nove, promjenljive kamatne stope, tako da ova prilično apstraktna potraga za pravičnošću, po mom mišljenju, ne zaslužuje uvođenje nove i potencijalno birokratske procedure.

SLUČAJ S.L. PROTIV AUSTRIJE

(Predstavka br. 45330/99)

PRESUDA

Strasbourg, 9. januar 2003. godine

U slučaju **S.L. protiv Austrije**, Evropski sud za ljudska prava (Prvo odjeljenje), zasijedajući kao Veliko vijeće u sastavu: gospodin C.L. ROZAKIS, predsjednik, gospođa F. TULKENS, gospodin G. BONELLO, gospođa N. VAJIĆ, gospođa S. BOTOCHAROVA, gospodin A. KOVLER, gospođa E. STEINER (sudije) i gospodin S. NIELSEN, zamjenik sekretara Odjeljenja, pošto je razmatrao slučaj na zatvorenim sjednicama dana 5. decembra 2002. godine, donosi sljedeću presudu, usvojenu posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran predstavkom (br. 45330/99) protiv Republike Austrije podnijete Evropskoj komisiji za ljudska prava (u daljem tekstu: Komisija) pozivajući se na raniji član 25. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) od strane austrijskog državljanina gospodina S.L. (u daljem tekstu: podnosilac predstavke) dana 19. oktobra 1998. godine.

2. Podnosioca predstavke je zastupao g. H. Graupner, advokat iz Beča. Državu Austriju (u daljem tekstu: Država) je zastupao njen agent, Ambasador H. Winkler, Šef Međunarodnog pravnog odjeljelja u Saveznom ministarstvu za spoljne poslove.

3. Podnosilac predstavke je tvrdio da održavanje na snazi člana 209. Krivičnog zakona Austrije, koji kažnjava homoseksualne odnose odraslih muškaraca sa saglasnim tinejdžerima između četrnaest i osamnaest godina, krši njegovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života i da je diskriminatorno.

4. Predstavka je dodijeljena Trećem odjeljenju suda (član 27., stav 1, Pravila suda). U okviru tog Odjeljenja, Vijeće koje razmatra slučaj (član 27., stav 1., Konvencije) je sastavljeno kao što je predviđeno u pravilu 26., stav 1.

5. Sud je, dana 1. novembra 2001. godine, promijenio sastav svojih Odjeljenja (pravilo 25. stav 1.). Ovaj slučaj je dodijeljen novoformiranom Prvom odjeljenju.

6. Odlukom od 22. novembra 2001. godine Sud je proglasio predstavku prihvatljivom.

7. Podnositelj predstavke je dostavio pismeni komentar o meritumu slučaja.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

8. Podnosilac predstavke je rođen 1981. godine u Bad Gastein-u (Austrija).

9. Otprilike u uzrastu od jedanaest ili dvanaest godina počeo je da postaje svjestan svoje seksualne orijentacije. Dok su druge dječake privlačile žene, on je shvatao da ga emotivno i seksualno privlače muškarci, naročito muškarci stariji od njega. Sa petnaest godina je bio siguran u svoju homoseksualnost.

10. Podnosilac predstavke se pismeno izjasnio da živi u ruralnom području gdje je homoseksualnost i dalje tabu tema. On pati zbog činjenice što ne može otvoreno da živi kao homoseksualac. Dok nije napunio osamnaest godina nije mogao da stupi u bilo kakav ispunjavajući

seksualni odnos sa odraslim partnerom iz straha od izlaganja te osobe krivičnom gonjenju prema članu 209. Krivičnog zakonika, (Strafgesetzbuch), zbog obaveze da svjedoči kao svjedok o najintimnijim aspektima svog privatnog života i da bude stigmatizovan od strane društva ako bi se otkrila njegova seksualna orijentacija.

II: RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I POZADINA

A. Krivični zakonik

11. Bilo kakve seksualne radnje sa osobama mlađima od osamnaest godina su kažnjive po članu 206. i 207. Krivičnog zakonika.

12. Član 209. Krivičnog zakonika, u važećoj verziji u vrijeme ovog slučaja, glasi: “Muška osoba koja nakon navršene 19-te godine, opšti sa osobom istog pola koja je navršila četrnaest godina ali ne i osamnaest godina, će biti osuđena na zatvor između šest mjeseci i pet godina.”

13. Ova odredba odnosi se na saglasne homoseksualne činove, kao i bilo koji seksualni čin između odraslih i osoba do 19. godina je kažnjiv po članu 212. Krivičnog zakonika ako odrasla osoba zloupotrijebi poziciju autoriteta (roditelj, poslodavac, učitelj, doktor, itd.). Bilo kakav seksualni čin koji uključuje upotrebu sile ili prijetnje se kažnjava kao silovanje, u skladu sa članom 202. Krivičnog zakonika. Saglasan heteroseksualni ili lezbejski čin između odraslih i osoba preko četrnaest godina nije kažnjiv.

14. Krivična djela prema članu 209. su redovno procesuirana, sa oko, u prosjeku, šezdeset krivičnih procedura otvorenih u godini, od kojih je trećina rezultirala osudom. Što se tiče primijenjene kazne, zatvorska kazna koja prelazi tri mjeseca je izrečena u 65 do 75% slučajeva, od kojih 15 do 25% nije izdržavalo uslovnu kaznu. Prema informacijama od strane Saveznog ministra za pravdu, u odgovoru na poslanički zahtjev, u 2001. godini tri osobe su služile zatvorsku kaznu samo na osnovu osude prema članu 209. Krivičnog zakonika a četiri osobe su zadržane u pritvoru do suđenja u procedurama isključivo u vezi sa optužbama prema članu 209.

15. Dana 10. jula 2002. godine, nakon presude Ustavnog suda od 21. juna 2002. godine (vidjeti dolje), Parlament je odlučio da ukine član 209. Krivičnog zakonika. Pored toga, uvela je član 207b Krivičnog zakonika, koji kažnjava seksualne činove sa osobama mlađima od šesnaest godina ako ta osoba iz sigurnih razloga nije dovoljno zrela da razumije značenje čina i prestupnik iskorišćava ovu nezrelost ili ako je osoba mlađa od šesnaest godina u nekoj neprilici i prestupnik koristi tu situaciju. Član 207b dalje kažnjava podsticanje osoba mlađih od 18 godina na uključivanje u seksualne aktivnosti koje se plaćaju. Član 207b se primjenjuje bez obzira na to da li su u pitanju heteroseksualni, homoseksualni ili lezbejski seksualni činovi. Ovaj gore navedeni amandman, objavljen u Official Gazette-u (Bundesgesetzblatt) br. 134/2002, je stupio na snagu 14. avgusta 2002. godine.

B. Postupci pred Ustavnim sudom

16. U presudi od 3. oktobra 1989. godine, Ustavni sud je utvrdio da je član 209. Krivičnog zakonika bio saglasan sa principima jednakosti proklamovanih ustavnim pravom i naročito sa zabranom rodne diskriminacije sadržane u njemu. Ta presuda je donijeta nakon žalbe osobe koja je naknadno iznijela svoj slučaj pred Komisijom (Z. protiv Austrije, br. 17279/90, odluka Komisije 13. maja 1992. godine, neobjavljen).

17. Relevantan pasus presude Ustavnog suda glasi: “Razvoj krivičnog zakona u posljednjih nekoliko decenija pokazuje da zakonodavac nastoji da primijeni sistem krivičnog prava na znatno restriktivniji način nego ranije s naporima koje preduzima u povezivanju svoje politike sa tretmanom prema prestupnicima, koji je postao poznat pod opštim nazivom “dekriminalizacija”. To znači da se prekršaji ostavljaju zakoniku ili se stvaraju novi prekršaji

jedino ako je takvo kažnjavanje ponašanja štetnog za društvo i dalje apsolutno neophodno i nezaobilazno nakon primjene najstrožijih kriterijuma. Krivična odredba koja je osporena uključuje grupu djela koja se smatraju nezakonitim u cilju zaštite, u mjeri koja se smatra neizbježnom, od pogrešnog razvijanja seksualnosti mlade osobe u fazi sazrijevanja. ("Homoseksualni činovi su krivična djela od važnosti za krivični zakon, budući da homoseksualni pritisak ne smije biti nametnut homoseksualnim iskustvom tokom seksualnog razvoja mladog muškarca...." Pallin in Foregger/Nowakowski (izdavači), Bečki komentar o Krivičnom zakoniku 1980, para. 1 o članu 209., ...). Ovako posmatrano, s gledišta principa jednakosti sadržanog u odjeljku 7., paragraf 1, Saveznog ustavnog zakona i odjeljku 2. Osnovnog ustavnog zakona koji propisuju krivični zakon, ova legislativa se ne može razumno osporiti zbog stava, pozivajući se na mjerodavno stručno mišljenje u kombinaciji sa stečenim iskustvom, da homoseksualni uticaj ugrožava dječake u fazi sazrijevanja u znatno većoj mjeri nego djevojčice istog uzrasta, i zaključka da je neophodno kazniti, prema krivičnom zakonu, homoseksualne činove sa mladim muškarcima, kao što je predviđeno članom 209. Krivičnog zakonika. Ova odluka je takođe zasnovana na njihovim stavovima o moralu, koje su htjeli da nametnu dok su propisno posmatrali trenutnu politiku o krivičnoj pravdi koja ima za cilj umjerenost i ograničavanje kažnjavanja krivičnih djela (uz pažljivo vaganje raznih prednosti i mana). Uzimajući sve u obzir, mi se ovdje bavimo razlikom koja se zasniva na činjeničnim razlikama i samim tim je ustavno prihvatljiva prema odjeljku 7., paragraf 1., Saveznog ustavnog zakona, u vezi sa odjeljkom 2. Osnovnog ustavnog zakona."

18. Dana 29. novembra 2001. godine, Ustavni sud je odbacio zahtjev Regionalnog suda u Insburku da razmotri ustavnost člana 209. Krivičnog zakonika.

19. Regionalni sud je tvrdio da, između ostalog, član 209. krši članove 8. i 14. Konvencije po teoriji da muški adolescent rizikuje da bude regrutovan u homoseksualnost na kojoj se Ustavni sud oslanjao u prethodnoj presudi, obzirom da je bila opovrgnuta. Ustavni sud je utvrdio da je u pitanju bila pravosnažna presuda. On je istakao da činjenica da je već donešena odluka o istoj odredbi nije spriječila njegovo ponovno razmatranje, ako je bilo promjene u određenim okolnostima ili različitim pravnim argumentima. Međutim, Regionalni sud nije uspio da pruži detaljne razloge za svoju tvrdnju da se određeno naučno znanje promijenilo u toj mjeri da zakonodavac više nije ovlašćen da postavi drugačiju starosnu granicu za saglasan homoseksualni odnos kao i za heteroseksualni ili lezbejski odnos.

20. Dana 21. juna 2002. godine, nakon ponovnog zahtjeva za razmatranje od strane Insburk Regionalnog suda, Ustavni sud je utvrdio da je član 209. Krivičnog zakonika neustavan.

21. Regionalni sud je tvrdio, kao prvo, kao što je to ranije činio, da član 209. Krivičnog zakonika krši članove 8. i 14. Konvencije i, kao drugo, da nije u skladu sa principima jednakosti prema Ustavnom zakonu i članu 8. Konvencije, obzirom da je veza između muških adolescenata između četrnaest i devetnaest godina prvo bila zakonita, ali je postala kažnjiva čim je jedan navršio devetnaest godina i ponovo postala zakonita kada je drugi navršio devetnaest godina. Ustavni sud je tvrdio da je drugi argument različit od argumenata koje je ispitao u presudi od 3. oktobra 1989. godine, i da je, samim tim, razmatran. Naveo je da se član 209. tiče samo saglasnih homoseksualnih veza između muškaraca preko devetnaest godina i adolescenata između četrnaest i osamnaest godina. U starosti od četrnaest do devetnaest godina homoseksualni činovi između osoba istog godišta (na primjer dva šesnaestogodišnjaka) ili osoba sa starosnom razlikom od jedne do pet godina nijesu kažnjivi. Međutim, čim jedan partner navršio devetnaest godina, takav čin predstavlja krivično djelo prema članu 209. Krivičnog zakonika. Oni će ponovo postati zakoniti kada mlađi partner navršio osamnaest godina. Obzirom da se član 209. ne odnosi samo na povremene odnose već na trajne veze, to dovodi do prilično apsurdnih rezultata, odnosno promjene perioda tokom kojeg je homoseksualna veza između dva partnera prvo zakonita, onda kažnjiva i nakon toga ponovo zakonita i samim tim se ne može smatrati objektivno opravdanom.

22. U proljeće 1995. godine Socijaldemokratska partija, Zelena Partija i Liberalna partija podnijele su prijedlog u Parlamentu da se ukine član 209. Krivičnog zakonika. Oni su naročito tvrdili da je zakonodavac u 1970-tim opravdao donošenje ove odredbe na osnovu teorije da su muškarci adolescenti u riziku da budu regrutovani u homoseksualnost, dok žene adolescenti nijesu. Međutim, savremena nauka je pokazala da je seksualna orijentacija uspostavljena već na početku puberteta. Štaviše, različita doba saglasnosti nijesu u skladu sa evropskim standardima. U tom pogledu pozvali su se na Preporuku 924/1981 Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope koja se zalagala za jednak uzrast saglasnosti za heteroseksualne i homoseksualne odnose. Zaštita maloljetnika od seksualnog nasilja i zlostavljanja je dovoljno pružena drugim odredbama Krivičnog zakonika, bez obzira na njihovu seksualnu orijentaciju.

23. Nakon toga, 10. oktobra 1995. godine, pododbor Parlamentarnog Odbora za pravne odnose saslušao je dokaze jedanaest stručnjaka iz različitih oblasti kao što su medicina, seksualne nauke, prevencija AIDS-a, razvojne psihologije, psihijatrije, psihoterapije, teologije, prava i ljudskih prava. Devetoro njih je bilo jasno o ukidanju člana 209., što je bio važan argument za stručnjake iz oblasti medicine, psihologije i psihijatrije jer se smatralo da je seksualna orijentacija, u većini slučajeva, formirana, ustanovljena, prije pubertetskih godina, što demantuje teoriju da muškarci adolescenti mogu biti regrutovani u homoseksualnost od strane iskusnijih homoseksualaca. Drugi argument je bio da se ponavljanjem sankcionisanja homoseksualnih odnosa otežava prevencija AIDS-a. Dva stručnjaka su bila u korist zadržavanja člana 209.: jedan je naveo da smatra da je potrebno zaštititi muške adolescente, a drugi da, uprkos činjenici da ne postoji takva stvar kao regrutovanje u homoseksualnost, nijesu svi muški adolescenti sigurni u svoju seksualnu orijentaciju i zato je bolje da imaju više vremena da kreiraju svoj održivi identitet.

24. Dana 27. novembra 1996. godine, Parlament je održao raspravu povodom prijedloga da se član 209. Krivičnog zakonika stavi van snage. Oni poslanici koji su bili za stavljanje van snage člana 209. oslonili su se na argumente većine eksperata koji su govorili pred pododborom. Od onih poslanika koji su bili za zadržavanje pravosnažnosti člana 209., neki su jednostavno izrazili svoju saglasnost, dok su ostali naglasili da ovu odredbu i dalje smatraju neophodnom kada su u pitanju oni muški adolescenti koji nijesu sigurni u vezi svoje seksualne orijentacije. Na kraju rasprave bio je jednak broj glasova za i protiv (91 prema 91). Shodno tome, član 209. je ostao u sastavu Zakona.

25. Dana 17. jula 1998. godine, Zelena Partija je ponovo podnijela inicijativu Parlamentu da se član 209. Krivičnog zakonika stavi van snage. Raspravu koja je uslijedila pratio je isti razvoj događaja kao i prije. Zahtjev je odbijen odnosom glasova 81 prema 12.

26. Dana 10. jula 2002. godine, Parlament je odlučio da stavi van snage član 209. Krivičnog zakonika (vidjeti gore stav broj 15.).

PRAVO

I NAVODNA POVREDA ČLANA 8. SAMOSTALNO I U VEZI SA ČLANOM 14. KONVENCIJE

27. Podnosilac predstavke se žalio zbog važenja člana 209. Krivičnog zakonika kojim se kriminalizuju homoseksualni činovi odraslih muškaraca sa adolescentima uzrasta od četrnaest do osamnaest godina koji su, sa tim činom, saglasni. Oslanjajući se na član 8. Konvencije, samostalno i u vezi sa članom 14., on je tvrdio da je njegovo pravo poštovanja privatnog života bilo povrijeđeno i da je osporena odredba diskriminatorna, imajući u vidu da heteroseksualni i lezbejski odnosi između odraslih osoba iste starosti nijesu kažnjivi zakonom.

Član 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, te zbog sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.

Član 14 predviđa:

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji obezbijediće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost”.

28. Obzirom na prirodu žalbe, Sud smatra da je prikladno da se ispita slučaj direktno pod članom 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

29. Nije sporno da ovaj slučaj spada u domen člana 8., imajući u vidu da se tiče najintimnijeg aspekta privatnog života podnosioca predstavke (vidjeti, na primjer, presudu Dudgeon protiv UK, od 22. oktobra 1981. godine, Series A no. 45, strana 21, stav 52; presudu Smith and Grady protiv UK, no. 33985/96 i 33986/96, stav 90., ESLJP1999-VI). Dakle, član 14. važi.

30. Podnosilac predstavke je tvrdio da u Austriji, kao i u većini evropskih zemalja, heteroseksualni i lezbejski odnosi između odraslih i saglasnih adolescenata koji imaju preko četrnaest godina, nijesu kažnjivi. On je naveo da nije bilo ničega što bi ukazalo da je adolescentima potrebna bolja zaštita od dobrovoljnih homoseksualnih odnosa sa odraslima, nego od heteroseksualnih ili lezbejskih odnosa. Sve dok adolescentima nije potrebna zaštita u cjelini, član 209. Krivičnog zakonika takođe sputava homoseksualne adolescentima u njihovom razvoju, dodajući im društvenu stigmiju u odnose sa odraslim muškarcima i njihovim seksualnim orijentacijama u cjelini. U vezi sa tim, podnosilac predstavke, koji se odnosi na sudsku praksu, tvrdi da bilo kakvo miješanje u seksualnu sferu osobe i bilo kakva razlika u tretmanu na osnovu pola ili seksualne orijentacije zahtijeva posebno sadržajne razloge (vidjeti presudu Smith and Grady protiv UK, citiran u gornjem dijelu teksta, stav 94., i A.D.T protiv UK, no. 35765/97, stav 36., od 31. jula 2000. godine, neobjavljen).

31. Ovo je bilo tačnije u oblasti gdje je Evropski konsenzus postojao radi smanjenja uzrasta seksualne saglasnosti za homoseksualne odnose. Uprkos činjenici da je Evropski konsenzus rastao još od uvođenja njegove predstavke, država do nedavno nije uspjela da istupi sa valjanim obrazloženjem zbog čega je više podržavala različit uzrast seksualne saglasnosti za homoseksualne odnose nego za heteroseksualne i lezbejske odnose. Konkretno, podnosilac predstavke je istakao da je u aprilu 1997. godine, septembru i decembru 1998. godine pa ponovo u julu 2001. godine Evropski parlament zatražio od Austrije da ukine član 209. Slično tome, Komitet za ljudska prava, koji prati Međunarodni pakt građanskih i političkih prava, utvrdio je da je član 209. bio diskriminatoran. Parlamentarna skupština Savjeta Evrope je 2000. godine izdala dvije preporuke, tražeći jednak uzrast seksualne saglasnosti za heteroseksualne, lezbejske i homoseksualne odnose, i brojne države članice Savjeta Evrope su nedavno uvele jednak uzrast seksualne saglasnosti.

32. Dalje, podnosilac predstavke je istakao da je Komisija, u slučaju Sutherland (Sutherland protiv UK, br. 25186/94, izvještaj Komisije od 1. jula 1997. godine, neobjavljen) odstupila od svoje ranije sudske prakse na koju se država pozivala. Po njegovom mišljenju, razlika između sadašnje pretpostavke i slučaja Sutherland nije odlučujuća, jer se činjenica, prema kojoj je po zakonu na snazi UK u određeno vrijeme partner adolescent kažnjiv, odnosi samo na Komisiju kao pomoćni argument. U odnosu na drugi argument Države da se član 209. i dalje smatra neophodnim za zaštitu muškaraca adolescenata, podnosilac predstavke je tvrdio da se velika većina naučnika, čije su dokaze čuli u parlamentu 1995. godine, ne slaže sa ovim stavom.

33. Država je skrenula pažnju na nedavnu izmjenu Krivičnog zakonika. Ona je tvrdila da podnosilac predstavke, koji je uvijek tvrdio da su ga privlačili muškarci stariji od njega, nema

nikakav rizik da bude kažnjen za bilo koji homoseksualni odnos, prema novonastalom odjeljku 207b. Krivičnog zakonika. Država je stoga izjavila da je njena pozicija ostala nepromijenjena i da čuva svoje ranije podneske.

34. Država se pozvala na presudu Ustavnog suda od 3. oktobra 1989. godine, i na sudsku praksu Komisije (uporediti sa Z. protiv Austrije, no 172790/90, odluka Komisije od 13. maja 1992. godine, neobjavljena, i, H.F. protiv Austrije, no. 22646/93, odluka Komisije od 26. juna 1995. godine, neobjavljena), ističući da Komisija nije utvrdila nikakve naznake o povredi samo člana 8. ili u vezi sa članom 14. Konvencije u vezi sa članom 209. Krivičnog zakonika Austrije. Što se tiče gore pomenutog slučaja Sutherland protiv UK, Država je istakla da postoji značajna razlika, a to je da na osnovu člana 209. Krivičnog zakonika Austrije adolescent koji je učestvovao u napadu nije bio kažnjiv. Dodatno, ona se pozvala na činjenicu da je 1995. godine Parlament Austrije saslušao brojne stručnjake i da su zajedno intenzivno razmatrali član 209. s ciljem da ga ukinu, ali su odlučili da ga zadrže, jer se odredba još uvijek smatrala potrebnom, u smislu člana 8, stav 2. Konvencije za zaštitu adolescenata muškaraca.

35. Sud na početku primjećuje da je, nakon presude Ustavnog suda od 21. juna 2002. godine, član 209. Krivičnog zakonika ukinut. Ovaj amandman je stupio na snagu 14. avgusta 2002. godine. Međutim, ova promjena ne utiče na status podnosioca predstavke kao žrtve u smislu člana 34. Konvencije. U vezi sa ovim, Sud ponavlja da odluka ili mjera u korist podnosioca predstavke u principu nije dovoljna da ga liši statusa žrtve osim ako su nacionalne vlasti to potvrdile, izričito ili u suštini, a nakon toga dale naknadu za kršenje Konvencije (vidjeti, na primjer, Dalban protiv Rumunije ((GC), no. 28114/95, stav 44., ESLJP 1999-VI). U odluci o prihvatljivosti od 22. novembra 2001. godine u ovom slučaju, Sud je prihvatio to da je podnosilac predstavke, koji je uvijek tvrdio da su ga privlačili muškarci stariji od njega, prema članu 209. Krivičnog zakonika bio spriječen da stupi u bilo kakav seksualni odnos koji odgovara njegovoj dispoziciji. Shodno tome, utvrđeno je da je bio direktno pogođen održavanjem na snagu člana 209. sve dok nije navršio osamnaest godina. Imajući u vidu trenutnu situaciju, Sud smatra da odluka Ustavnog suda, koja se zasniva na drugačijim osnovama od onih u trenutnoj situaciji, nije priznala, a kamoli dala naknadu za navodno kršenje Konvencije. Čak se ni ne može reći da je "stvar riješena" u smislu člana 37., stav 1 (b) Konvencije. Ovaj slučaj se razlikuje od slučaja Sutherland, skinutog sa liste Suda na zahtjev stranaka, koje su postigle dogovor nakon promjene u domaćem zakonu (Sutherland protiv UK ((GC), no. 25186/94, od 27. marta 2001. godine, neobjavljen).

36. Prema utvrđenoj praksi Suda, razlika u tretmanu je diskriminatorna za svrhe člana 14., ako "ne postoji objektivno i razumno opravdanje", to jest, ako se ne teži "legitimnom cilju" ili ne postoji "razuman odnos u srazmjernosti između primijenjenih sredstava i ciljeva koji se trebaju ostvariti". Štaviše, države ugovornice uživaju izvjesno polje slobodne procjene u ocjenjivanju da li i u kojoj mjeri razlike u inače sličnim situacijama opravdavaju različit tretman (vidjeti presudu Karlheinz Schmidt protiv Njemačke, od 18. jula 1994. godine, Series A no. 291B, strane 32–33, stav 24; Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, no. 33290/96, stav 29, ESLJP 1999-IX i Fretté protiv Francuske, no. 36515/97, stavovi 34. i 40., ECHR 2002-I).

37. Podnosilac predstavke se žalio na razliku u tretmanu na osnovu njegove seksualne orijentacije. U vezi s ovim, Sud ponavlja da je seksualna orijentacija koncept koji se nalazi pod članom 14 (vidjeti gore citiran slučaj Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, stav 28.). Baš kao i razlike na osnovu pola, (vidjeti presudu Karlheinz Schmidt protiv Njemačke, ibid. i Petrovic protiv Austrije od 27. marta 1998. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-II, strana 587, stav 37.), razlike na osnovu seksualne orijentacije zahtijevaju posebno ozbiljan razlog za opravdanje (vidjeti gore citiran slučaj Smith and Grady protiv UK, stav 90.).

38. Država je tvrdila da je osporena odredba služila da zaštiti seksualni razvoj adolescenata muškaraca. Sud prihvata da je cilj zaštite prava drugih u stvari legitiman. Ostaje da se utvrdi da li postojalo opravdanje za razliku u tretmanu.

39. Sud primjećuje da u prethodnim slučajevima na koje se država pozivala, a koji su se odnosili na član 209. Krivičnog zakonika Austrije, Komisija nije utvrdila da je došlo do kršenja samo člana 8. Konvencije ili u vezi sa članom 14. Međutim, Sud je često smatrao da je Konvencija živi instrument, koji mora da se tumači u svjetlu današnjih uslova (vidjeti, na primjer, gore pomenuti slučaj *Fretté protiv Francuske*, *ibid.*). U slučaju *Sutherland*, imajući u vidu nedavna istraživanja prema kojim se seksualna orijentacija utvrđivala prije puberteta i kod dječaka i kod djevojčica, kao i činjenicu da je većina država članica Savjeta Evrope priznala jednak uzrast seksualne saglasnosti, Komisija je izričito navela da je bilo “prikladno da se preispita ranija sudska praksa u svjetlu ovih modernih zbivanja” (*Sutherland protiv UK*, Izvještaj Komisije, citiran u gornjem dijelu teksta, stavovi 59. i 60.). Došlo se do zaključka da je u odsustvu bilo kakvog objektivnog i razumnog opravdanja održavanje višeg uzrasta seksualne saglasnosti za homoseksualne nego za heteroseksualne činove prekršilo član 14. zajedno sa članom 8 Konvencije (*ibid.*, stav 66.).

40. Osim toga, Sud smatra da razlika između slučaja *Sutherland* i ovog, da partner adolescent koji je učestvovao u propisanim homoseksualnim činovima nije kažnjiv, nije odlučujuća. Ovaj element je samo sekundarni faktor u izvještaju Komisije (*ibid.*, stav 64.).

41. Ono što je odlučujuće je to da li je objektivno i razumno opravdanje zašto je mladim ljudima od četrnaest do osamnaest godina bila potrebna zaštita od seksualnih odnosa sa odraslim muškarcima, dok mladim ženama istih godina nije bila potrebna takva zaštita od odnosa sa starijim muškarcima ili ženama. U vezi sa ovim, Sud ponavlja da će se obim polja slobodne procjene koji je ostavljen državama ugovornicama, razlikovati od okolnosti, slučaja i njegove istorije; u tom smislu jedan od relevantnih faktora može biti postojanje ili nepostojanje zajedničke osnove između zakona država ugovornica (vidjeti, na primjer, *Petrovic protiv Austrije*, citiran u gornjem dijelu teksta, stav 38., i slučaj *Fretté protiv Francuske*, citiran u gornjem dijelu teksta, stav 40.).

42. U ovom slučaju podnosilac predstavke je istakao, a to nije osporila Država, da je postojao sve veći evropski konsenzus u vezi primjene jednakog uzrasta seksualne saglasnosti za heteroseksualne, za lezbejske i za homoseksualne odnose. Slično tome, Komisija je uočila u gore pomenutom slučaju *Sutherland* da “jednakost pri postupanju na osnovu uzrasta seksualne saglasnosti je sada priznata od velike većine država članica Savjeta Evrope” (*ibid.*, stav 59.).

43. Država se pozvala na odluku Ustavnog suda od 3. oktobra 1989. godine, u kojoj je član 209. Krivičnog zakonika smatran neophodnim da bi se izbjeglo “da opasan pritisak . . . homoseksualnim iskustvima bude nametnut mladim muškaracima tokom njihovog seksualnog razvoja”. Međutim, ovaj pristup je proglašen zastarjelim na parlamentarnoj debati o mogućem ukidanju te odredbe iz 1995. godine. Kako je podnosilac predstavke s pravom naveo, velika većina stručnjaka koji su govorili u Parlamentu su jasno iznijeli svoj stav u korist jednakog uzrasta seksualne saglasnosti, naročito zaključujući da je u najvećem broju slučajeva seksualna orijentacija utvrđena prije samog perioda puberteta, te je teorija o tome da su muški adolescenti “regrutovani” u homoseksualni svijet time opovrgnuta. Bez obzira na poznavanje ovih promjena u naučnom pristupu ovom pitanju, Parlament je, novembra 1996. godine odlučio da član 209. zadrži u stavu Zakona.

44. U mjeri u kojoj je u članu 209. Krivičnog zakonika oličena predodređena pristrasnost na strani heteroseksualne većine protiv homoseksualne manjine, ove negativne stavove Sud ne bio smio smatrati dovoljnim da bi se opravdalo različito postupanje, ništa više od negativnih stavova prema onima koji su različite rase, porijekla ili boje kože (v. *Smith and Grady protiv UK*, citirano gore, stav broj 97.).

45. U zaključku, Sud konstatuje da Država nije ponudila dovoljno ubjedljive ili valjane razloge da bi opravdala zbog čega je član 209. Krivičnog zakonika i dalje na snazi.

46. Shodno tome, došlo je do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 8.

47. Uzimajući u obzir prethodna razmatranja, Sud ne smatra neophodnim da sudi o tome da li je došlo samo do povrede člana 8. Konvencije.

48. Član 41. Konvencije predviđa: “Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.”

A. Šteta

49. Podnosilac predstavke je tražio ukupan iznos od 1 miliona austrijskih šilinga (ATS), što je ekvivalentno iznosu od 72,672, 83 eura (EUR) na ime naknade za nematerijalnu štetu. Tvrđio je da je bio ometan u svom seksualnom razvoju. On je ponovio da posebnu privlačnost osjeća prema muškarcima koji su stariji od njega, ali da član 209. Krivičnog zakonika svaki saglasan seksualni odnos sa muškarcima koji imaju preko 19 godina smatra krivičnim djelom. Pored toga, član 209. vrši ukupnu stigmatizaciju njegove seksualne orijentacije predstavljajući je kao nemoralnu i zaslužnu prezira. Tako je podnosilac predstavke bio pod stresom i doživljavao poniženja tokom čitavog perioda adolescencije.

50. Država nije iznijela nikakav komentar.

51. Sud primjećuje da je, u velikom broju slučajeva koji se tiču održavanja na snazi propisa kojima se kažnjavaju homoseksualni činovi između odraslih osoba koje su za to saglasne, sama činjenica utvrđivanja povrede dovoljno pravično zadovoljenje za bilo koju pretrijenu nematerijalnu štetu (vidjeti presudu Dudgeon protiv UK (pravično zadovoljenje) od 24. februara 1983. godine, Serija A Br. 59, strane 7 - 8, stav 14.; presudu Norris protiv Irske od 26. oktobra 1988. godine, Serija A Br. 142, strane 21 - 22, stav 50., i presudu Modinos protiv Kipra, od 22 aprila 1993. godine, Serija A Br. 259, strana 12, stav 30.).

52. Bez obzira na to, Sud primjećuje da su presude u gore navedenim slučajevima donijete u periodu prije dvadeset ili prije deset godina. Sud smatra da je primjereno da se dodijeli pravično zadovoljenje za nematerijalnu štetu u slučajevima kao što je ovaj, i pored toga što je član 209. Krivičnog zakonika nedavno stavljen van snage, te da je podnosilac predstavke time uspio djelimično da ostvari cilj njegove predstavke. U stvari, Sud pridaje značaj činjenici da je podnosilac predstavke bio spriječen u stupanju u željeni odnos, sve dok nije napunio osamnaest godina. Procjenjujući na pravičnoj osnovi, Sud dodjeljuje podnosiocu predstavke iznos od 5, 000 eura (EUR).

B. Sudski i ostali troškovi

53. Podnosioc predstavke je na ime sudskih i ostalih troškova tražio ukupan iznos od 30,305,34 eura (EUR) na ime vođenja postupka u Strazburu.

54. Država nije iznijela nikakav komentar.

55. Sud konstatuje da su traženi iznosi veliki. Procjenjujući na pravičnoj osnovi, Sud dodjeljuje na ime sudskih i ostalih troškova iznos od 5, 000 eura (EUR).

C. Zatezna kamata

Sud smatra za potrebno da se zatezna kamata bazira na marginalnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke za kredite, uvećanoj za tri procentna poena.

IZ TIH RAZLOGA, SUD:

1. Odlučuje, jednoglasno, da je došlo do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 8.
2. Odlučuje, jednoglasno, da nema potrebe da se odvojeno odlučuje o žalbama podnjetim na osnovu člana 8. Konvencije.

3. Odlučuje,

(a) sa četiri glasa prema dva, da je tužena Država dužna da, u roku od tri mjeseca od datuma kada je presuda postala pravosnažna na osnovu člana 44., stav 2., Konvencije, podnositeljki predstavke isplati iznos od EUR 5.000 (pet hiljada eura) na ime pretrpljene nematerijalne štete;

(b) jednoglasno, da je tužena Država dužna da, u roku od tri mjeseca od datuma kada je presuda postala pravosnažna na osnovu člana 44., stav 2., Konvencije, podnositeljki predstavke isplati iznos od EUR 5.000 (pet hiljada eura) na ime sudskih i ostalih troškova;

(c) jednoglasno, da je od isteka pomenutog roka od tri mjeseca pa do isplate, na pomenuti iznos naplativa prosta kamata po stopi koja je jednaka marginalnoj stopi na kredite Evropske centralne banke, uvećanoj za tri procentna poena;

(d) Odbacuje, jednoglasno, ostatak zahtjeva podnosioca predstavke za pravično zadovoljenje.

Sačinjeno na engleskom jeziku i dostavljeno u pisanoj formi dana 9. januara 2003. godine, u skladu sa pravilom 77. stavovi 2. i 3. Poslovnika Suda.

Søren NIELSEN
Sekretar odjeljenja

Christos ROZAKIS
Predsjednik

U skladu sa članom 45., stav 2., Konvencije i pravilom 74, stav 2. Poslovnika Suda, u prilogu ove presude dato je sljedeće izdvojeno mišljenje:

(a) djelimično izdvojeno mišljenje gđe Vajić, uz pridruženo mišljenje gđe Botoucharov-e i g. Kovler-a.

C. R.
S. N.

DJELIMIČNO IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE VAJIĆ, UZ PRIDRUŽENO MIŠLJENJE SUDIJE BOTOCHAROVA I SUDIJE KOVLERA

U ovom slučaju ne dijelim mišljenje većine u vezi sa nadoknadom koja treba da se isplati podnosiocu predstavke na ime nematerijalne štete po članu 41. Konvencije. Uzimajući u obzir činjenice iz ovog slučaja ne vidim nikakav razlog za odstupanje od utvrđene sudske prakse u vezi sa održavanjem na snazi propisa kojima se kažnjavaju homoseksualni čini između odraslih osoba (vidjeti presudu Dudgeon protiv UK (pravično zadovoljenje) od 24. februara 1983. godine, Serije A Br. 59, strane 7 - 8, stav 14; presudu Norris protiv Irske, od 26. oktobra 1988. godine, Serije A Br. 142, strane 21 - 22, stav 50., i presudu Modinos protiv Kipra, od 22 aprila 1993. godine, Serije A Br. 259, strana 12, stav 30.), po kojoj se naknada za nematerijalnu štetu do sada dodijeljivala. Ovo se još više potvrđuje time da je Austrija dobrovoljno preuzela korake za prilagođavanje situacije, mijenjajući upravo dotični zakon (tj. njen Krivični zakonik, vidjeti gore stav broj 15. ove presude), i na taj način usaglasila svoju sudsku praksu sa zahtjevima Konvencije. Obzirom na ovakvo stanje stvari i na samu prirodu utvrđene povrede, mišljenja sam da u odnosu na zahtjev podnosioca predstavke za nadoknadu nematerijalne štete, ova presuda sama po sebi predstavlja adekvatno pravično zadovoljenje u smislu člana 41.

SLUČAJ KOZAK PROTIV POLJSKE

(Predstavka broj: 13102/02)

PRESUDA

Strasbourg, 2. marta 2010. godine

U slučaju **Piotr Kozak protiv Poljske** Evropski sud za ljudska prava, Četvrto odjeljenje, zasijedajući kao Vijeće u sastavu: Nicolas Bratza, predsjednik, Lech Garlicki, Giovanni Bonello, Ljiljana Mijović, David Thór Björgvinsson, Ján Šikuta,

Ledi Bianku (sudije) i Lawrence Early, sekretar odjeljenja, nakon vijećanja, zatvorenog za javnost, dana 9. februara 2010. godine, donosi sljedeću presudu usvojena istog datuma:

POSTUPAK

1. Predmet je predstavka (br. 13102/02) protiv Republike Poljske podnijeta Sudu shodno članu 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu "Konvencija") od strane državljanina Republike Poljske, gospodina Piotra Kozaka, (u daljem tekstu "podnositelj predstavke"), dana 23. avgusta 2001. godine.

2. Podnosioca predstavke zastupao je gospodin A. Bylinski, advokat iz Szczecina. Poljsku Vladu (u daljem tekstu "Vlada") zastupao je njihov agent, gospodin J. Wolasiewicz, iz Ministarstva za vanjske poslove.

3. Podnositelj predstavke je naročito tvrdio da je došlo do kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, tvrdeći da je bio diskriminisan na osnovu njegove seksualne orijentacije time što mu je poricano pravo da naslijedi zakup stana nakon smrti njegovog partnera.

4. Dana 4. decembra 2007. godine Sud je odlučio da obavijesti Vladu o predstavci. On je takođe odlučio da ispita meritum predstavke, kao i njenu prihvatljivost (član 29. stavka 3).

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

5. Podnositelj predstavke je rođen 1951. godine i živi u Szczecinu.

A. Kontekst

1. Nesporne činjenice

6. Godine 1989, podnositelj predstavke se uselio u gradski stan u K. ulici, koji je zakupio T.B., partner podnosioca predstavke, s kojim je podnositelj predstavke živio u istopolnoj zajednici. Ranije, 1986. ili 1987. godine, živjeli su zajedno u stanu koji je T.B. zakupio u N. ulici. Podnositelj predstavke i T. B. su dijelili troškove stana. Dana 28. maja 1989. godine, podnositelj predstavke je u registru stanara kojeg vodi Uprava grada Szczecin (Gmina) registrovan kao stanar sa stalnim boravkom.

7. Dana 1. aprila 1998. godine T. B. je preminuo.

8. Nenaznačenog, kasnijeg, datuma podnositelj predstavke je podnio zahtjev gradonačelniku Szczecina (Prezydent Miasta) tražeći da s njim sklopi ugovor o izdavanju, čime bi se

nadoknadio ugovor s pokojnim T.B. Od strane jednog od gradskih službenika usmeno je obaviješten da bi prvo trebao podmiriti dugove na ime stanarine jer se u suprotnom novi ugovor neće moći sprovesti. Podnosilac predstavke je podmirio dugove koji su iznosili 4671.28 poljskih zlota (PLN), te je renovirao stan i platio 5.662 poljskih zlota (PLN) za troškove radova.

9. Dana 19. juna 1998, Gradski sekretarijat za gradske zgrade i stambene objekte Szczecina (Wydział Budynków i Lokali Komunalnych Urzędu Miejskiego) poslao je podnosiocu predstavke dopis kojim ga obavještava da se njegovom zahtjevu ne može udovoljiti jer nije ispunio relevantne kriterijume. Jedan od tih kriterijuma je bio da je boravio u gradskom stanu barem od 11. novembra 1992. godine. Vlasti su smatrale da podnosilac predstavke nije živio u stanu, već da se uselio nakon 1. aprila 1998. godine, dana kada je preminuo T.B. Osim toga, u međuvremenu, 3. aprila 1998. godine, ime podnosioca predstavke izbrisano je iz registra stanara obzirom na činjenicu da tamo nije živio više od pet godina (vidjeti niže navedene stavove od 14. do 23.). Stoga, vlasti su podnosiocu predstavke naložile da napusti stan i preda ga gradskim vlastima pod prijetnjom da će biti prisilno iseljen na vlastiti trošak i rizik pri čemu će se iseljenje sprovesti nezavisno od njegove prisutnosti.

10. Nakon toga podnosilac predstavke je pokušao postići dogovor s gradskim vlastima ali bezuspješno.

2. Sporne činjenice

(a) Vlada

11. Vlada je tvrdila da su u neko nenavedeno vrijeme podnosilac predstavke i T.B. došli u sukob. T.B. je tražio od vlasti da ime podnosioca predstavke briše iz registra stanara i namjeravao je protiv njega pokrenuti postupak iseljenja. Prestali su zajednički voditi domaćinstvo oko godinu i po prije smrti T.B. a istovremeno je podnosilac predstavke prestao plaćati stanarinu za stan. Tri mjeseca prije smrti, T.B. je odsjeo u kući svog brata, ali se u stan vratio sredinom februara 1998. godine. U vrijeme smrti T.B. podnosilac predstavke nije živio u stanu. Vlada je nadalje navela da podnosilac predstavke nije preuzeo odgovornost za sahranu T.B.a. Kako bi potkrijepila svoje tvrdnje, Vlada se pozvala na odluke koje su donijele upravne vlasti i sudovi u postupcima koji su se odnosili na stalni boravak (vidjeti niže navedene stavke od 14. do 23.) i iseljenja (vidjeti niže navedene stavke od 24. do 28.). Priložili su kopije relevantnih odluka.

(b) Podnosilac predstavke

12. Podnosilac predstavke je priznao da su, T.B. i on, počeli s međusobnim raspravama oko godinu i po prije T.B. smrti, te da je on prestao plaćati stanarinu i iselio se na neko vrijeme. Međutim, oni su se devet mjeseci prije T.B. smrti pomirili i obnovili odnos.

13. Podnosilac predstavke je naveo da su prije i u vrijeme smrti T.B. oboje živjeli u stanu. On se brinuo za T.B. tokom njegove bolesti, sve do smrti. Što se tiče T.B. sahrane, podnosilac predstavke je obrazložio da je T.B. bivša supruga organizovala sahranu i da joj je troškove djelimično nadoknadilo socijalno osiguranje, ali da joj je on pomogao organizovati sahranu i da je učestvovao u ceremoniji.

B. Upravni postupci koji se tiču stalnog boravka

14. Dana 5. avgusta 1997. godine, T.B. je podnio zahtjev Gradskoj upravi Szczecina tražeći da se ime podnosioca predstavke kao stanara sa stalnim boravkom u stanu u K. ulici briše iz registra stanara iz razloga što više nije živio na toj adresi.

15. Dana 3. aprila 1998. godine zahtjevu je udovoljeno i u registru je izvršen novi upis. Relevantna upravna odluka postala je konačna nenaznačenog datuma.

16. Dana 26. juna 1998. godine podnosilac predstavke je od vlasti zatražio da se ponovno otvori slučaj, navodeći da nije bio obaviješten o pokretanju postupka. Tvrdio je da je kontinuirano živio u stanu od 18. maja 1989. godine što je bilo u suprotnosti s onim što je utvrđeno u tim postupcima.

17. Slučaj je ponovno otvoren i vlasti su saslušale argumente podnosioca predstavke i nekoliko svjedoka.

18. Podnosilac predstavke je naveo da je od 1994. do 1998. godine, u nekoliko navrata, putovao u Njemačku radi privremenog zaposlenja, u periodima koji su obično trajali po oko tri mjeseca. Godine 1997. bio je odsutan samo od marta do maja, te mjesec i po od kraja avgusta ili početka septembra.

19. Vlasti su provjerile vize i pečate u pasošu podnosioca predstavke i utvrdile da su njegovi navodi o boravcima i njihovom trajanju u Njemačkoj tačni.

20. Nadalje su saslušali iskaze dvoje svjedoka, K.P. i Z.M., koje je predložio podnosilac predstavke, te iskaze stanara zgrade u K. ulici. Iako susjedi podnosioca predstavke nijesu izričito potvrdili da je stalno boravio u stanu, naveli su da su ga često viđali, da je otvarao vrata stana, pomogao jednom od njih s prenošenjem namještaja te da je renovirao stan u aprilu 1998. godine. Takođe su naveli da je T.B. vodio vrlo živahan društveni život i da su ga posjećivali mnogi muškarci. K.P. i Z.M., koji su bili kolege pokojnog T.B. i podnosioca predstavke, potvrdili su da je podnosilac predstavke živio u stanu do smrti T.B.

21. Dana 31. marta 1999. godine, gradonačelnik Szczecina je poništio odluku od 3. aprila 1998. godine, i odbio izbrisati ime podnosioca predstavke iz registra stanara. U svojoj odluci gradonačelnik se pozvao na činjenicu da je 1994. i 1995. godine podnosilac predstavke neuspješno pokušavao naslijediti ugovor o rentiranju gradskog stana u J. ulici, nakon smrti vlasnika stana T.B., nosioca prava na zakup (vidjeti takođe niže navedenu stavu broj 26.). Istaknuto je da je u tom postupku podnosilac predstavke naveo da je živio u stanu u J. ulici, od marta 1991. godine, da je imao ključeve, da je tamo držao svoj namještaj i lične stvari te da se nakon boravka u Njemačkoj, 1994. godine, vratio u stan i renovirao ga.

22. Nadalje je navedeno da je podnosilac predstavke, kada je od njega zatraženo da objasni nekonzistentnost s prethodno iznesenom verzijom, rekao da njegove izjave vezano za navodni boravak u J. ulici nijesu bile istinite te da je tako postupio isključivo radi sticanja prava na iznajmljivanje stana u J. ulici, a da je zapravo stalno živio u K. ulici. Dodao je da u svakom slučaju nije mogao svaki dan biti u stanu zbog čestog opijanja T.B. i njegovih kolega.

23. Ocjenjujući činjenice u cjelini, gradonačelnik je smatrao da svjedočenja svjedoka koje je predložio podnosilac predstavke nijesu bila vjerodostojna jer se radi o njegovim kolegama koji, osim toga, nijesu stanovali u zgradi. Stanari nijesu izričito potvrdili da je tamo živio od avgusta 1997. do marta 1998. godine. Međutim, obzirom na činjenicu da je T.B. preminuo 1. aprila 1998. godine, da je pobijana odluka donesena 3. aprila 1998. godine i da je, kao što su potvrdili susjedi, podnosilac predstavke u stanu živio nakon smrti T.B. i renovirao ga, bilo je očito da je na dan donošenja odluke bio nastanjen u stanu. Skladno tome, prvobitna odluka nije donijeta na osnovu okolnosti koje su postojale u trenutku njenog donošenja i kao takvu je treba poništiti.

C. Postupak za iseljenje

24. Dana 16. aprila 1999. godine, Uprava grada Szczecina je protiv podnosioca predstavke podnijela tužbu Okružnom sudu Szczecin (Sąd Rejonowy), tražeći njegovo iseljenje iz stana koji je iznajmio pokojni T.B. Dana 27. maja 1999. godine, Sud je donio presudu zbog izostanka, udovoljavajući traženju. Dana 18. juna 1999. godine, podnosilac predstavke je zatražio da se presuda odloži i da se zahtjev odbije. Sud je nastavio s izvođenjem dokaza.

25. Dana 24. maja 2000. godine, Sud je saslušao podnosioca predstavke. Podnosilac predstavke je naveo da je T.B. živio u stanu te da je bio registrovan kao stanar sa stalnim boravkom u stanu kojeg je pod zakup uzeo od T.B. U kritično vrijeme on je još uvijek živio u stanu, plaćajući

dvostruku stanarinu jer je stan koristio bez pravne osnove. Obavijestio je brata pok. T.B. o njegovoj smrti, ali nije organizovao sahranu budući da je smatrao da bi se za to trebala pobrinuti porodica. Porodica je odbila učestvovati u sahrani. Po svojoj prilici sahranu je organizovala T.B. bivša supruga.

26. Dana 2. juna 2000. godine, Okružni sud je donio presudu zbog izostanka 27. maja 1999. godine. Sud je utvrdio sljedeće činjenično stanje: Podnosilac predstavke je bio registrovan kao stanar sa stalnim boravkom u stanu od 28. maja 1989. godine. Jednu sobu je od T.B. uzeo u zakup dana 3. aprila 1998. godine. Njegovo je ime kao stanara sa stalnim boravkom, na prijedlog T.B., izbrisano iz registra. Kasnije, tokom ponovnog otvaranja slučaja, ponovno je upisano (vidjeti takođe gore stavove od 14. do 23.). Podnosilac predstavke nije organizovao T.B. sahranu. T.B. i podnosilac predstavke su bili u svađi. Podnosilac predstavke se preselio u stan u ulici K. nakon smrti T.B. Sud je nadalje smatrao da, iako je podnosilac predstavke bio registrovan kao stanar sa stalnim boravkom, ta činjenica ne može biti odlučna jer se njene pravne posljedice tiču jedino registra stanara, ali ne i primjene člana 8. Zakona 1994 koji propisuje zakonske uslove za nasljeđivanje ugovora o zakupu (vidjeti takođe dolje navedeni stav pod brojem 40.) U datim je okolnostima Sud zaključio da podnosilac predstavke nije imao zakonsko pravo na sporni stan i da se treba donijeti nalog za iseljenje.

27. Podnosilac predstavke se žalio tvrdeći da prvostepeni sud nije tačno utvrdio činjenično stanje te da je izrazito pogrešno utvrdio da se u stan u K. ulici uselio tek nakon smrti T.B. Pozvao se i na određene procesne propuste i arbitrarnu ocjenu dokaza.

28. Dana 14. septembra 2001. godine, Regionalni sud Szczecina (Sąd Okręgowy) je preispitao i odbio žalbu, prihvativši obrazloženje navedeno u prvostepenoj presudi.

D. Postupak za nasljeđivanje prava na zakup

1. Dana 14. jula 2000. godine, podnosilac predstavke je Gradsku upravu Szczecin tužio Okružnom sudu Szczecina, tražeći da se donese presuda da je naslijedio pravo na rentiranje nakon smrti T.B.

2. Na raspravi održanoj 30. oktobra 2000. godine, advokat podnosioca predstavke je naveo da se potraživanje zasnivalo na članu 8. stavu 1 Zakona o zakupu stambenih objekata i naknadama za stanarinu od 2. jula 1994. godine (ustawa o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych) ("Zakon 1994") (vidjeti takođe dolje navedeni stav broj 40.) i da po toj osnovi podnosilac predstavke ima pravo naslijediti pravo na zakup kao T.B. životni partner (konkubent) s kojim je zajedno živio i vodio domaćinstvo niz godina.

3. Dana 9. novembra 2000. godine, podnosilac predstavke je zatražio od suda da sasluša svjedoke, K.P., R.M. i S.B., kako bi se utvrdilo da su on i T.B. cijelo vrijeme bili u izrazito bliskim odnosima.

4. Na raspravi održanoj 22. februara 2001. godine, Sud je odbio prijedlog i saslušao je samo podnosioca predstavke. Smatrao je da je činjenica da je podnosilac predstavke živio zajedno sa svojim pokojnim partnerom već dovoljno dokazana na temelju njegovih vlastitih izjava. Pred sudom je podnosilac predstavke, između ostalog, naveo da je snosio troškove vezane za vođenje domaćinstva, uključujući i kiriju za stan. On je živio u sobi, a T.B. je stanovao u kuhinji. Istoga dana sud je donio presudu i odbio zahtjev.

5. Okružni sud je utvrdio sledeće činjenično stanje: T.B. je predmetni stan zakupio od gradske opštine. Bio je razvedeni samac. Podnosilac predstavke i T.B. živjeli su zajedno, od 1986. do 1987. godine, u početku u drugom stanu, nakon čega su se 1989. godine uselili u sporni stan. Bili su u homoseksualnoj vezi. Podnosilac predstavke je snosio troškove vođenja domaćinstva i podmirivao stanarinu za stan. Prestali su zajednički voditi domaćinstvo oko godinu i po prije T.B. smrti, i u isto je vrijeme gradskoj opštini prestao podmirivati zakupninu stana. Godine 1996, tužena gradska opština je protiv T.B. pokrenula postupak za iseljenje iz razloga što dugovi na ime zakupa nijesu bili podmireni. Nakon smrti T.B., podnosilac predstavke je podmireo dugove na

ime zakupa i zatražio od tužioca da s njim sklopi ugovor o zakupu. Renovirao je stan. Podnosilac predstavke je, 1994. godine, podnio tuženoj gradskoj opštini sličan zahtjev tražeći od gradske uprave da s njim zaključi ugovor o zakupu vezano za drugi stan koji je bio iznajmljen izvjesnom E.B., i to nakon njegove smrti. Tvrдио je da je stalno živio u stanu E.B. u J. ulici dok je u stanu T.B. samo bio registrovan kao stanar sa stalnim boravkom.

6. Relevantne pravne činjenice glase: “Prema članu 8, stav 1 Zakona 1994, osoba može preuzeti ugovor o zakupu ukoliko on ili ona, kumulativno, ispunjavaju sljedeća četiri uslova: (1) da je osoba bila u bliskoj vezi sa pokojnim zakupcem na osnovu krvnog srodstva, usvojena ili u de facto bračnoj zajednici; (2) neprekidno stanovala sa zakupcem do njegove ili njezine smrti; (3) nije prepustila to pravo zakupcu stana i (4) nakon smrti zakupca nije imala pravo na drugi stan. Podnosilac predstavke je naveo da je živio u de facto bračnoj zajednici sa T.B. Ovo se treba ocijeniti u svijetlu situacije kakva je bila nakon T.B. smrti. Glavne odlike de facto bračnog odnosa (konkubinat) su njegova raskidivost i nepostojanje pravnih posljedica koje bi proizlazile iz njegovog raskida – budući da je čista de facto zajednica. Da bi se odnos smatrao de facto bračnim odnosom mora postojati emocionalna, fizička, kao i ekonomska veza između partnera. Iz svjedočenja podnosioca predstavke proizlazi da je ekonomska veza među partnerima prekinuta oko godinu i po prije T.B. smrti, kada su prestali zajednički voditi domaćinstvo. Posljedično, njihov odnos više ne ispunjava uslove de facto bračnog odnosa. Međutim, čak i pod pretpostavkom da su svi prethodno navedeni zahtjevi za de facto bračni odnos postojali, zajednica života podnosioca predstavke i T.B. ne bi se mogla tako smatrati. Naime, de facto bračni odnos nije legalizovana zamjena za brak. U skladu sa poljskim zakonom, član 1. stav 1 Porodičnog i starateljskog zakona, brak može biti sklopljen samo između žene i muškarca. Dakle Zakon prepoznaje samo de facto odnose osoba različitog pola”. Kao što je rečeno, podnosilac predstavke ne spada u grupu osoba koje imaju pravo pozivati se na član 8. stav 1 Zakona 1994. Sva četiri prethodno navedena uslova iz člana 8. stava 1 moraju biti podjednako ispunjena; neispunjavanje samo jednog od njih čini suvišnim preispitivanje zadovoljavanja ostalih. Usput, treba dodati da, uzevši u obzir pokušaje podnosioca predstavke da naslijedi ugovor o zakupu, drugog, stana, njegov stalni boravak u stanu, (o kojem se radi), nakon smrti nosioca prava na zakup podliježe sumnji.

...

35. Podnosilac predstavke se žalio Regionalnom sudu Szczecina (Sąd Okręgowy), tražeći da se sporna presuda poništi i da se slučaj vrati nižem sudu na ponovni postupak ili, alternativno, da se presuda preinači te se njegovom zahtjevu udovolji u cijelosti. Tražio je od Regionalnog suda da ga dodatno sasluša kako bi se utvrdilo stvarno trajanje njegovog odnosa sa T.B. Dalje, pozivajući se na član 390. stav 1 Zakona o parničnom postupku (Kodeks postępowania cywilnego), tražio je od suda da Vrhovnom sudu (Sąd Najwyższy) uputi sljedeće pravno pitanje: “Da li pojam „osoba koja je živjela s zakupcem u de facto bračnoj zajednici“, koji se koristi u članu 8. stavu 1 Zakona 1994 i osobu koja je živjela u homoseksualnoj zajednici sa zakupcem ili samo osobu koja živi u heteroseksualnoj zajednici?”

36. Isto tako, podnosilac predstavke je tražio od suda da, na osnovu člana 3. Zakona o Ustavnom sudu (Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym) (“Zakon o Ustavnom sudu”) od 1. avgusta 1997. godine, Ustavnom sudu uputi sljedeće pravno pitanje: “Da li pojam „osoba koja je živjela sa zakupcem u de facto bračnoj zajednici“, koji se koristi u članu 8. stava 1 Zakona 1994 – ukoliko se interpretira tako da obuhvata samo de facto bračnu zajednicu žene i muškarca – u skladu sa članom 32. stavom 2 i članom 75 Ustava i članom 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima?”

37. Što se tiče glavnih razloga za žalbu, podnosilac predstavke je tvrdio da je Okružni sud propustio pravilno utvrditi činjenično stanje, posebno stoga što je zaključio da su on i T.B. prestali zajednički voditi domaćinstvo godinu i po prije smrti T.B i to isključivo na osnovu njegovog nepotpunog svjedočenja i stoga što je odbio prihvatiti izvođenje dokaza saslušanjem svjedoka koje je on predložio kako bi pojasnili okolnosti slučaja. Pozivao se i na kršenje građanskog materijalnog prava koje se ogledalo u pogrešnoj interpretaciji pojma “osoba koja je živjela sa zakupcem u de facto bračnoj zajednici” na način da se odnosi isključivo na životnu zajednicu muškarca i žene.

38. Dana 1. juna 2001. godine, Regionalni sud Szczecina je preispitao i odbio žalbu. Sud je smatrao da je niži sud pravilno utvrdio da podnositelj predstavke nije uspio zadovoljiti uslove navedene u članu 8. stav 1 Zakona 1994. Obrazloženje u suštini glasi kako slijedi: “U ovom slučaju podnositelj predstavke izvodi svoje pravo na nasljeđivanje ugovora o zakupu iz svog stabilnog homoseksualnog odnosa sa zakupcem. Stoga je utvrđivanje opsega pojma “osoba koja je živjela sa zakupcem u de facto bračnoj zajednici“ od ključne važnosti za odluku o žalbi. Suprotno onome što se tvrdi u žalbi, Okružni sud je pravilno interpretirao gore navedeni pojam. Ovaj sud dijeli mišljenje izraženo u obrazloženju pobijane presude da zakonska odredba člana 8. stava 1 Zakona 1994 obuhvata osobe koje su u de facto bračnom odnosu, to jest faktičan odnos osoba različitog pola sa stabilnim fizičkim, emocionalnim i ekonomskim vezama koji izgleda kao brak. Podnositelj žalbe nije u pravu kada kaže da opseg gore navedene odredbe obuhvata i homoseksualne odnose. Skladno mišljenju koje je ustaljeno u našim propisima i sudskoj praksi..., o de facto bračnoj zajednici radi sa samo ako zajedno žive žena i muškarac. Mora se naglasiti da se de facto bračna zajednica od braka razlikuje samo po izostanku ozakonjenja. Stoga subjekti bračne zajednice mogu biti jedino osobe koje prema poljskom zakonu imaju pravo na brak. U skladu sa članom 1. stav 1 Porodičnog i starateljskog zakona, osnovni princip porodice u Poljskoj je razlika u polu budućeg bračnog para (nupturienti), što znači da sklapanje braka između osoba istog pola nije dopušteno. Imajući u vidu činjenicu da de facto životna zajednica predstavlja zamjenu za brak, mora se smatrati da njeni subjekti mogu biti isključivo žena i muškarac. Iako je podnositelj žalbe u pravu kada kaže da u evropskim propisima koncept de facto bračne zajednice obuhvata i homoseksualne odnose, prema opštim pravilima tumačenja, pravnim konceptima treba dati značenje koje imaju u našem pravnom sistemu. Poljski zakon ne priznaje odnose osoba istog pola. Zbog tog razloga, kada zakonska odredba (u ovom slučaju člana 8 stava 1 Zakona 1994) proizvodi pravne posljedice na osnovu postojanja de facto bračnog odnosa, to se ne odnosi na partnere koji su u homoseksualnim odnosima, čak i ako imaju stabilne emocionalne, fizičke i ekonomske veze. Suprotno tvrdnjama iznijetim u žalbi, prethodno navedeno pravno rješenje ne krši ustavno načelo jednakosti pred zakonom. Načelo jednakosti pred zakonom nema apsolutni karakter i izuzeci se mogu opravdati potrebom da se zaštite druga prava. Inače, član 18. Ustava ... izričito utvrđuje da će “brak, kao zajednica muškarca i žene, kao i porodica ... biti stavljeni pod zaštitu i brigu Republike Poljske“. Navedena odredba uspostavlja ustavno načelo zaštite porodice zasnovane na zajednici žene i muškarca. Odredbe međunarodnih ugovora koje je Poljska ratifikovala, to jest član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 23. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima ..., koji obezbjeđuju pravnu zaštitu samo u odnosu na heteroseksualne odnose, u skladu su s odredbama u poljskom pravnom sistemu. Konačno, Okružni sud je pravilno utvrdio da podnositelj predstavke ne spada u grupu osoba koje imaju pravo na nasljeđivanje prava na zakup u smislu člana 8. Zakona 1994. Obzirom na okolnosti, nije bilo potrebno izvoditi dokaze kako bi se utvrdilo je li podnositelj predstavke zaista živio u zajednici sa zakupcem i jesu li drugi uslovi za nasljeđivanje prava na zakup bili zadovoljeni. Iz navedenog razloga, argumenti (koji se tiču odbijanja izvođenja dokaza saslušanjem svjedoka i navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja) su neosnovani. U skladu s navedenim žalbu treba odbiti...”

39. Kasacijska žalba Vrhovnom sudu nije na raspolaganju u ovom slučaju.

II. RELEVANTNI DOMAĆI ZAKONI I PRAKSA

A. Sukcesija u pravu zakupa stana

40. Odjeljak 8 (1) Zakona 1994 glasi:

“1. U slučaju smrti osobe koja izdaje stan, njegovi ili njeni potomci, predci, odrasli rođaci, usvojitelji, usvojena djeca ili osoba sa kojom je osoba koja izdaje stan živjela u de facto bračnom

odnosu, će, pod uslovom da je sa zakupcem stana živjela u njegovom domaćinstvu do trenutka njegove smrti, naslijediti ugovor o zakupu i dobiti prava i obaveze o zakupu u vezi sa stanom, osim ako se ne odrekne toga prava. Ova odredba neće se primjenjivati na osobu koja, kada je vlasnik umro, imala drugi stambeni objekat.

2. U slučajevima kada ne postoji nasljednik ugovora o zakupu, ili kada se nasljednik odrekne toga prava, zakup će isteći.”

41. Zakon 1994 je ukinut 10. jula 2001. godine. Od tada pravila koja regulišu nasleđe zakupa uključena su u Građanski zakonik (Kodeks cywilny). Na osnovu člana 26 (12) Zakona 2001, novi član 691 uveden je u Građanski zakonik. Član 691, koji se primjenjuje od 10. jula 2001, kaže, u relevantnom, sljedeće: “1. U slučaju smrti zakupca, njegov ili njen supružnik (ukoliko on ili ona nije partner zakupa), njegova ili njena djeca ili djeca njegovog ili njenog supružnika, neka druga osoba sa kojom je zakupac imao obavezu izdržavanja i osoba koja je živjela u de facto zajednici sa zakupcem će naslijediti sporazum o zakupu.”

B. Porođično pravo

42. Član 1. stav 1 Zakona o porodici i starateljstvu (Kodeks rodzinny i opiekunczy) kaže: “Brak će biti ugovoren kada se se istovremeno prisutni muškarac i žena izjasne pred Registrom građanskog statusa da uzimaju jedno drugo za supružnika”.

C. Prijedlog zakona o registrovanju istopolnih partnerstava

43. Godine 2003, grupa od 36 senatora podnijela je prijedlog Zakona o registrovanju istopolnih partnerstava Senatu Poljske (Senat). Po prijedlogu zakona, registrovanje istopolnih partnerstava je u svrhu kreiranja prava sličnih onima o braku u pogledu nasljeđivanja, zdravstvenog i socijalnog osiguranja i poreza. Nakon duge debate i podizanja kontroverznih pitanja vezanih za sve odredbe, prijedlog zakona je na kraju upućen Sejm-u, krajem 2004. godine. On nije razmatran u Sejm-u, jer je uslijedilo raspuštanja Parlamenta zbog izbora održanih 2005. godine. Od tada nije bilo sličnih zakonskih inicijativa u Poljskoj.

D. Ustavne odredbe

44. Član 18. Ustava, koji se odnosi na brak, kaže: “Brak je zajednica muškarca i žene, kao i porodice, materinstva i očinstva i kao takav biće stavljen pod zaštitu i brigu Republike Poljske”.

45. Član 32. Ustava, koji se bavi principima jednakosti pred zakonom i nediskriminacije, kaže sljedeće:

“1. Svi ljudi biće jednaki pred zakonom. Svi ljudi imaće pravo na jednako postupanje od strane državnih organa.

2. Niko neće biti diskriminisan na osnovu političkog, socijalnog ili ekonomskog života iz bilo kojih razloga.”

46. Član 75. Ustava, koji se odnosi na stambenu politiku države, tvrdi sljedeće:

“1. Državni organi će voditi politiku u cilju zadovoljavanja stambenih potreba građana, naročito u borbi protiv smanjivanja broja beskućnika, promovisanja razvoja socijalno - stambene izgradnje i podržavanja aktivnosti čiji je cilj da svaki građanin ima dom.

2. Zaštita prava stanara utvrđuje se statutom”.

47. Član 79. Ustava, koji se odnosi na ustavne žalbe, navodi, u mjeri u kojoj je to relevantno, sljedeće:

“1. U skladu sa principima preciziranim u Ustavu, svi čije su ustavne slobode ili prava narušeni, imaju pravo da se žale Ustavnom sudu za presudu u skladu sa ustavom statuta ili nekog drugog normativnog akta na osnovu kojeg sud ili administrativni organ bi mogao donijeti konačnu odluku o njegovim pravima ili slobodama ili o njegovoj obavezi naznačenoj u Ustavu”.

E. Praksa Ustavnog suda

1. Presuda od 1. jula 2003. godine (br. P 31/02)

48. U toj presudi Ustavni sud se bavio pravnim pitanjem podnjetim od strane Sroda Slak-ska Okružnom sudu (Sąd Rejonowy) u vezi sa procedurom čekanja za sukcesiju zakupa. Pita-nje se odnosilo na moguću neustavnost Zakona 2001 zbog toga što je, kao posljedicu ukidanja Zakona 1994 i njegovog odjeljka 8(1) (vidjeti stavove iznad, broj. 40-41), predstavio listu novih osoba koja nasljeđuju pravo na izdavanje stana nakon smrti zakupca, što je navedeno u članu 691 stava 1 Građanskog zakonika (pogledajte stav 41 iznad). Za razliku od predhodnog propisa, spisak nije više uključivao unučad zakupca. Ustavni sud presudio je da je modifikacija Zakona 2001 u skladu sa članom 2. (vladavina prava) i članom 32. (princip jednakosti pred zakonom i nediskriminacije) Ustava.

2. Presuda od 9. septembra 2003. godine (br. SK 28/03)

49. Presuda je donesena na osnovu ustavne žalbe koju su podnijeli izvjesni J.B. i D.Cz., na-vodeći da odjeljak 8(1) Zakona 1994 nije u skladu sa brojnim ustavnim odredbama, uključujući princip socijalno - tržišne ekonomije, zaštitu vlasničkih prava, jednakost pred zakonom, zabranu diskriminacije, zaštitu nasljedničkih prava i zaštitu prava zakupaca. Podnosioci predstavke su tvrdili, između ostalog, da je sporni odjeljak u suprotnosti sa navedenim odredbama jer isklju-čuje mogućnost da zakupčevi stariji potomci i drugi koji već imaju stambeni objekat naslijede zakup, što na diskriminatorски način ukida njihovo pravo za nasljedstvo.

50. Ustavni sud tvrdio je da je sekcija 8(1) Zakona 1994, djelujući na način koji je podnosi-lac žalbe osporavao, bila u skladu sa ustavnim odredbama koje idu u prilog njihovoj žalbi.

F. Sudska praksa Vrhovnog suda

51. Vrhovni sud se u svojoj presudi od 6. decembra 2007. godine (br. IV CSK 301/07), bavio kasacionom žalbom u vezi podjele zajedničke imovine koju je stekao istopolni par. Suština ove presu-de bavi se pravilima koja se primjenjuju u takvoj podjeli imovine, što su, kako tvrdi Sud, bile odredbe Građanskog zakonika koje su bile relevantne u kontekstu te određene veze. One se mogu razlikovati u zavisnosti od određene situacije, prirode međusobnog odnosa i organizacije ličnih i ekonomskih pitanja među partnerima. Dok je Sud jasno odbio ideju da se istopolna veza može smatrati “de facto bračnom zajednicom”, on nije isključio da se pravila koja se primjenjuju na de facto bračne zajednice mogu analogno primjenjivati i na istopolne parove koji potražuju podjelu zajedničke imovine. U tom kontekstu, Vrhovni sud je duboko analizirao pravni pojam de facto bračne zajednice i donio zaključak da, u mjeri u kojoj je to relevantno, glasi:

“(Princip) Zaštita braka je propisana u članu 18. Ustava i znači pravno propisanu zajedni-cu muškarca i žene koja je pod zaštitu i brigu Republike Poljske. Zaštita braka uključuje, između ostalog, činjenicu da se pravne posljedice koje obezbjeđuje brak ne primjenjuju na ostale veze i da je bilo koja interpretacija ili primjena zakona koja vodi do izjednačavanja ostalih oblika zajednice sa brakom, nedopustiva. Imajući u vidu ustavni princip zaštite braka i činjenicu da se nedostatak pravne regulative za vanbračne veze ne može smatrati rupom u zakonu, nedopustivo je da se brač-ne odredbe primjenjuju (uključujući i bračnu imovinu i njenu podjelu) – čak ni analogno - na bilo koje veze bazirane na postojanju ličnih i ekonomskih sredstava, osim na bračne veze....

Poljski zakon ne obuhvata ni jednu, ni sveobuhvatnu ni parcijalnu, regulativu vanbrač-nih veza lične ili ekonomske prirode i, iz tog razloga, te veze se smatraju pravno ravnodušnim faktičkim odnosima. ...

Nedostatak pravne regulative za vanbračne lične i ekonomske veze, određena pravila za definisanje i postupanje prema takvim vezama - nazvana de facto bračna zajednica - razvijena su u sudskoj praksi i pravu. Kriterijum za de facto bračnu zajednicu ne uključuje, kao pravilo, nikakvu formalnu osnovu zajedničkog života, nikakva ograničenja po pitanju raskida veze, stabilnost veze, postojanja zajednice u ličnom i ekonomskom životu i različiti pol partnera, već koncept de facto bračne veze razvijen od strane sudske prakse i zakona, smatra različit pol među partnerima jednim od osnovnih elemenata.

Uspostavljena tradicija, uključujući semantičku tradiciju, govori protiv uključivanja modela istopolnih osoba u vezi po uzoru na heteroseksualnu vezu u pojam de facto bračnog odnosa”.

PRAVO

I. NAVODNA KRŠENJA ČLANA 6, STAVA 1 KONVENCIJE

52. Podnosilac predstavke se pozivao na kršenje njegovog prava na pošteno suđenje, zagarantovanog članom 6. stavom 1 Konvencije, na osnovu činjenice da je, u postupku za nasljeđivanje prava na zakup, Okružni sud odbio izvesti dokaze saslušanjem svjedoka koje je on predložio kako bi se utvrdilo da je živio u naročito bliskom odnosu sa svojim pokojnim partnerom. Član 6, stava 1 propisuje, u suštini, kako slijedi: “Radi utvrđivanja svojih građanskih prava i obaveza ... svako ima pravo na pošteno ...suđenje ... od strane ... suda...”

53. Sud ponavlja da, iako član 6. Konvencije garantuje pravo na pošteno suđenje, on ne propisuje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza ili načinu na koji bi se trebali cijeniti, pa se stoga radi o stvarima koje treba primarno regulisati nacionalnim pravom i nacionalnim sudovima. (vidjeti García Ruiz protiv Španije, br. 30544/96, stav 28., ECHR 1999-I, reference navedene u tom slučaju). U ovom slučaju svjedoci koje je predložio podnosilac predstavke su trebali biti saslušani kako bi se utvrdio „naročito bliski odnos“ između njega i pokojnog T.B., okolnost koju je Okružni sud smatrao nesumnjivo dokazanom na osnovu kojeg je pružio sam podnosilac predstavke. Ovu ocjenu dokazne vrijednosti svjedočenja podnosilaca predstavke u potpunosti je potvrdio Apelacioni sud (vidjeti stavove gore 32. do 33. i 38.). Obzirom na to, Sud zaključuje da odbijanje saslušanja svjedoka nije uticalo na pravičnost postupka prikupljanja i ocjene dokaza. Niti se činilo da krši načelo ravnopravnosti stranaka. Stoga, sud nije prekoračio diskrecijska ovlašćenja koje su mu data u stvarima kao što je dopuštenost i ocjena dokaza.

54. Slijedi da je ovaj dio predstavke očito bez osnova i mora se odbaciti u skladu s članom 35, stavkama 3 i 4 Konvencije.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 14 KONVENCIJE U VEZI S ČLANOM 8

55. Podnosilac predstavke je dalje prigovorio, pozivajući se na član 14. u vezi s članom 8. Konvencije, da su ga poljski sudovi, osporavajući mu pravo na nasljeđivanje ugovora o zakupu nakon smrti njegovog partnera, diskriminirali na osnovu homoseksualne orijentacije.

Član 14 glasi:

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji će biti odigurano bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.”;

Član 8 glasi:

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

2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje toga prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira ili državne dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.

A. Dopusštenost

56. Vlada je istakla četiri preliminarna prigovora. Prvo je tvrdila da je žalba nespojiva *ratione personae* sa odredbama Konvencije jer podnosilac predstavke ne može tvrditi da je bio žrtva u smislu člana 34. Dalje, tvrdila je da se podnosilac predstavke nije pridržavao pravila šestomjesečnog razdoblja propisanog članom 35. stavom 1. Treći prigovor se odnosio na njegovo nepridržavanje pravila iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova. Četvrto, navela je da je žalba, u svakom slučaju, nespojiva *ratione materiae* sa odredbama Konvencije budući da je član 14. neprimjenjiv u ovom slučaju.

1. Vladin prigovor na spojivost *ratione personae*

(a) Vlada

57. Vlada je navela da se podnosilac predstavke ne može smatrati “žrtvom” u smislu člana 34. Konvencije jer nije pretrpio diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije. Posebno nije dokazao da se prema njemu zaista postupalo nepovoljnije nego prema drugim osobama u istoj situaciji. Domaći sudovi su svoje odluke zasnivali na objektivnim pretpostavkama, konkretno na činjenici da podnosilac predstavke ne ispunjava osnovni uslov propisan u članu 8. stava 1 Zakona 1994, budući da nije stalno stanovao sa nosiocem prava na zakup do njegove smrti. Isti uslov, koji se, kao takav, ne može smatrati neosnovanim ili neopravdanim – primijenio bi se na sve pojedince nezavisno na njihovu seksualnu orijentaciju.

(b) Podnosilac predstavke

58. Podnosilac predstavke nije se slagao i tvrdio je da je bio lično i direktno pogođen diskriminacijom koja je bila vezana za njegov odnos sa istospolnim partnerom i njegovu seksualnu orijentaciju. Bilo je očito da su u postupku za nasljeđivanje prava na zakup sudovi odbili njegov zahtjev isključivo na osnovu toga da je bio u homoseksualnom odnosu sa pokojnim T.B. Ovo ga je, prema njihovom mišljenju, automatski isključilo iz kruga osoba koje imaju pravo na nasljeđivanje, nezavisno o tome je li ili nije ispunio ostale zakonske uslove.

(c) Ocjena suda

59. Sud napominje da je pitanje je li podnosilac pretrpio diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije nerazdvojivo povezano sa njegovom ocjenom jesu li se zahtjevi iz člana 14. poštovali u datim okolnostima slučaja. Stoga Vladin prigovor o nedopusštenosti na osnovu nespojivosti *ratione personae* osnovanosti predstavke spaja s meritumom.

2. Vladin prigovor na pridržavanje pravila od šest mjeseci

(a) Vlada

60. Vlada je takođe tvrdila da se zahtjev mora odbaciti zbog nepridržavanja pravila od šest mjeseci propisanog članom 35. stav 1 Konvencije. Vlada je sudu skrenula pažnju na činjenicu da

je konačnu odluku u postupku za nasljeđivanje spornog ugovora o zakupu Regionalni sud Szczecin donio 1. juna 2001. godine, dok se podnosilac predstavke Sudu obratio 18. decembra 2001. godine, dakle, izvan propisanog roka.

(b) Podnosilac predstavke

61. Podnosilac predstavke je odgovorio da je njegov advokat, u njegovo ime, službeni zahtjev Sudu u Strasbourgu podnio 23. avgusta 2001. godine, i da ga je Sekretarijat Suda kasnije uputio da zahtjev dopuni u roku od šest nedjelja. ... Pridržavao se roka i 18. januara 2001. godine je pravovremeno kompletirao obrazac predstavke koji je primio iz Sekretarijata. Zahtjev je poslan istog dana. U skladu s tim držao se pravila roka od šest mjeseci. Tražio je od Suda da Vladin prigovor odbije kao neosnovan.

(c) Ocjena suda

62. Član 35. stav 1 propisuje, u suštini, kako slijedi: "Sud može razmatrati slučaj ... unutar roka od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke."

(i) Primjenjiva načela

63. Cilj šestomjesečnog roka u smislu člana 35. stava 1 je povećanje pravne sigurnosti, čime se osigurava razmatranje slučaja koji se pokreću na osnovu Konvencije u razumnom roku i onemogućava neprekidno osporavanja ranijih odluka. On označava vremenske rokove za provođenje supervizije od strane tijela Konvencije i upozorava kako pojedince tako i državne vlasti na period nakon kojeg ta supervizija više nije moguća (vidjeti, između ostalih izvora, Varnava i ostali protiv Turske, br. 16064/90; 16065/90; 16066/90; 16068/90; 16069/90; 16070/90; 16071/90; 16072/90 i 16073/90, stavovi 156, ECHR 2009-...; i Walker protiv Ujedinjenog Kraljevstva (dec.), br. 34979/97, ECHR 2000I).

64. Konačna odluka u tu svrhu donesena je u postupku iscrpljivanja svih raspoloživih domaćih pravnih sredstava u odnosu na prigovore podnosilaca predstavke (isto; vidjeti takođe Devine protiv Ujedinjenog Kraljevstva (dec.) br. 35667/02, 1. februar 2005. godine; i Chalkley protiv Ujedinjenog Kraljevstva (dec.), br. 63831/00, 26. septembar 2002. godine, reference navedene u tom slučaju). U skladu s ustaljenom praksom, Sud smatra da je dan podnošenja predstavke dan podnošenja prvog podneska u kojem se izražava namjera podnošenja predstavke i daju se određene naznake o prirodi zahtjeva. Međutim, kada zakonski rok pada prije nego što je podnosilac predstavke dobio dalje informacije o predloženom zahtjevu ili prije nego vrati obrazac predstavke, Sud može ispitati posebne okolnosti slučaja kako bi utvrdio datum koji bi se trebao smatrati datumom podnošenja radi izračunavanja isteka šestomjesečnog razdoblja propisanog članom 35. Konvencije (vidjeti Chalkley, gore navedeno).

(ii) Primjena prethodno navedenih načela u ovom slučaju

65. I u ovom slučaju prvi podnesak podnosilaca predstavke datiran je 23. avgusta 2001. godine. Kako to proizlazi iz poštanske marke na koverti sadržanoj u spisima slučaja, poslat je Sudu istog dana preporučenom poštom. U podnesku, u čijem su prilogu dostavljene kopije presuda donesenih u spornim postupcima, podnosilac predstavke je sažeo tok suđenja i izričito izrazio svoju namjeru da s tim u vezi podnese zahtjev Sudu. Iako se inicijalno pozvao samo na član 6. Konvencije, između ostaloga je naveo da je presudama domaćih sudova "bio očito diskriminisan na osnovu svojih seksualnih preferencija".

66. Dana 19. novembra 2001. godine, Sekretarijat je podnosiocu predstavke poslao dopis tražeći od njega da ispuni obrazac zahtjeva Suda i obavijesti Sud je li podnio ustavnu tužbu. U tu

svrhu dodijeljen mu je rok od šest sedmica te je upozoren da kašnjenje može imati uticaj na datum podnošenja predstavke. Dana 18. decembra 2001. godine podnosilac predstavke je ispunio obrazac predstavke pozivajući se na član 6. i član 14. Konvencije, dodajući da nije podnio tužbu Ustavnom sudu. Poslao ga je istog dana, bez odlaganja. U Sekretarijatu je primljen 3. januara 2002. godine.

67. Shodno navedenom, Sud zaključuje da je podnosilac predstavke ispoštovao šestomjesečni rok propisan članom 35. stavom 1, i da se Vladin prigovor treba odbiti.

3. Vladin prigovor na iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava

(a) Vlada

68. Vlada je nadalje tražila da se zahtjev odbaci zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava budući da je podnosilac predstavke propustio podnijeti ustavnu tužbu u smislu člana 79. stava 1 Ustava, pravni lijek koji mu je bio na raspolaganju na dan podnošenja predstavke Sudu. U prilog svojoj tezi Vlada je navela da je pitanje ustavnosti člana 8. stava 1 Zakona 1994 – koji je bio pravna osnova za domaće presude kojima je odbijen zahtjev podnosioca predstavke za nasljeđivanje prava na zakup – preispitano od strane Ustavnog suda u dva relevantna slučaja koji su se ticali kategorija osoba koje imaju pravo naslijediti pravo na zakup. U prvoj od tih presuda, donesenoj 1. jula 2003. (br. P 31/2002), sud je utvrdio da isključenje zakupčevog unuka iz nasljeđivanja prava na zakup ne predstavlja kršenje Ustava. U drugoj, donesenoj presudi, 9. septembra 2003. godine, (br. SK 28/03), Ustavni sud je smatrao da član 8. stav 1, utoliko što je isključio zakupčeve braće i sestre iz nasljeđivanja nije bio suprotan Ustavu.

69. Posljedično, ništa nije sprečavalo podnosioca predstavke da Ustavnom sudu uputi pitanje u vezi tumačenja pojma “osoba koja je živjela s zakupcem u de facto zajednici življenja“ ukoliko je on zaista smatrao da je razlog odbijanja njegove predstavke bilo pogrešno tumačenje člana 8. stava 1 Zakona 1994 od strane domaćih sudova, a ne činjenica da nije živio s E.B. do njegove smrti. Obzirom na navedeno, Vlada je tražila od Suda da odbaci zahtjev zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava.

(b) Podnosilac predstavke

70. Podnosilac predstavke jse nije složio i tvrdio je da mu ustavna tužba ne bi osigurala pravni lijek u smislu člana 35. stava 1 Konvencije. Prije svega, prema poljskom zakonu, ustavna tužba je izvanredni pravni lijek. Drugo, njegovo područje djelovanja je bilo ograničeno na izjavu da postojeće pravne norme nijesu u skladu sa Ustavom i, da podnošenjem takve tužbe, pojedinac ne može dobiti presudu da su njegova prava i slobode prekršene. Posljedično, čak i uspješna ustavna tužba ne može rezultirati poništenjem osporene konačne presude. U svakom slučaju, on je, tražeći od Apelacionog suda da uputi pravno pitanje koje se tiče tumačenja pojma “de facto bračna zajednica“ pokušao otvoriti pitanje diskriminacije pred Ustavnim sudom, ali u tome nije uspio. Podnosilac predstavke je pozvao Sud da odbije Vladin prigovor.

(c) Ocjena suda

71. Član 35. stav 1, u suštini, glasi: “Sud može razmatrati slučaj samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, u skladu s opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava ...”

(i) Primjenjiva načela

72. Pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava, sadržano u članu 35. stav 1 Konvencije, zahtijeva da podnosilac predstavke ima redovan pristup pravnim sredstvima koja su dos-

tupna i dovoljna kako bi mu se dalo zadovoljenje u odnosu na kršenja koja se navode. Postojanje pravnih sredstava o kojima se radi mora biti dovoljno izvjesno ne samo u teoriji nego i u praksi jer će im u protivnom nedostajati tražena dostupnost i djelotvornost (vidjeti, između ostalih izvora, Akdivar i ostali protiv Turske, presuda od 16. septembra 1996. godine, Izvještaji presuda i odluka, 1996IV, stav 65.). Cilj pravila je da se državama potpisnicama pruži prilika da isprave stvari kroz svoj pravni sistem prije nego što će za svoje djelovanje morati odgovarati pred međunarodnim tijelima. Međutim, iako član 35. stav 1 zahtijeva da prigovori za koje se smatra da će se kasnije naći pred Sudom budu raspravljeni pred odgovarajućim domaćim tijelom, on ne zahtijeva postojanje pristupa pravnim sredstvima koja su neadekvatna ili nedjelotvorna (vidjeti Egmez protiv Turske br. 30873/96, ECHR 2000-XII, stav 65 et seq). Posljednje, ali ne manje važno, član 35. stav 1 mora se primjenjivati s određenim stepenom fleksibilnosti i bez pretjeranog formalizma. Ovo, između ostalog, znači da Sud mora objektivno procijeniti ne samo postojanje formalnih pravnih sredstava u pravnom sistemu Države članice, nego i opšti pravni i politički kontekst u kojem ona djeluju, kao i lične okolnosti podnosioca predstavke (vidjeti Akdivar i ostali, gore navedeno, stav 69).

(ii) Primjena prethodno navedenih načela u ovom slučaju

73. U ovom slučaju Vlada se u prilog svom prigovoru pozvala na dvije presude Ustavnog suda u vezi ustavnosti člana 8. stav 1 Zakona 1994 u smislu da je ograničio krug osoba koje imaju pravo na nasljeđivanje zakupa isključivši određene srodnike pokojnog zakupca i, s druge strane, osobe koje imaju pravo na drugi stan. Prva presuda je proistekla iz pravnog pitanja koje je postavio građanski sud, a druga iz ustavne tužbe. U oba slučaja odredba je smatrana u skladu sa Ustavom.

74. Sud ne može nagađati bi li isti zaključak bio valjan u okolnostima slučaja podnosioca predstavke, u kojem, međutim, pitanje za utvrđivanje nije bilo per se isključivanje iz kruga zakonskih nasljednika, već tumačenje specifičnog pravnog pojma. Pojam - "osoba koja je živjela s zakupcem u de facto bračnoj zajednici" – od strane poljskih sudova je bio, i očito još uvijek jeste, neprekidno tumačen na način da obuhvata samo heteroseksualne odnose. Takvo kontinuirano i utvrđeno tumačenje proizlazi ne samo iz obrazloženja koja daju građanski sudovi koji su se bavili tužbom podnosioca predstavke u kritično vrijeme, već i iz izričitih i nedvosmislenih navoda Vrhovnog suda u njegovoj presudi od 6. decembra 2007. godine, donesenoj skoro šest godina nakon događaja koji su bili povod ovom zahtjevu. U toj presudi Vrhovni sud ne ostavlja nikakvu sumnju da se pojam "osoba koja je živjela sa zakupcem u de facto bračnoj zajednici" primjenjuje isključivo na parove suprotnog pola. Uzimajući u obzir opšti pravni i politički kontekst vezano za istopolne odnose u Poljskoj ... Sud nije uvjeren da bi podnosilac predstavke, podnošenjem ustavne tužbe formulisane kako je to ukazivala vlada (vidjeti gore stav 69.), zaista uspio u dobijanju tumačenja pojma o kojem se radi koje bi bilo u bitnoj suprotnosti sa shvatanjem čvrsto usađenim u poljskoj sudskoj praksi i pravnim propisima.

75. Svejedno, postoji još jedan aspekt slučaja kojeg je Vlada čini se previdjela, konkretno činjenica da je podnosilac predstavke u svojoj žalbi protiv prvostepene presude, pokušao dobiti tumačenje izraza "de facto bračna zajednica" putem traženja upućivanja pravnog pitanja Vrhovnom sudu (vidjeti stav 35. gore). Osim toga, tražio je od Regionalnog suda da od Ustavnog suda dobije presudu je li, ukoliko taj pojam treba shvatati tako da obuhvata isključivo heteroseksualne partnere, on u skladu sa, inter alia, članom 32. stav 2 Ustava koji zabranjuje diskriminaciju (vidjeti stavove gore od 36. do 70.). Međutim, oba prijedloga su odbačena. Regionalni sud, iako je potvrdio da je tumačenje pojma "od ključne važnosti za odluku o žalbi", nije smatrao potrebnim razjasniti njegovo značenje i samostalno ga protumačiti u kontekstu relevantnih ustavnih odredbi (vidjeti gore stav 38.). Prema tome, u okolnostima ovog slučaja ne može se reći da je podnosilac predstavke propustio sadržaj svoje predstavke Konvenciji prije nego domaćim tijelima, kako je to propisano članom 35. stavom 1 (v. stav 71 gore). Vladin prigovor se stoga treba odbiti.

4. Vladin prigovor na spojivost ratione materiae

(a) Vlada

76. Vlada je nadalje smatrala da je član 14. Konvencije neprimjenjiv u ovom slučaju. Ova odredba, kako je to sud potvrdio u brojnim prilikama, nije samostalna i na nju se može pozivati samo u vezi s kršenjem drugih prava. Podnosilac predstavke se pozvao na član 14. u vezi s članom 8. Međutim, njegov slučaj, koji se tiče prava na nasljeđivanje zakupa, ne spada u područje primjene člana 8. stava 1 koji se odnosi na četiri elementa: "privatni život", "porodični život", "dom" i "dopisivanje".

77. U tom kontekstu Vlada se jako oslanjala na odluke koje su donijeli nacionalni sudovi u postupku za iseljenje (vidjeri gore stavove 24. do 28.). Oni su istakli da je utvrđeno da je T.B. iznajmio stan od Gradske uprave Szczecin i da je podnosilac predstavke u podzakup uzeo jednu sobu u stanu. Svjedoci su pred Okružnim sudom potvrdili da su T.B. i podnosilac predstavke imali napeti odnos i da su se često svađali. T.B. je čak tražio da se ime podnosioca predstavke briše iz registra stanara i želio je podnosioca predstavke iseliti iz stana. Prestali su zajednički voditi domaćinstvo oko godinu i po prije T.B. smrti. Podnosilac predstavke nije organizovao sahranu.

78. Na osnovu ovih činjenica Vlada je zaključila da podnosilac predstavke i T.B. nijesu bili ni u kakvom bliskom odnosu koji bi se mogao smatrati oblikom "porodičnog života". Čak nijesu održavali niti zajedničko domaćinstvo i podnosilac predstavke se uselio u stan nakon T.B. smrti. Zapravo, podnosilac predstavke je pokušao naslijediti ugovor o zakupu drugog stana, u J. ulici nakon smrti nositelja prava zakupa E.B., tvrdeći da je s pokojnikom bio u de facto bračnoj zajednici. Ovo je, prema mišljenju Vlade, isključilo mogućnost da je u istoj vrsti odnosa bio s T.B.

79. Odnos između podnosioca predstavke i T.B. bio je samo ugovorne prirode budući da se zasnivao na ugovoru o podzakup koji su zaključili i, posljedično, nije imao elemente "privatnog života" u smislu člana 8. Konvencije; stoga se ova odredba ne može tumačiti kao da štiti odnose između zakupodavaca i zakupca. Niti se podnosilac predstavke može pozivati na zaštitu koju odredba člana 8. pruža u pogledu "doma", kako ga je definisao Sud. Pozivajući se na sudsku praksu Komisije, posebno na slučaj Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 9063/80; odluka Komisije od 9. decembra 1982. godine, D. R. 31, st. 76), Vlada je istakla da čak i ukoliko je osoba posjedovala kuću, ta činjenica nije sama po sebi dovoljna da se ona smatra "domom", u smislu člana 8. ukoliko osoba nije nikada stvarno tamo živjela. U postupku iseljenja podnosilac predstavke je naveo da je živio u J. ulici i da je napustio stan samo u junu 1998. godine, kada je protiv njega sproveden nalog za iseljenje.

80. Zaključujući da tvrdnje o diskriminaciji podnosioca predstavke ne spadaju u popis prava zagarantovanih članom 8. i da im nedostaje nužna veza s bilo kojim od drugih materijalnih odredbi Konvencije, Vlada poziva Sud da utvrdi neprimjenjivost toga člana i odbaci prigovor kao nespojiv ratione materiae sa odredbama Konvencije.

(b) Podnosilac predstavke

81. Podnosilac predstavke je osporavao taj argument tvrdeći da okolnosti njegovog slučaja spadaju u područje primjene člana 8. Konvencije. Istakao je da je Vlada ponovno propustila raspraviti slučaj na osnovu činjenica koje su bile povod njegovom zahtjevu. Umjesto toga, Vlada se pozvala na drugi postupak koji nije imao nikakve veze sa njegovim prigovorom o diskriminaciji u sferi njegovog privatnog života. U postupcima koje osporava sudovi nijesu razmotrili okolnosti preispitivane u drugim predmetima nego su se usredsredili na samo jedno pitanje, to jest činjenicu da je bio u homoseksualnom odnosu sa T.B. Prema njihovom mišljenju to je bilo dovoljno da se on isključi iz nasljeđivanja prava na zakup bez obzira na to je li ili nije ispunjavao druge zakonske uslo-

ve. Udovoljavanje tim drugim uslovima, kao što su sudovi smatrali, nije bilo potrebe preispitivati. Podnosilac predstavke traži da Sud odbije Vladin prigovor.

(c) Ocjena suda

(i) Primjenjiva načela

82. Član 14. samo dopunjava druge materijalne odredbe Konvencije i njenih Protokola. Ne postoji nezavisno, budući da ima efekat isključivo u vezi s “pravima i slobodama” zagaranovanim tim odredbama. Iako primjena člana 14. ne podrazumijeva povredu jedne ili više takvih odredbi, i u tom je smislu autonoman, nema mjesta njegovoj primjeni osim ako činjenično stanje slučaja spada u područje primjene jedne ili više tih odredaba (vidjeti između mnogih izvora, Odièvre protiv Francuske, br. 42326/98, stavka 54, ECHR 2003-III; i Karner protiv Austrije, br. 40016/98, stavka 32, ECHR 2003-IX).

(ii) Primjena prethodno navedenih načela u ovom slučaju

83. Sud opaža da se prigovor podnosioca predstavke odnosi na tumačenje i primjenu, u njegovom slučaju, pojma “de facto bračna zajednica” od strane poljskih sudova na način koji je rezultirao razlikom u postupanju prema heteroseksualnim i homoseksualnim parovima u vezi s nasljeđivanjem prava zakupa nakon smrti partnera (vidjeti stavove 29. do 38., 51 do 55 gore). Nesumnjivo, seksualna orijentacija, jedan od najintimnijih dijelova privatnog života pojedinca, je zaštićena članom 8. Konvencije (vidjeti Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva br. 33985/96 i 33986/96, stavovi 71 i 89, ECHR 1999-VI; S.L. protiv Austrije br. 45330/99, stav 37, ECHR 2003-I; i Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije br. 33290/96, stavovi 23 i 28, ECHR 1999-IX).

84. Nadalje, ostavljajući po strani pitanje je li podnosilac predstavke, kako je tvrdio, živio u stanu do smrti T.B. ili je, kako je tvrdila Vlada, u to vrijeme živio drugdje (vidjeti stavove gore od 11. do 13.), nepobitno je da je od strane nadležnih tijela bio registrovan kao stanar sa stalnim boravkom barem od maja 1989. godine, i da je tamo živio dok je trajao postupak nasljeđivanja (vidjeti stavove 6, 23 i 38). Prema tome, činjenično stanje predmeta povezano je i s pravom na poštovanje njegovog “doma” u smislu člana 8. (vidjeti Karner, prethodno navedenog, stava 33).

85. Na osnovu navedenog, Sud smatra da je član 14. Konvencije primjenjiv u ovom slučaju i odbija Vladin prigovor na spojivost ratione materiae. Posljedično proglašava zahtjev dopuštenim.

B. Meritum

1. Tvrdnje stranaka

(a) Podnosilac predstavke

86. Podnosilac predstavke je naveo da je njegova homoseksualna orijentacija bila jedini razlog zbog kojeg mu je uskraćeno pravo na nasljeđivanje prava na zakup stana u kojem je živio s pokojnim T.B. Status osobe koja je živjela u činjeničnoj bračnoj zajednici nije mu priznat samo zbog toga što su bili istopolni par. Za razliku od heteroseksualnih nevjenčanih partnera koji su u kritično vrijeme uživali pravo nasljeđivanja prava na zakup, homoseksualni odnosi su bili isključeni radi čvrsto ukorijenjenog i kategoričkog tumačenja pojma “de facto bračna zajednica” na način da obuhvata samo odnos između osoba različitog pola. Iz tog razloga, sudovi mu, nakon što su utvrdili činjenicu da su on i T.B. bili u homoseksualnom odnosu, nijesu čak dali niti šansu da dokaže da ispunjava ostale zakonske uslove propisane u članu 8. stav 1 Zakona 1994.

87. Vežano za Vladin argument da u postupku iseljenja, koji je protiv njega sproveden, nije spomenuo činjenicu da je živio sa pokojnim T.B., nego je naveo da je od njega uzeo sobu u

podzakup (vidjeti stav, dolje, broj 88.), podnosilac predstavke je izjavio da ga je takvo izjašnjenje s njegove strane moglo izložiti izolaciji, ismijavanju i predrasudama te da je stoga odlučio ne raspravljati o svojoj seksualnoj orijentaciji u javnosti. Dodao je da poljsko društvo nije bilo liberalno u tom području. Nadalje, istakao je da se njegov prigovor tiče načina na koji su sudovi postupali s njegovim zahtjevom za nasljeđivanja prava na zakup, a ne ostalih postupaka koje je Vlada odlučila upotrijebiti i istaknuti pred Sudom da bi obranila svoju poziciju. Razmatranje njegovog slučaja, dodao je, treba se ograničiti na predmet njegovog prigovora, a ne širiti na druga pitanja. Podnosilac predstavke je zaključio da je jasno bio diskriminisan na osnovu seksualne orijentacije i tražio je od Suda da utvrdi kršenje člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije.

(a) Vlada

88. Vlada je podsjetila na odluke koje su donijeli sudovi u postupku za iseljenje i na konačan rezultat slučaja. U tim postupcima podnosilac predstavke je svoje stanovište zasnivao na činjenici da je navodno uzeo u podzakup sobu u T.B. Nije se pozvao na svoju seksualnu orijentaciju i zajednički život u homoseksualnom odnosu sa T.B. Dana 2. juna 2000. godine, Okružni sud donio je presudu zbog izostanka i podnosiocu predstavke je naloženo da isprazni stan. Nakon što je saznao za negativan ishod postupka odlučio je promijeniti način dokazivanja i konačno je, u tužbenim navodima od 14. jula 2000. godine, počeo isticati da je živio u zajednici sa T.B., i da su niz godina zajednički vodili domaćinstvo.

89. Što se tiče postupka kojim se prigovara, Vlada se pozvala na zakonske uslove nasljeđivanja ugovora o zakupu propisane u članu 8. stava 1 Zakona 1994 i istakla je da je bliski odnos s zajmoprimcem na osnovu krvnog srodstva, usvajanja ili de facto bračne zajednice jedan od četiri uslova koji moraju biti kumulativno ispunjeni. Odredba je, između ostaloga, zahtijevala i da podnosilac takvog zahtjeva dokaže da je stalno boravio sa zajmoprimcem do njegove smrti. U domaćim postupcima je utvrđeno da je podnosilac predstavke stalno živio u stanu E.B u J. ulici i da je samo bio registrovan kao stanar sa stalnim boravkom u T.B. stanu. Stoga, podnosilac predstavke koji nije zadovoljio uslove stalnog boravka s T.B., i s njim nije razvio nikakav bliski odnos nije ispunio druge kriterijume propisane u članu 8. stava 1. Posljedično je njegov zahtjev odbijen. Ista načela bi se primijenila na heteroseksualnu osobu koja traži pravo na nasljeđivanje ugovora o zakupu u takvim okolnostima. Prema tome, činjenično stanje slučaja nije ukazivalo na niti jedan element diskriminacije protiv podnosioca predstavke.

90. Vlada se nadalje pozvala na slučaj Karner protiv Austrije (navedeno gore u stavu 82.), izražavajući stav da presuda nije od značaja za prigovor podnosioca predstavke budući da je zasnovana na potpuno drugačijim okolnostima od okolnosti u ovom slučaju. Prvo, za razliku od podnosioca predstavke, g. Karner je živio sa svojim partnerom, imao je s njim homoseksualni odnos i zajednički su vodili domaćinstvo. Drugo, g. Karner je svoj život provodio u stanu svog partnera; posljedično, on je opravdano mogao tražiti zaštitu svog "doma" prema članu 8. Konvencije. Podnosilac predstavke je, s druge strane, tvrdio da je život provodio u stanu E.B., a ne u stanu T.B. Treće, u slučaju Karner zahtjevu podnosioca predstavke nije se udovoljilo, iako je ispunjavao sve zakonske uslove dok podnosilac predstavke u ovom slučaju nije ispunjavao relevantne preduslove budući da nije živio sa T.B. do njegove smrti i da njihov odnos nije imao odlike de facto bračne zajednice. Zaključno, Vlada traži da Sud utvrdi da u ovom slučaju nije bilo diskriminacije i, posljedično, kršenja člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije.

2. Ocjena suda

(a) Načela koja proizlaze iz sudske prakse Suda

91. U uživanju svojih prava i sloboda zagwarantovanih Konvencijom, član 14 pruža zaštitu protiv razlike u postupanju bez objektivnog i razumnog opravdanja prema osobama u sličnim situacijama (vidjeti, između ostalih izvora, Odièvre, gore navedeno, stav 55; Salgueiro Da Silva

Mouta, gore navedeno, stav 29). Neće se svaka razlika u postupanju smatrati kršenjem ove odredbe, pa tako države članice uživaju diskrecijska ovlašćenja u ocjeni opravdava li i do koje mjere razlikuje u inače sličnim situacijama različito postupanje po zakonu. U smislu člana 14. mora se utvrditi da ne postoji objektivno i razumno opravdanje za spornu razliku, što znači da ona ne teži "legitimnom cilju" ili da ne postoji "razumna razmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići" (vidjeti Sheffield i Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 30. jula 1998, stav 75, Reports of Judgments and Decisions 1998-V; E.B. protiv Francuske, br. 43546/02, stav broj 91, ECHR 2008-...; i Karner, gore navedeno, stav broj 37).

92. Seksualna orijentacija je koncept koji je obuhvaćen članom 14. Nadalje, kada se razlika o kojoj se radi primjenjuje u ovoj intimnoj i ranjivoj sferi privatnog života pojedinca, da bi se opravdale sporne mjere Sudu se trebaju podnijeti naročito uvjerljivi razlozi. Kad se razlika u postupanju zasniva na polu ili seksualnoj orijentaciji diskrecijska ovlašćenja, koje ima Država, su ograničena i u takvim situacijama načelo razmjernosti ne samo da zahtijeva da je izabrana mjera opšte prikladna za ostvarivanje cilja kojem se teži, već se mora dokazati da je nužna u datim prilikama. Naravno, ako su razlozi koji su podnijeti za razliku u postupanju bili zasnovani isključivo na seksualnoj orijentaciji podnosioca predstavke to će se smatrati diskriminacijom u smislu Konvencije (vidjeti E.B., gore navedeno, stavove broj 91. i broj 93.; S.L., gore navedeno, stav broj 37., ECHR 2003-I; Smith i Grady, gore navedeno, stavove broj 89. i broj 94.; i Karner, gore navedeno, stavove broj 37. i broj 41.).

(b) Primjena prethodno navedenih načela u ovom slučaju

(i) Opseg slučaja pred Sudom

93. U svojim argumentima i zaključcima koji se tiču navodnog kršenja Konvencije stranke su se pozivale na različite postupke. Država se u bitnom pozivala na odluke koje su donijeli sudovi u postupku za iseljenje, ističući da je u tom slučaju podnosilac predstavke imao različite iskaze o svom odnosu sa T.B., i vremenu u kojem su navodno zajedno živjeli. Nadalje je navela brojne nedosljednosti u svjedočenjima podnosioca predstavke, navodeći da su u svakom pojedinom slučaju njegove izjave znatno odstupale zavisno o zahtjevu (vidjeti stavove gore od 76. do 80. i od 88. do 90.). Podnosilac predstavke je sa svoje strane pozvao Sud da svoje razmatranje slučaja ograniči na postupak za nasljeđivanje prava na zakup o kojem se radi, koji je bio predmet njegovog prigovora (vidjeti stavove 58, 81 i 87 gore).

94. Sud se slaže s Državom da su određene izjave koje se tiču prirode i trajanja odnosa podnosioca predstavke sa T.B. i njegovog stalnog boravka u T.B. stanu, koje je iznio pred domaćim sudovima i upravnim tijelima u tri odvojena postupka opisana gore (vidjeti stavove gore brojevi 14. do 38.), suprotne ili nedosljedne. Međutim, uloga Suda nije da zamjenjuje nacionalne sudove u njihovoj ocjeni dokaza u tim predmetima i da utvrđuje koji bi se dijelovi svjedočenja podnosioca predstavke u svakom slučaju trebali smatrati vjerodostojnima, a koji upitnima ili bez dokazne vrijednosti (vidjeti gore stav broj 53.). Predmet rasprave pred ovim Sudom nije koji je od raspravnih sudova u dva paralelna postupka, za iseljenje i za nasljeđivanje prava na zakup, pravilno utvrdio činjenično stanje i primjereno ocijenio podnijete dokaze već je li presuda donesena na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog u spornim postupcima u skladu sa standardima iz člana 14. Konvencije.

(ii) Usklađenost s članom 14.

95. Presuda Okružnog suda Szczecin ima svoju pravnu osnovu u članu 8. stavu 1 Zakona 1994, koji više nije na snazi. U skladu sa tom odredbom, osoba koja traži nasljeđivanje prava na zakup morala je, između ostalog, ispuniti uslov življenja s zajmoprimcem u istom domaćinstvu u bliskom

odnosu – kao što je, na primjer, de facto bračna zajednica (vidjeti gore stavove od 29. do 38.). Prema tvrdnjama Države slučaj ne ukazuje na elemente diskriminacije budući da zahtjev podnosioca predstavke nije odbijen iz razloga vezanih za njegovu seksualnu orijentaciju, već zbog njegovog neispunjavanja dva gore navedena zakonska uslova. Prvo, podnosilac predstavke nije živio u T.B. domaćinstvu do T.B. smrti, nego u drugom stanu koji je prvobitno zakupio pokojni E.B. Drugo, njegov odnos sa T.B. nije imao odlike de facto bračne zajednice (vidjeti stavove od 89. do 90. gore). Međutim, obzirom na činjenično i materijalno stanje koje su utvrdili Okružni sud i Regionalni sud (vidjeti gore stavove broj 33., 34. i 38.), Sud ne prihvata argument Države.

96. Za početak, oba suda, posebno Regionalni sud, usredsredila su se samo na jedan činjenični aspekt, kako je to naveo podnosilac predstavke, potkrepljujući svoju tvrdnju, konkretno na homoseksualnu prirodu njegovog odnosa sa T.B. (vidjeti gore stavove od 34. do 38.). Istina je da je Okružni sud izrazio određene sumnje da li je, obzirom na raskid ekonomskih veza među njima, odnos imao sve odlike de facto bračne zajednice koja podrazumijeva zajednicu zasnovanu na emocionalnim, fizičkim i ekonomskim vezama i da li je podnosilac predstavke zaista živio u stanu (vidjeti stav gore broj 34.). Bez obzira, odbio je zahtjev pozivajući se na to da se prema poljskom zakonu samo odnosi između osoba različitog pola kvalificiraju za de facto bračnu zajednicu, čime su istopolni partneri isključeni iz nasljeđivanja prava na zakup (vidjeti, gore, stav 34.). Regionalni sud je u potpunosti podržao ovo stanovište opsežno obrazlažući i pozivajući se na ustavno načelo zaštite braka nasuprot načelu jednakosti pred zakonom da “poljski zakon ne priznaje odnose istopolnih partnera”, “de facto životna zajednica postoji samo ako žena i muškarac žive zajedno” i da “to ne obuhvata partnere koji imaju homoseksualne odnose, čak i ako imaju stabilne emocionalne, fizičke veze”. Nadalje je smatrao da “obzirom na okolnosti nije bilo potrebno izvoditi dokaze kako bi se utvrdilo je li podnosilac predstavke zaista živio u zajednici sa zakupcem i jesu li drugi uslovi za nasljeđivanje prava na zakup bili zadovoljeni” (vidjeti gore stav broj 38.).

97. Prema mišljenju Suda, gore navedeni zaključci nedvosmisleno pokazuju da je Regionalni sud smatrao da je pitanje koje je bilo ključno za presudu povezano sa seksualnom orijentacijom podnosioca predstavke. Suprotno od onoga što je Vlada tvrdila, relevantni element nije bilo pitanje podnosiocčevog boravka u stanu ili emocionalni, ekonomski ili drugi kvalitet njegovog odnosa sa T.B., već homoseksualna priroda tog odnosa, koja ga je per se isključila iz nasljeđivanja.

98. Na Sudu ostaje da utvrdi može li se za poljske vlasti reći da su pružile “objektivno i razumno opravdanje” za pobijanu razliku u postupanju u odnosu na istopolne partnere i partnere različitog pola, drugim riječima je li ova mjera težila “legitimnom cilju” i održala “razumnu razmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići” (vidjeti gore stav 91.). Iz razloga koje je naveo Regionalni sud proizlazi da je glavni cilj razlike u postupanju bio osiguravanje zaštite porodice zasnovane na “zajednici muškarca i žene”, kako je to propisano članom 18. poljskog Ustava (vidjeti gore član 38.). Sud prihvata da je zaštita porodice u tradicionalnom smislu uvjerljiv i legitiman razlog koji može opravdati razliku u postupanju. Međutim, radi ostvarenja tog cilja Država može sprovesti niz različitih mjera (isto). Isto tako, obzirom da je Konvencija živi instrument koji se treba tumačiti u kontekstu današnjih okolnosti (vidjeti stav broj 92.). Država prilikom izbora sredstava osmišljenih za zaštitu porodice i obezbjeđenja, kako to predstavlja član 8. poštovanja porodičnog života mora nužno voditi računa o društvenom razvoju i promjenama u percepciji društvenih pitanja, pitanja ličnog statusa i s tim povezanih pitanja, uključujući činjenicu da ne postoji samo jedan način ili jedan izbor u sferi vođenja i življenja porodičnog ili privatnog života.

99. Postizanje ravnoteže između zaštite tradicionalne porodice i prava seksualnih manjina prema Konvenciji je, po prirodi stvari, težak i osjetljiv zadatak koji od Države može zahtijevati da izgleda suprotne stavove i interese za koje zainteresovane strane smatraju da su fundamentalno suprotni. Međutim, vodeći računa o ograničenim diskrecijskim ovlašće-

njima Države u primjeni mjera koje imaju za posljedicu razliku zasnovanu na seksualnoj orijentaciji (vidjeti gore stav broj 92.), apsolutno isključivanje osoba koje žive u homoseksualnom odnosu iz nasljeđivanja prava na zakup Sud ne može prihvatiti kao neophodno za zaštitu porodice posmatrane u tradicionalnom smislu. Poljska Vlada nije pružila nikakve uvjerljive ili odlučne razloge kojima bi opravdala razliku u postupanju prema heteroseksualnim i homoseksualnim partnerima u kritično vrijeme. Osim toga, činjenica da odredba kojom je kratko nakon toga zamijenjena članom 8. stav 1 ne sadrži razliku između “bračne” i drugih vrsta zajednica življenja potvrđuje da nijesu postojali razlozi za zadržavanje ranijeg uređenja. Slijedom navedenog, Sud utvrđuje da poljske vlasti, odbijajući zahtjev podnosioca predstavke iz razloga povezanih sa homoseksualnom prirodom njegovog odnosa sa T.B., nijesu održale razuman odnos razmjernosti između cilja kojem se težilo i upotrijebljenih sredstava. Pobijana razlika, stoga, nije bila u skladu sa standardima Konvencije. Sud stoga odbija prigovor Države u vezi sa statusom žrtve podnosioca predstavke i smatra da je došlo do kršenja člana 14. u vezi s članom 8 Konvencije.

III. PRIMJENA ČLANA 41 KONVENCIJE

100. Član 41 Konvencije propisuje: “Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutrašnje pravo zainteresovane visoke ugovorne strake omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu oštećenoj stranci”.

A. Šteta

101. Podnosilac predstavke je potraživao iznos od 16.790.53 poljskih zlota (PLN) na ime materijalne štete. Ovaj iznos uključuje dugove na ime zakupnine za stan pokojnog T.B. za razdoblje od 1996. do 1998. godine, koji je podmirio i troškove obnove stana koji su nastali u različitim razdobljima između 1998. i 2007. godine. Na ime nematerijalne štete podnosilac predstavke je potraživao iznos od 20.000 PLN zbog duševnih boli nastalih iz diskriminatornog postupanja kojem je bio izložen.

102. Vlada nije dala nikakav komentar na tvrdnje podnosioca predstavke.

103. Sud nije primijetio nikakvu uzročno posljedičnu vezu između utvrđenog kršenja i navodne materijalne štete; stoga odbija zahtjev. Što se tiče nematerijalne štete, Sud smatra da u specifičnim okolnostima gore opisanog slučaja utvrđivanje kršenja Konvencije predstavlja zadovoljavajuću naknadu i u tom smislu se ne dodjeljuje nikakva naknada troškova.

B. Troškovi i izdaci

104. Podnosilac predstavke je potraživao i iznos od 4.552 PLN na ime sudskih i ostalih troškova nastalih pred domaćim sudovima i u postupku pred Sudom. Podnosilac predstavke je naveo da ne raspolaže nikakvim računima ili fakturama vezanim za spomenute troškove ali tvrdi da su nastali i da je iznos bio umjeren.

105. Vlada nije napravila nikakve podneske u tom pogledu.

106. Prema sudskoj praksi Suda podnosilac predstavke ima pravo na naknadu troškova i izdataka samo u onoj mjeri u kojoj je dokazano da su stvarno i nužno nastali i da su bili razumnog iznosa. U ovom slučaju, s obzirom na činjenicu da podnosilac predstavke nije podnio nikakve dokumente iz koji bi bilo vidljivo da su potraživani iznosi nastali, Sud u cijelosti odbija zahtjev za naknadu troškova i izdataka.

IZ TIH RAZLOGA SUD JEDNOGLASNO

1. Spaja s meritumom Vladin preliminarni prigovor u pogledu statusa žrtve;
2. Proglašava zahtjev koji se tiče navodnog kršenja člana 14. u vezi s članom 8. dopuštenim, a ostatak predstavke nedopuštenim;
3. Presuđuje da je došlo do kršenja člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije i odbija gore spomenuti preliminarni prigovor.
4. Presuđuje da utvrđivanje kršenja samo po sebi predstavlja zadovoljavajuće pravednu naknadu za nematerijalnu štetu koju je podnosilac predstavke pretrpio;
5. Odbija ostatak predstavke za pravednu naknadu.

Sačinjeno na engleskom jeziku i objavljeno u pismenom obliku 2. marta 2010. godine, u skladu sa pravilom 77 stavovima 2 i 3 Pravilnika Suda.

Lawrence Early
Sekretar

Nicolas Bratza
Predsjednik

SLUČAJ E.B. PROTIV FRANCUSKE

(Predstavka broj 43546/02)

PRESUDA

Strasbourg, 22. januar 2008. godine

U slučaju **E.B. protiv Francuske**, Evropski sud za ljudska prava, zasijedajući u Velikom vijeću u sastavu: Christos Rozakis, predsjednik, Jean-Paul Costa, Nicolas Bratza, Boštjan Zupančič, Peer Lorenzen, Françoise Tulkens, Loukis Loucaides, Ireneu Cabral Barreto, Riza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabeth Steiner, Elisabet Fura-Sandström, Egbert Myjer, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, Sverre Erik Jebens, sudije i Michael O'Boyle, Zamjenik Sekretara, poslije razmatranja slučaja dana 14. marta 2007. godine i dana 28. novembra 2007. godine, donosi sljedeću presudu, usvojenu posljednjeg pomenutog datuma:

POSTUPAK

1. Slučaj je formiran na osnovu predstavke, broj 43546/02, koju je, protiv Republike Francuske, dana 2. decembra 2002. godine, na osnovu člana 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ("Konvencija"), podnijela francuska državljanka, gospođa E.B. (u daljem tekstu "podnositeljka predstavke"). Predsjednik Velikog vijeća je prihvatio njen zahtjev da joj se ime drži u tajnosti (Pravilo 47. stav 3. Pravila Suda).

2. Podnositeljka predstavke navodi da je u svakoj fazi njenog zahtjeva za odobrenje usvajanja trpjela diskriminatorni tretman koji je bio zasnovan na njenoj seksualnoj orijentaciji i da je tako došlo do miješanja u pravo na poštovanje privatnog života.

3. Predstavka je dodijeljena Drugom Odjeljenju Suda (Pravilo 52. stav 1. Pravila). Dana 19. septembra 2006. godine, vijeće tog Odjeljenja, u sastavu sudija: Ireneu Cabral Barreto, predsjednica, Jean-Paul Costa, Riza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, Dragoljub Popović, sudije, i Sally Dollé, sekretar odjeljenja, prosljedilo je slučaj na nadležnost Velikom vijeću, a da nijedna od strana nije dala prigovor na to (član 30. Konvencije i Pravilo 72.). Prije prosljeđivanja, Vijeće je primilo pismene komentare profesora R. Wintemute-a u ime četiri nevladine organizacij – Međunarodna Federacija Lige za ljudska prava ("Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme -FIDH"); Evropska Regija Međunarodne Asocijacije Lezbejki i Homoseksualaca ("European Region of the International Lesbian and Gay Association -ILGA-Europe"); Britanska Asocijacija za Usvajanje ("British Association for Adoption and Fostering -BAAF"); i Asocijacija Homoseksualaca i Lezbijki - Roditelja i Budućih Roditelja ("Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens -APGL") – kao treća strana-intervenijenti (Pravilo 44. stav 2.). Ti komentari su priloženi uz spise slučaja a koje su prosljeđene Velikom vijeću.

4. Sastav Velikog vijeća je određen u skladu sa odredbama člana 27. stavovi 2. i 3. Konvencije i Pravila 24.

5. Podnositeljka predstavke, ali ne i Država, je dostavila pismeni komentar o meritumu slučaja.

6. Javna rasprava je održana u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 14. marta 2007. godine (Pravilo 59. stav 3.).

Pred Sudom su učestvovali:

a. U ime Države: gospođa E. BELLARD, Direktor pravnih poslova, Ministarstvo vanjskih poslova, agent, gospođa A.-F. TISSIER, Šefica Sekcije za ljudska prava, gospođa M.-G. MERLOZ,

sekretarka za prijedloge, Sekcija za ljudska prava, gospođa L. NELIAZ, administrativna asistentkinja, Biro za djecu i porodicu, Ministarstvo zapošljavanja i socijalnog ujedinjenja i domaćinstvo, gospođa F. TURPIN, Sekretar za prijedloge, Kancelarija za pravna i Sporna pitanja, Ministarstvo pravde, kao savjetnici;

b. U ime podnositeljke predstavke: gospođa C. MÉCARY, Advokatska komora Pariz, advokat, gospodin R. WINTEMUTE, profesor ljudskih prava, King's College, Univerzitet u Londonu, gospodin H. Ytterberg, Ombudsman protiv diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije u Švedskoj, gospodin A. WEISS, kao savjetnici.

Sud je saslušao izlaganje gospođe C. Mécary i gospođe E. Belliard.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

7. Podnositeljka predstavke je rođena 1961. godine i živi u Lons-le-Saunier.

8. Od 1985. godine, nastavnica je u školi za medicinske sestre, a od 1990. godine je u stabilnoj vezi sa ženom, gospođom R., koja je psihološkinja.

9. Dana 26. februara 1998. godine, podnositeljka predstavke je Odjeljenju za socijalnu službu Jura podnijela zahtjev za dozvolu usvajanja djeteta. Željela je da ispita mogućnost usvajanja u inostranstvu, naročito u Aziji, Južnoj Americi i Madagaskaru. Navela je svoju seksualnu orijentaciju i vezu sa partnerkom, gospođom R. R.

10. U izvještaju od 11. avgusta 1998. godine, socio-obrazovni asistent i pedijatrijska sestra je, između ostalih, navela i ove okolnosti: "Gđa B. i gđa R. sebe ne smatraju parom, a gđa R. se, iako zabrinuta zbog zahtjeva njene partnerke za usvajanje djeteta, ne osjeća obaveznom. Gđa B. smatra da će morati da igra ulogu oca i majke, i da njena partnerka ne polaže nikakvo pravo prema djetetu, ali da će pomoći u slučaju potrebe...Gđa B. nastoji da usvoji dijete, jer je odlučila da ne rađa. Više bi željela da objasni djetetu da je ono imalo oca i majku i da ono što ona želi jeste da ga učini srećnim, prije nego da mu objašnjava da ne želi živjeti sa muškarcem...Gđa B. razmišlja o ocu kao o stabilnoj, uvjerljivoj i figuri na koju se može osloniti. Predlaže da usvojenom djetetu tu figuru oca nadomjesti ličnostima njenog rođenog oca i zeta. Isto tako, navodi da će dijete moći da izabere oca – surogata u svom vlastitom okruženju (rođaci prijatelja, učitelj, drug ...).... Zaključak: "U vezi njene ličnosti i zanimanja, gđa B. je dobar sagovornik, širokoumna i kulturna, emocionalno dopadljiva. Takođe, cijenimo njen jasan pristup analiziranju problema i kapacitete podizanja djece i emotivnosti. Međutim, imajući u vidu njen sadašnji stil života: neudata i u zajednici sa ženskim partnerom, nemamo mogućnosti da ocijenimo njene sposobnosti da djetetu omogući uzor, koji se vrti oko roditeljstva, takav da bi se obezbijedio stabilan i dobro prilagođen razvoj djeteta. Zadržavamo mišljenje u pogledu odobrenja za usvajanja djeteta".

11. Dana 28. avgusta 1998. godine, ispitujući zahtjev, u izvještaju o razgovorima sa podnositeljkom predstavke, psihološkinja je predložila odbijanje zahtjeva sljedećim riječima: "...Gospođa B. ima mnogo ličnih kvaliteta. Entuzijasta je velikog srca i spremna da zaštiti druge.. Njene ideje o vaspitanju djeteta se ukazuju veoma pozitivnim. Međutim, nekoliko pitanja o broju faktora njenog porijekla, kontekst u kome će se dijete vaspitati i njena želja za djetetom, ipak ostaje. Da li ona pokušava da izbjegne "nasilje" rađanja i genetsku odbojnost prema biološkom djetetu? Idealizacija djeteta i potcjenjivanje teškoća u obezbjeđivanju doma za nekoga: da li ona umišlja da je sposobna da potpuno izmijeni prošlost djeteta? Koliko možemo biti sigurni da će dijete naći stabilnu referencu na odgovornog roditelja? Mogućnosti identifikacije sa modelom uloge oca su donekle nejasne. Ne zaboravimo da djeca poistovjećuju njihov identitet sa likom oba roditelja. Djeci su potrebni odrasli, koji će prihvatiti njihovu rodilejsku funkciju: ako je roditelj sam, kakav to efekat stvara na razvoj djeteta?... Ni na koji način ne želimo da umanjimo samopouzdanje

gospođe B., još manje da insinuiramo da će ona biti štetna po dijete; ono što govorimo je da sve studije roditeljstva pokazuju da su djetu potrebna oba roditelja. Dodatno, na pitanje da li bi više voljela da ju je podigao samo jedan od njenih roditelja, gospođa B. je odgovorila negativno... Preostaju brojne sive zone, u odnosu na iluziju postojanja direktne percepcije njene želje za djetetom: zar ne bi bilo mudrije ovo pitanje ostaviti po strani dok se ne obavi detaljnija analiza raznih, kompleksnih, aspekata njene situacije?.”

12. Dana 12. septembra 1998. godijne, tehnički službenik socijalnog dječijeg centra je preporučio da se odobrenje odbije, napominjući da podnositeljka predstavke nije dovoljno razmislila o pitanju uloge modela roditelja i muškarca, smatrajući da se ona lako može uživjeti u ulogu oca i majke, dok je pominjala moguću ulogu njenog oca i _ili zeta, koji žive na velikoj udaljenosti, što nažalost znači da će ta okupljanja sa djetetom biti teško izvodljiva. Službenik se takođe zapitao o prisutnosti gospođe R u životu podnositeljke predstavke, zapažajući da su one odbile da se smatraju parom te da gospođa R. nikada nije bila uključena u namjeru usvajanja. Obrazloženje mišljenja se završava ovako: “Suočio sam se sa mnogo nejasnoća o bitnim okolnostima psihološkog razvoja djeteta koje je već iskusilo napuštanje i kompletnu promjenu kulture i jezika...”

13. Dana 12. oktobra 1998. godine, psiholog iz socijalnog dječijeg centra, koji je ujedno i član odbora za usvajanje, preporučio je odbijanje odobrenja na osnovu toga što bi ostavljanje djeteta kod podnositeljke predstavke izložilo dijete određenom riziku u vezi formiranja njegove ličnosti. Između ostalog, pozvao se na činjenicu da podnositeljka predstavke živi sa partnerkom, ali se ne smatraju parom, što ukazuje na nejasnu ili čak na neizrečenu situaciju dvosmislenosti i rizika da će dijete imati samo model majčinstva. Psiholog je nastavio sljedećim komentarima: “...Kao što je rečeno, razlozi želje za djetetom potiču iz komplikovane personalne situacije, koja još nije riješena u vezi sa ulogom djetetovog roditelja, koju (podnositeljka predstavke) izgleda želi da ostvari (vis-à-vis jedne od njenih sestara, zaštita njenih roditelja), i bazirani su na emocionalnim teškoćama. Da li to ukazuje na osjećaj beznačajnosti i beskorisnosti koju ona želi da prevaziđe time što bi postala majka? Neuobičajen stav prema muškarcima ogleda se u tome da ih odbacuje. Ekstremno gledano, kako to da se odbacivanje figure muškarca ne odnosi na odbacivanje vlastitog lika djeteta (Dijete podobno za usvajanje ima biološkog oca čije se simbolično postojanje mora očuvati, ali da li će to biti u (njenoj) moći?)...”

14. Dana 28. oktobra 1998. godine predstavnik Odbora za usvajanje iz Porodičnog vijeća za asocijaciju djece, trenutno ili prethodno pod državnom zaštitom je predložio odbijanje odobrenja na sljedeći način: “...Iz mog ličnog iskustva života sa usvojilačkom porodicom, sada sam sa mogućnošću intuicije, u prilici da ocijenim značaj mješovitog para (muškarac i žena) u cilju obezbjeđenja doma djetetu. Uloga “adoptivne majke” i “adoptivnog oca” u svakodnevnom podizanju djeteta se nadopunjuju, iako su različite. To je ravnoteža koju će dijete poremetiti u mjeri da ponekad može varirati u intenzitetu prema tome koliko ono očekuje ostvarenje i prihvatanje istine o svom porijeklu i istoriji... Zato smatram neophodnim, u interesu djeteta, da postoji čvrsta ravnoteža između “adoptivne majke” i “adoptivnog oca” kada se suoči sa usvajanjem... ..”

15. Dana 4. novembra 1998. godine predstavnik Odbora iz Porodičnog vijeća, prisutan u ime unije asocijacije porodica za département (UDAF), pozivajući se na Konvenciju o pravima djece, od 20. novembra 1989. godine, preporučio je odbijanje odobrenja na osnovu nepostojanja uzora oca, dodajući: “ ...Djeluje nemoguće osnovati porodicu i podići dijete bez potpune podrške tog partnera (gospođa R.).Izveštaji psihologa i socijalne službe pokazuju njenu jasnu nezainteresovanost za namjeru gospođe B. ... Dalja alternativa je da nijesu ispunjeni materijalni uslovi pružanja odgovarajućeg doma djetetu. Biće neophodno promijeniti dom, riješiti pitanje kako podijeliti troškove među partnerkama, čiji se planovi makar u ovome razlikuju.”

16. Dana 24. novembra 1998. godine, šef socijalne službe za djecu je takođe preporučio odbijanje odobrenja, jasno ukazujući da “Gospođa B. živi sa partnerkom za koju proizlazi da nije učesnica tog plana. Uloga koju bi taj partner igrao u životu usvojenog djeteta nije jasno definisana. Nema prostora za uzor muškarca koji bi stvarno bio prisutan u djetetovom životu.

U tim okolnostima, postoji rizik da u tom domaćinstvu dijete ne bi našlo različite karakteristike porodice potrebne za njegovu dobrobit i razvoj njegove ličnosti.”

17. Pismom od 26. novembra 1998. godine, odluka predsjednika Vijeća za département, kojim se odbija odobrenje usvajanja, dostavljena je podnositeljki predstavke. Između ostalih, dati su i sljedeći razlozi: “... ispitujući svaki zahtjev za odobrenje usvajanja, moram voditi računa o interesima djeteta samostalno i osigurati postojanje svih zaštitnih elemenata. Vaša namjera usvajanja pokazuje nedostatak modela uloge oca ili uzora oca, sposobnog za vaspitanje dobro prilagođenog razvoja usvojenog djeteta... Dodatno, mjesto koje bi Vaša partnerka zauzela u životu djeteta nije dovoljno jasno: iako se ona ne protivi Vašoj namjeri, izgleda da nije u nju uključena, što bi predstavljalo poteškoću za dijete u pronalaženju svoga mjesta. Prema tome, svi gore navedeni faktori ne obezbjeđuju da će dijete imati dovoljno formirani porodični okvir u kome bi napredovalo. ...”

18. Dana 20. januara 1999. godine, podnositeljka predstavke je od predsjednika vijeća za département zatražila preispitivanje odbijanja odobrenja za usvajanje.

19. Dječija socijalna služba je od kliničkog psihologa zatražila psihološku procjenu. U svom izvještaju od 7. marta 1999. godine, sačinjenog nakon razgovora sa podnositeljkom predstavke, psiholog je zaključila da je “gospođa B. imala dovoljno da djetetu obezbijedi dom (strpljivost, vrijednosti, kreativnost, vrijeme)”, ali smatra usvajanje preuranjenim obzirom na brojne problematične okolnosti (konfuzija između indirektnog i laissez-faire stava, nezainteresovanost za efekte uključivanja trećeg lica u kreiranju doma).

20. Dana 17. marta 1999. godine, predsjednik vijeća za département Jure je potvrdio odbijanje odobrenja.

21. Dana 13. maja 1999. godine podnositeljka predstavke se obratila Upravnom sudu Besançon, tražeći poništenje upravnih odluka od 26. novembra 1998. godine i od 17. marta 1999. godine. Osporila je, takođe, način na koji je sproveden postupak nadzora, po njenom zahtjevu, za odobrenje usvajanja. Istakla je da je mnogo osoba uključenih u taj proces uopšte nijesu vidjeli, uključujući i psihologa iz odbora za usvajanje.

22. Presudom od 24. februara 2000. godine, Upravni sud je poništio odluke od 26. novembra 1998. godine i od 17. marta 1999. godine, odlučujući, kako slijedi: “... predsjednik vijeća za Jura département je zasnovao svoju odluku na “nedostatku modela uloge oca ili uzora oca, sposobnog za pružanje dobro prilagođenog razvoja usvojenog djeteta” kao i na “mjesto koje bi, njen, partner zauzeo u životu djeteta”. Citirani razlozi samo po sebi nijesu dovoljni za opravdanje odbijanja odobrenja za usvajanje. Dokumenti iz spisa slučaja pokazuju da gospođa B., koja posjeduje neosporne lične kvalitete i sposobnost za odgajanje djeteta, te koja je po profesiji nastavnica u školi za medicinske sestre i dobro integrisana u socijalno okruženje, pruža dovoljno garancija, iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive – da bi obezbijedila odgovarajući dom usvojenom djetetu. ... U okolnostima ovog slučaja, gospođa B. opravdano zahtijeva poništenje odluka o odbijanju odobrenja za usvajanje...”

23. Jura département se žalio. Presudom od 21. decembra 2000. godine, Apelacioni upravni sud Nancy je ukinuo nižestepenu presudu. Našao je, prvo, da “B. ostaje pri tome da nije podvrgnuta testu ličnosti, ali nije navela da je tražila ispravu i da joj je taj zahtjev odbijen” te da stav 4. člana 63. Zakona o porodici i socijalnoj zaštiti “nema posljedicu da onemoguću sačinjavanje izvještaja na temelju sažetka bitnih navoda iz drugih dokumenata. Usljed činjenice da je psiholog sačinila izvještaj samo na osnovu informacija dobijenih od drugih osoba uključenih u slučaj i bez usmenih navoda podnositeljke predstavke, postupak nadzora po zahtjevu podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja nije bio nezakonit”.

24. Sud je nastavio, nalazeći da “... razlozi za odluke od 26. novembra 1998. godine i od 17. marta 1999. godine, donijete po zahtjevu za preispitivanje odluke predsjednika vijeća Jura département-a o odbijanju zahtjeva gđe B. za odobrenje usvajanja, su odsustvo “identifikacionih obilježja” obzirom na nepostojanje modela uloge oca ili uzora oca i podijeljenost opredjeljenja

svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu. Iz isprava u spisima slučaja, te naročito iz dokaza navedenih u ispitivanju prijave gospođe B., vidljivo je da s obzirom na njen način života i bez obzira na njene nesumnjive lične kvalitete i spretnost u podizanju djeteta, ona nije ponudila neophodne garancije – iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive – za usvajanje djeteta...; ... suprotno od navoda gospođe B., predsjednik Vijeća za département nije odbio odobrenje na osnovu njegovog stajališta o njenom izboru stila života. Prema tome i u svakom slučaju, podnositeljka predstavke neosnovano navodi povredu ...zahtjeva iz člana 8. i 14. Konvencije”

25. Podnositeljka predstavke je podnijela zahtjev za vanredno preispitivanje. Dana 5. juna 2002. godine, Državni savjet je odbio zahtjev, dajući ove razloge: “... U vezi osnova za odbijanje odobrenja gospođi B.: ... Prvo, činjenica da je zahtjev za odobrenje usvajanja podnijela neudata osoba, što je moguće prema odredbi člana 343. stav 1. Građanskog zakonika, ne sprječava upravno tijelo da utvrđuje, u kontekstu vaspitanja i psiholoških faktora koji unapređuju razvoj ličnosti djeteta, da li potencijalni roditelj usvojlac može obezbijediti, u njenom krugu porodice i prijatelja, model “očinske uloge ili uzora oca” a zahtjev je podnijela žena ...; niti kada se samica koja želi usvajanje nalazi u stabilnoj vezi sa drugom ženom od koje će se neminovno zahtijevati da doprinosi stabilnom domu djeteta u svrhu gore navedenih odredbi, da li ta činjenica sprječava vlast da utvrđuje, čak i ako takva veza nije zakonski obavezujuća, da li se ponašanjem ili ličnošću treće osobe, gledano na osnovu objektivnih činjenica, može sprovesti pružanje odgovarajućeg doma. Shodno tome, Apelacioni upravni sud nije pogrešno primijenio pravo, smatrajući da su dva osnova po kojima je odbijena predstavka gospođe B. kao samice - naime, “nepostojanje identifikacionih obilježja obzirom na nepostojanje modela uloge oca ili projekcije muškarca” i “podijeljenost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu”, dovoljni za opravdanost odbijanja odobrenja, prema gore navedenom obrazloženju odluke od 1. septembra 1998. godine. Drugo, uzimajući u obzir tvrdnje gospođe B. da je Apelacioni upravni sud odbijanje zahtjeva za odobrenje usvajanja zasnovao na njenom “životnom stilu”, čime se implicitno izjasnio o njenoj seksualnoj orijentaciji, iz dokumenata dostavljenih sudu se može utvrditi činjenica da je u vrijeme ispitivanja njenog zahtjeva bila u stabilnoj homoseksualnoj vezi. Pošto se ta veza mora uzeti u obzir zbog potreba i interesa usvojenog djeteta, sud svoju odluku nije zasnovao na principijelnom stanovištu u vezi sa seksualnom orijentacijom podnositeljke predstavke, niti je povrijedio kombinovane zahtjeve iz člana 8. i 14. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.; nije povrijedio ni odredbe člana L. 225-2 Krivičnog zakonika, koji zabranjuje seksualnu diskriminaciju; Treće, ocjenjujući da gospođa B., “obzirom na njen način života i bez obzira na njene nesumnjive lične kvalitete i spretnost u podizanju djeteta, nije ponudila neophodne garancije, iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive, za usvajanje djeteta”, Apelacioni upravni sud nije zanemario elemente koji joj idu u korist, a nije ni izmijenio sadržaj spisa slučaja; Iz gore navedenog slijedi da gospođa B. neosnovano traži ukidanje te presude, koja sadrži osnovane razloge ...”.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

A. Domaće pravo

1. Građanski zakonik

26. U relevantno vrijeme, odgovarajuće odredbe, glase kako slijedi:

Član 343: “Usvojiti može bračni par koji nije sudski rastavljen i koji je u braku duže od dvije godine ili su oboje navršili dvadeset osam godina starosti.”

Član 343-1: “Takođe, usvojiti može bilo koja osoba starija od dvadeset devet godina. ...”

2. Zakon o porodici i socijalnoj zaštiti

27. U relevantno vrijeme, odgovarajuće odredbe, glase kako slijedi:

Član 63: “Djecu pod starateljstvom države mogu usvojiti osobe kojima je služba za socijalnu zaštitu odobrila starateljstvo kada uspostavljene emocionalne veze opravdavaju takvu mjeru ili osobama kojima je odobreno usvajanje ...

Po prijemu mišljenja odbora za usvajanje, predsjednik vijeća za relevantni département, izdaje odobrenje usvojenja u roku od devet mjeseci od dana podnošenja zahtjeva, sa rokom važenja od pet godina ...”

Član 100-3: “Osobe koje žele stranom djetetu obezbijediti dom u smislu njegovog usvajanja, podnose zahtjev za odobrenje iz člana 63. ovog Zakonika”

3. Uredba broj. 98-771 od 1. septembra 1998. godine kojom se određuju aranžmani za ocjenu zahtjeva za odobrenje usvajanja djeteta pod starateljstvom države.

28. Relevantne odredbe Uredbe glase, kako slijedi:

Član 1: “Svaka osoba koja želi dobiti odobrenje za usvajanje iz stava 1. člana 63. i člana 100-3 Zakon o porodici i socijalnoj zaštiti, moraju zahtjev podnijeti predsjedniku Vijeća département-a u mjestu svog prebivališta...”

Član 4: “Prije izdavanja odobrenja, predsjednik Vijeća relevantnog département-a se mora uvjeriti da uslovi u kojima aplikant traži da djetetu obezbijedi dom zadovoljavaju potrebe i interese djeteta, iz porodične, vaspitne i psihološke perspektive. U tom smislu, on će narediti ispitivanje okolnosti aplikanta ...”

Član 5: “Nakon konsultovanja odbora za usvajanje, predsjednik Vijeća nadležnog département-a donosi odluku ...”

B. Međunarodne konvencije

1. Nacrt Evropske Konvencije o usvajanju djece

29. Relevantne odredbe nacrta Konvencije, trenutno na ispitivanju pred Komitetom Ministara Savjeta Evrope, inter alia, propisuju:

Član 7 – Uslovi usvajanja: “ (1). Na osnovu zakona dijete mogu usvojiti: (a) dvije osobe različitog pola (i). koje su u braku, ili (ii). koje su zajedno stupile u zajednički registrovani partnerski odnos, tamo gdje takva institucija postoji; (b) jedna osoba. (2). Države su slobodne da prošire obim ove konvencije na istopolne parove koji su u zajedničkom braku ili koji su stupili u zajednički registrovani partnerski odnos. One su takođe slobodne da prošire obim ove konvencije na parove suprotnog ili istog pola koji zajedno žive u stabilnoj vezi.”

2. Međunarodna konvencija o pravima djeteta

30. Relevantne odredbe Konvencije o pravima djeteta, koju je 20. novembra 1989. godine usvojila Generalna Skupština Ujedinjenih nacija, stupila na snagu 2. septembra 1990. godine, glase kako slijedi:

Član 3: “(1)U svim aktivnostima koje se tiču djece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tijela, najbolji interesi djeteta biće od prvenstvenog značaja. (2)Strane ugovornice se obavezuju da djetetu obezbijede takvu zaštitu i brigu koja je neophodna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i obaveze njegovih roditelja, zakonskih staratelja ili drugih pojedinaca koji su pravno odgovorni za dijete i u tom cilju će preduzeti sve odgovarajuće zakonodavne i administrativne mjere. (3) Strane ugovornice će obezbijediti da se institucije, službe i ustanove odgovorne za brigu ili zaštitu djece prilagode standardima koje su utvrdili nadležni organi, posebno u oblasti sigurnosti, zdravlja, u pogledu broja i podobnosti osoblja, kao i stručnog nadzora.”

Član 4: “Strane ugovornice će preduzeti sve potrebne zakonodavne, administrativne i ostale mjere za ostvarivanje prava priznatih u ovoj Konvenciji. U pogledu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, Strane ugovornice će preduzeti takve mjere maksimalno koristeći svoja raspoloživa sredstva, a gdje je to potrebno, u okviru međunarodne saradnje.”

Član 5: “Strane ugovornice će poštovati odgovornosti, prava i dužnosti roditelja ili, gdje je takav slučaj, članova šire porodice ili zajednice, kako je predviđeno lokalnim običajima, zakonskih staratelja ili drugih osoba zakonski odgovornih za dijete, da bi se omogućilo, na način koji je u skladu sa razvojnim mogućnostima djeteta, odgovarajuće usmeravanje i savetovanje u ostvarivanju prava priznatih ovom Konvencijom.”

Član 20: “ (1) Djetetu koje je privremeno ili stalno lišeno porodične sredine ili kojem u njegovom najboljem interesu ne može biti dopušteno da u takvoj sredini ostane, imaće pravo na posebnu zaštitu i pomoć države. (2) Strane ugovornice će u skladu sa svojim nacionalnim zakonima obezbijediti alternativnu brigu za takvo dijete. (3) Takva briga može da uključi, između ostalog, smještaj u drugu porodicu, kafalah prema islamskom pravu, usvajanje ili, ako je neophodno, smještaj u odgovarajuće ustanove za brigu o djeci. Pri razmatranju rješenja, dužna pažnja će se posvetiti potrebi uspostavljanja kontinuiteta u podizanju djeteta kao i etničkom, religioznom, kulturnom i jezičkom porijeklu djeteta.”

Član 21: “Strane ugovornice koje priznaju i/ili dozvoljavaju sistem usvajanja će obezbijediti da najbolji interesi djeteta budu od prevashodne važnosti i one će: (a) obezbijediti da usvajanje djeteta odobravaju samo nadležni organi koji utvrđuju, u skladu sa odgovarajućim zakonima i postupkom i na osnovu svih relevantnih i pouzdanih informacija, da je usvajanje dopušteno s obzirom na status djeteta u odnosu na roditelje, rodbinu i zakonske staratelje i da su se, ukoliko je tako propisano, zainteresovana lica saglasila sa usvajanjem nakon upoznavanja sa svim bitnim činjenicama, a na osnovu stručnih mišljenja u mjeri kojoj su ona nužna; (b) priznati da se međudržavno usvajanje može smatrati alternativnim načinom brige o djetetu, ukoliko se dijete ne može smjestiti u drugu porodicu ili biti usvojeno ili se o djetetu ne može na pogodan način voditi briga u zemlji njegovog porijekla; (c) obezbijediti da dijete na koje se primjenjuje međudržavno usvajanje uživa potrebnu zaštitu i standarde jednake onima koji postoje u slučaju nacionalnog usvajanja; (d) preduzeti sve odgovarajuće mjere da obezbijedi da u međudržavnom usvajanju smještaj nema za posljedicu neopravdanu finansijsku korist za one koji u tome učestvuju; (e) unaprijediti, kada je to pogodno, ciljeve ovog člana zaključivanjem bilateralnih ili multilateralnih dogovora ili sporazuma i nastojati da se u tom okviru obezbijedi da smještanje djeteta u drugu zemlju sprovede nadležne vlasti ili organi....”

3. Haška Konvencija od 29. maja 1993. godine o zaštiti djece i saradnji u međunarodnom usvajanju

31. Relevantne odredbe Haške Konvencije od 29. maja 1993. godine propisuju:

Član 5: “Usvajanje u smislu ove Konvencije će nastupiti samo ukoliko nadležne vlasti države primateljke: a) utvrde da su mogući roditelji usvojioci podobni i imaju mogućnosti za usvajanje; b) obezbijede savjetovanje mogućim roditeljima što je više potrebno; i c) utvrde da je dijete ovlašćeno ili će biti ovlašćeno da stupi i trajno boravi u toj državi.”

Član 15: “(1) Ukoliko centralno tijelo vlasti države primateljke utvrdi da su podnosioci zahtjeva podobni i imaju mogućnost usvajanja, priprema izvještaj koji uključuje informacije o njihovom identitetu, podobnostima i mogućnostima usvajanja, porijeklu, porodičnoj i medicinskoj istoriji, socijalnom okruženju, razlozima usvajanja, sposobnosti za međudržavno usvajanje, kao i karakteristike djeteta za koje su oni kvalifikovani da se staraju. (2). Izvještaj se prosljeđuje centralnim vlastima države porijekla.”

PRAVO

32. Podnositeljka predstavke navodi da je doživjela diskriminaciju koja je bila zasnovana na njenoj seksualnoj orijentaciji i da je taj tretman uticao na njeno pravo na poštovanje privatnog života. Pozvala se na član 14. Konvencije u vezi sa članom 8., koji propisuju:

Član 8:

“1. Svako ima pravo na poštovanje 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 sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.”

Član 14:

“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.”

I. PRIHVATLJIVOST

A. Podnesci stranaka

1. Podnositeljka predstavke

33. Podnositeljka predstavke navodi da homoseksualno usvajanje spada u tri potpuno različite kategorije: prvo, moguće je da samac namjerava usvojiti u državi članici gdje je to dozvoljeno samcima (čak i izuzetnim slučajevima), u tom slučaju bilo koji pojedinačni partner ne mora steći roditeljsko pravo kao rezultat usvajanja (individualno usvajanje); drugo, jedan član istopolnog para može namjeravati usvajanje djeteta drugog partnera, tako da oba partnera imaju roditeljsko pravo prema djetetu (usvajanje od strane drugog partnera); i konačno, oba člana istopolnog para mogu namjeravati da zajedno usvoje dijete bez prethodne veze prema bilo kom od partnera, tako da oba partnera istovremeno stiču roditeljsko pravo prema djetetu (zajedničko usvajanje). Podnositeljka predstavke pojašnjava da je zahtijevala individualno usvajanje, što je jednostavnija pravna mogućnost.

34. Ona naglašava značaj dobijanja odobrenja, koje je u praksi preduslov usvajanja u Francuskoj ili u inostranstvu.

35. Podnositeljka predstavke nije zahtijevala pravo na usvajanje, koje, nezavisno od seksualne orijentacije mogućeg usvojioca, ne postoji. Ipak, navodi da je član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. primjenjiv u ovom slučaju. Prvo, mogućnost ili šansa da se zahtijeva odobrenje za usvajanje spada pod članom 8. u pogledu “privatnog života”, jer se tiče uspostavljanja novog odnosa s drugim pojedincem, a u pogledu “porodičnog života”, jer je to bio pokušaj da se uspostavi porodični život sa usvojenim djetetom. Drugo, seksualna orijentacija osobe, što je aspekt njenog privatnog života, takođe spada u pod članom 8.

2. Država

36. Država je istakla da je predstavka neprihvatljiva, jer je žalba podnositeljke predstavke izvan domena člana 8. Konvencije, te, posljedično i člana 14. U svakom slučaju, za razliku od Fretté (Fretté protiv Francuske, broj 36515/97, stav 32., ECHR 2002-I), odbijanje izdavanja odobrenja nije bilo zasnovano, direktno ili indirektno, na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke i stoga nije moglo uticati na direktnu ili indirektnu diskriminaciju zasnovanu na njevoj homoseksualnosti.

37. Pojedinačni interesi djeteta su odredili odbijanje odobrenja i zasnivali su se na dva osnova: nepostojanje uzora oca i podijeljenost opredjeljenja partnerke podnositeljke predstavke prema njenoj namjeri usvajanja.

38. U vezi sa nepostojanjem uzora oca, Država ističe da mnogi stručnjaci nalaze da je model seksualnog razlikovanja važan faktor u identitetu djeteta i da je potpuno shvatljivo da

je socijalna služba *département*-a trebalo da uzme u razmatranje nepostojanje obilježja koji bi djetetu omogućili konstrukciju njegovog identiteta prema figuri oca. Kao potvrdu svojih navoda, Država je citirala odluke domaćih sudova da bi se bilo koji drugi heteroseksualni podnosilac predstavke, čiji najbliži krug porodice i prijatelja ne uključuje člana suprotnog pola, suočio sa odbijanjem iz istog osnova.

39. U vezi sa drugim osnovom, Država inicijalno navodi da je utvrđena činjenica nepostojanja opredjeljenja kod partnerke podnositeljke predstavke. Zapaža da podnositeljka predstavke nastavlja negirati značaj te činjenice, premda je legitimno voditi računa o ponašanju najužeg kruga porodice i prijatelja potencijalnog usvojioca, tamo gdje postoji namjera da se obezbijedi dom djetetu. Nezavisno od nepostojanja pravnih posljedica za partnera, dolazak djeteta bi izmijenio balans između para – primaoca i porodične zajednice, a porijeklo usvojenog djeteta sve to čini još više značajnim u ocjeni osnovanosti nastojanja usvojilačkog para za usvajanjem. Stoga, pored činjenice da bi se R. neophodno uključivala u svakodnevni život djeteta, nedostatak njenog uključivanja je moguće ocijeniti izvorom nesigurnosti djeteta sa rizikom da bi se ono osjetilo kao u trci sa partnerkom podnositeljke predstavke, za njeno vrijeme i pažnju. Premapolazištu Države, za taj osnov se ne može reći da je u vezi sa seksualnom orijentacijom podnositeljke predstavke, kako je to iznijeto u odlukama domaćih sudova.

40. Kako to Država vidi, okolnosti ovog slučaja se veoma razlikuju od onih iz slučaja *Fretté* (gore citiran) pa treba naglasiti da su sudske i administrativne vlasti Francuske iznijele najvažnije razloge o tome šta je najbolji interesa djeteta. Ti najbolji interesi za dijete su centralni za mnoge međunarodne instrumente obavezujuće za Francusku. Ne postoji pravo na dijete ili pravo na ovlaštenje za usvajanje. Usvajanje je mjera zaštite djeteta i kreirana je da mu omogući porodicu. Jedina svrha postupka odobrenja je identifikovati, među brojnim kandidatima, osobu koja djetetu može obezbijediti najuodobniji dom u svakom smislu. Stoga, želja za djetetom ne može prevladati interese djeteta.

B. Ocjena Suda

41. Zapažajući da podnositeljka predstavke zasniva pritužbu na članu 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, Sud, ponavlja da odredba člana 8. ne garantuje pravo na osnivanje porodice, niti pravo na usvajanje (vidjeti gore slučaj *Fretté*, stav broj 32.). Nijedna od stranaka ovo ne osporava. Pravo na poštovanje “porodičnog života” ne obezbjeđuje puku želju za osnivanjem porodice; ono pretpostavlja postojanje porodice (vidjeti slučaj *Marckx* protiv Belgije, presuda od 13. juna 1979. godine, Serija A broj 31, stav 31.), ili makar potencijalnu vezu između, na primjer vanbračnog djeteta i njegovog prirodnog oca (vidjeti slučaj *Nylund* protiv Finske (odluka), broj 27110/95, ECHR 1999VI), ili odnos nastao iz izvornog braka, čak ukoliko porodični život još nije u potpunosti uspostavljen (vidjeti *Abdulaziz, Cabales i Balkandali* protiv UK, presuda od 28. maja 1985. godine, Serija A broj 94., stav 62.), ili odnos nastao iz zakonitog i izvornog usvajanja (vidjeti slučaj *Pini i Ostali* protiv Rumunije, brojevi 78028/01 i 78030/01, stav 148., ECHR 2004V).

42. Pravo na usvajanje nije propisano u domaćem zakonodavstvu, niti u drugim međunarodnim instrumentima, kao što su Konvencija o pravima djeteta, koju je usvojila Generalna Skupština Ujedinjenih nacija dana 20. novembra 1989. godine, ili Haška Konvencija od 29. maja 1993. godine o zaštiti djece i saradnji u međunarodnom usvajanju (vidjeti gore stavove broj 30. i 31.).

43. Međutim, Sud je prethodno zaključio da je pojam “privatnog života” u smislu značenja člana 8. Konvencije, širok koncept koji, inter alia, obuhvata pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudskim bićima (vidjeti *Niemietz* protiv Njemačke, presuda od 16. decembra 1992. godine, Serija A broj 251B, strana 33., stav 29.), pravo na “lični razvoj” (vidjeti *Bensaid* protiv UK, broj 44599/98, stav 47., ECHR 2001I) ili pravo na samoodređenje kao takvo (vidjeti *Pretty* protiv UK, broj 2346/02, stav 61., ECHR 2002III). Ono obuhvata takve elemente kao što su imena (vidjeti *Burghartz* protiv Švajcarske, presuda od 22. februara 1994. godine, Serija A broj 280B, strana 28., stav 24.), rodno opredjeljenje, seksualnu orijentaciju i seksualni život, koji spadaju u ličnu sferu

zaštićenu članom 8. (vidjeti, na primjer slučaj Dudgeon protiv UK, presuda od 22. oktobra 1981. godine, Serija A broj 45, strane 18. i 19., stav 41., i slučaj Laskey, Jaggard i Brown protiv UK, presuda od 19. februara 1997. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-I, strana 131., stav 36.), te pravo na poštovanje odluka obije osobe da imaju ili da nemaju dijete (vidjeti Evans protiv UK [GC], broj 6339/05, stav 71., ECHR 2007...).

44. Zaista, u ovom slučaju, predmet postupka nije usvajanje djeteta kao takvo, već zahtjev za odobrenje usvajanja. Prema tome, slučaj otvara pitanje postupka dobijanja odobrenja za usvajanje, a ne pitanje usvajanja samo za sebe. Ipak, stranke ne osporavaju da je odobrenje, u praksi, preduslov za usvajanje djeteta.

45. Takođe, neophodno je zapaziti da je podnositeljka predstavke tvrdila da je bila diskriminisana na osnovu njene priznate homoseksualnosti, što da je proizvelo povredu odredbi člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

46. Na Sudu je dakle, da odluči da li pravo na usvajanje, vodeći računa o, inter alia, razvoju zakonodavstva u Evropi i činjenici da je Konvencija živi instrument koji se mora interpretirati u kontekstu današnjih okolosti (vidjeti posebno slučaj Johnston i Ostali protiv Irske, presuda od 18. decembra 1986. godine, Serija A broj 112, strane 24. i 25., stav 53.), spada ili ne spada u domen člana 8. Konvencije, posmatran samostalno.

47. U vezi člana 14, o kome je riječ u ovom slučaju, Sud ponavlja da je on samo kompatibilan s drugim suštinskim odredbama Konvencije, i Protokolima uz nju. On ne djeluje samostalno jer mu je dejstvo u odnosu na "izvršavanje prava i sloboda" koje se garantuju tim odredbama (vidjeti, pored drugih izvora, slučaj Sahin protiv Njemačke [GC], broj 30943/96, stav 85, ECHR 2003VIII). Primjena člana 14. nužno ne pretpostavlja kršenje nekog od suštinskih prava zaštićenih Konvencijom. Za činjenice slučaja je potrebno, ali i dovoljno da budu "u okviru" jednog ili više članova Konvencije (vidjeti presudu Abdulaziz, Cabales i Balkandali, gore citirana, stav 71.; slučaj Karlheinz Schmidt protiv Njemačke, presuda od 18. jula 1994. godine, Serija A broj 291B, stav 22.; i slučaj Petrović protiv Austrije, presuda od 27. marta 1998. godine, Izvještaji 1998II, stav 22.).

48. Zabrana diskriminacije, zajamčena članom 14. prostire se šire od izvršavanja prava i obaveza, za koje Konvencija i Protokoli zahtijevaju od svake države da ih obezbijedi. Primjenjuje se i na ona dodatna prava koja spadaju u opšti domen svakog člana Konvencije, za koja se država samoinicijativno odlučila da ih obezbijedi. Ovaj princip je dobro razrađen u praksi Suda (vidjeti slučaj "Povodom nekih aspekata zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji" protiv Belgije (Meritum), presuda od 23. jula 1968. godine, Serija A broj 6, stav 9.; presuda Abdulaziz, Cabales i Balkandali, gore citirana, stav 78.; i presuda Stec i Ostali protiv UK (odluka) [GC], brojevi 65731/01 i 65900/01, stav 40., ECHR 2005X).

49. Ovaj slučaj se ne tiče usvajanja koje želi učiniti par ili istopolni partner biološkog roditelja, već samo usvajanja koje želi učiniti samac. Dok član 8. Konvencije ne govori ništa o tom pitanju, Sud zapaža da francusko zakonodavstvo izričito daje pravo samcima da zahtijevaju odobrenje usvajanja i u tom pravcu propisuje postupak. Stoga, Sud nalazi da činjenice ovog slučaja nedvosmisleno spadaju u domen člana 8. Konvencije. Shodno tome, kada je u obezbjeđivanju prava država djelovala šire od svojih obaveza iz člana 8. – što je mogućnost koja joj je pružena članom 53. Konvencije – u primjeni tog prava ne može preduzimati diskriminatorne mjere u smislu sadržaja člana 14. (vidjeti, mutatis mutandis, slučaj "Povodom nekih aspekata zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji", gore citiran).

50. U ovom slučaju podnositeljka predstavke navodi da je u ostvarivanju njenih prava prema domaćem pravu, bila diskriminisana na osnovu njenog seksualnog opredjeljenja. Posljednje je koncept koji obuhvata član 14. Konvencije (vidjeti Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, broj 33290/96, stav 28., ECHR 1999-IX). Sud takođe ukazuje da se u slučaju Fretté protiv Francuske (gore citiran), na koji se stranke direktno pozivaju, podnosilac predstavke žalio da je odbacivanje njegovog zahtjeva za odobravanje usvajanja implicitno bilo zasnovano jedino na njegovoj seksualnoj orijentaciji. Vijeće je utvrdilo da je primjenjiv član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. (stav 33.).

51. Prema tome, član 14. Konvencije u vezi sa članom 8. je primjenjiv u ovom slučaju.

52. Usljed tih okolnosti, Sud odbija preliminarne prigovore Države. Takođe, u kontekstu navoda stranaka, smatra da ova pritužba otvara kompleksna pitanja činjenica i prava koji se u ovoj fazi ispitivanja predstavke ne mogu razriješiti, što zahtijeva ispitivanje merituma slučaja. Slijedi da se žalba ne može proglasiti očigledno neosnovanom u smislu sadržaja odredbe člana 35. stav 3. Konvencije. Nijesu utvrđeni drugi osnovi za proglašavanje neprihvatljivom. Prema tome, mora se proglasiti prihvatljivom.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 14. KONVENCIJE U VEZI SA ČLANOM 8.

A. Navodi stranaka

1. Podnositeljka predstavke

53. Podnositeljka predstavke ostaje pri stavu da je odbijanje da joj se odobri usvajanje zasnovano na njenom "stilu života", drugim riječima - na njoj homoseksualnosti. Prema njenom stavu, to direktno proizlazi iz ispitivanja njenog zahtjeva i mišljenja odbora za usvajanje. Takođe smatra da je dio odluke Državnog savjeta formulisan na isti način kao presuda iz slučaja Fretté (gore citirana), koja pokazuje da se Državni savjet opredijelio za diskriminatorni pristup.

54. U pogledu osnova zasnovanog na nepostojanju uzora oca, navodi da, dok većina francuskih psihoanalitičara vjeruje da je djetetu potreban zajedno i majčinski i očinski model uzora, ne postoji empirijski dokaz za to uvjerenje, te da je to sporno među mnogim psihoterapeutima. Dodatno, u ovom slučaju Država nije predstavila postojanje prakse isključenja heteroseksualne žene samice, koja nema muškog partnera.

55. U vezi argumenta zasnovanog na položaju njene partnerke i stavu o namjeri podnositeljke predstavke da usvoji dijete, podnositeljka predstavke navodi da je to bio nezakoniti osnov. Članovi 343. i 343.-1. Građanskog zakonika propisuju da mogu usvojiti bračni parovi i samci: partneri nijesu obuhvaćeni i prema tome nijesu stranke u postupku usvajanja, niti imaju bilo kakav pravni status nakon usvajanja djeteta. Uzimajući u obzir pravo da se prema njoj postupa u skladu sa predviđenim pravnim pravilima, podnositeljka predstavke osporava osnov odbacivanja zahtjeva zbog nepostojanja zakonskog osnova.

56. Podnositeljka predstavke ponovo naglašava da su se ona i njena partnerka susrele sa socijalnim radnikom, a da potom razni službenici, uključeni u postupak ispitivanja odobrenja, nikad nijesu tražili susret sa njenom partnerkom. Po tom osnovu je bilo neophodno preduzeti druge korake u pravcu saslušanja njene partnerke, koji bi u stvarnosti poslužili kao prethodnica odbacivanja njenog zahtjeva, isključivo na osnovu njene seksualne orijentacije.

57. Podnositeljka predstavke navodi da različito postupanje prema njoj nema objektivnog ni razumnog opravdanja. Za opravdanost različitog postupanja zbog seksualne orijentacije, zahtijevaju se naročito ozbiljni razlozi. U ovom slučaju takvih razloga nema.

58. U pogledu podjele u naučnoj zajednici (Fretté, stav 42.), za opravdanje različitog postupanja prema homoseksualcima, zahtijevaju se naročito ozbiljni razlozi. Na Vladi je teret dokazivanja postojanja bilo kakvog razloga, pa ukoliko je u slučaju Fretté i u ovom slučaju propustila dokazati postojanje konsenzusa u naučnoj zajednici, to je zato što nema poznate studije o ovom slučaju.

59. Podnositeljka predstavke osporava postojanje "legitimnog cilja", jer ovdje nije riječ o zdravlju djeteta i Državni savjet nije objasnio kako ono može biti ugroženo. Navodi da su uopšteno citirana tri cilja: prvo, stav o navodnom riziku da će dijete postati homoseksualac, što, sasvim suprotno od činjenice da nema ništa vrijedno osude te mogućnosti i da većina homoseksualaca ima heteroseksualne roditelje, predstavlja pojam predrasude; drugo, da će dijete biti izloženo riziku nastanka i razvoja psiholoških problema: takav rizik nikad nije dokazan i novije studije

pokazuju da podizanje u homoroditeljskoj zajednici ne određuje djetetu bilo kakav poremećaj; pored toga, pravo na usvajanje, koje postoji u nekim demokratskim zemljama pokazuje da za dijete nema rizika. Konačno, nema dugoročnog rizika da će dijete patiti zbog homofobnih predrasuda prema roditeljima, te, u svakom slučaju, predrasude seksualne većine ne predstavljaju dovoljno opravdanje.

60. Ističe da je praksa administrativnih vlasti u Francuskoj nedosljedna, jer neki départements homoseksualnim pojedincima više ne odbijaju odobrenje za usvajanje. Navodi, takođe, da građanski sudovi istopolnom partneru izvornog roditelja dozvoljavaju usvajanje.

61. Od presude Fretté (gore citirana, stav broj 41.) u Evropi je na snazi stalan razvoj prava u prilog usvajanja istopolnih parova, a sada deset evropskih država to i dozvoljava. Podnositeljka predstave se poziva i na evropski konsenzus u prilog omogućavanja usvajanja homoseksualcima samcima u zemljama članicama Savjeta Evrope, koji samcima omogućava usvajanje, za razliku od Francuske, gdje se odluke donose na diskriminatornoj osnovi. Ovako je i izvan Evrope, gdje razvoj sudske prakse o usvajanju ide u prilog homoseksualcima, a u interesu je djeteta kome je potreban dom.

62. Konačno, osporava argument postojanja nedovoljnog broja djece podobne za usvajanje, čemu se Sud priklonio u presudi Fretté (gore citirana, stav broj 42.), obrazlažući da broj djece podobne za usvajanje u svijetu prelazi broj mogućih roditelja-usvojilaca, te da pravna mogućnost ne bi trebalo da zavisi od stvarne mogućnosti ostvarivanja ovog prava.

2. Država

63. Država je istakla da odobrenje za usvajanje na lokalnom, a ne na državnom, nivou izdaje predsjednik département-a, nakon pribavljenog mišljenja odbora za usvajanje na nivou département-a. U 2005. godini, podnijeto je 13,563 novih zahtjeva, od kojih je jedva 8% bilo nezadovoljavajućih (sa manje od 6% odbijenih zahtjeva i oko 2% povučenih zahtjeva). U 2006. godini, relevantne vlasti su usvojenoj djeci-strancima izdale 4,000 viza. Država navodi da ne može predstaviti statističke podatke o seksualnoj orijentaciji podnosioca jer francusko zakonodavstvo zabranjuje prikupljanje i obradu ličnih podataka o seksualnom životu osobe.

64. Kao alternativu, Država navodi da se ovaj slučaj ne odnosi na kontrolu utvrđenja Suda u presudi Fretté (gore citirana), jer se današnji uslovi nijesu suštinski promijenili da bi opravdali odstupanje od tog presedana.

65. U pogledu nacionalnih zakona, o ovome nema evropskog konsenzusa, sa samo devet od četrdeset šest država članica koje idu ka usvajanju od strane istopolnog para, dok neke zemlje ne dozvoljavaju usvajanje samcima ili ga dozvoljavaju pod strožijim uslovima nego je to slučaj u Francuskoj. Dodatno, ovu konstataciju treba posmatrati u odnosu na prirodu tih zakona i uslova koji se moraju ispuniti.

66. I danas je valjan zaključak Suda iz presude Fretté o podjeli u naučnoj zajednici. Nepružanje studije kojom se identifikuju problemi razlika u razvoju djece koju odgajaju homoseksualni parovi, Država opravdava činjenicom da je nepoznat broj djece koju su odgojili homoseksualni parovi i da procijenjene brojke jako variraju. Osim kompleksnosti različitih situacija s kojima se mogu suočiti, postojeće studije su bile nedovoljno detaljne jer su zasnovane na nedovoljno velikom uzorku, uz propust detaljnog pristupa, a nijesu naglasile profil porodice samca usvojioca. Dječiji psihijatri ili psihoanalitičari brane različite teorije, a većina njih tvrdi da je neophodna zajednička referenca majčinstva i očinstva.

67. Nakon presude Fretté (gore citirana, stav 42.) još uvijek postoje velike razlike u javnom mišljenju.

68. Država potvrđuje da je realnost to da broj zahtjeva za usvajanje prevazilazi broj djece podobne za usvajanje. Međunarodne obaveze Država, naročito članovi 5. i 15. Haške Konvenci-

je, primorale su vlasti da izaberu kandidate na osnovu kriterijuma sposobnosti obezbjeđivanja djetetu odgovarajućeg doma.

69. Konačno, ističe da nijedna od šezdeset i više država iz kojih su francuski državljani usvajali djecu, istopolnim parovima ne odobrava usvajanje. Prema tome, međunarodno usvajanje za homoseksualce može ostati čisto teorijska mogućnost, uprkos činjenici što to domaći zakon dozvoljava.

B. Ocjena Suda

70. Sud zapaža da je u presudi Fretté protiv Francuske (gore citirana) Vijeće našlo da su odluke o odbacivanju zahtjeva za odobrenje usvajanja imale legitimni cilj, tj. zaštitu zdravlja i prava djeteta koje bi moglo biti uključeno u postupak usvajanja (stav 38). Na pitanje da li je razlika u postupanju bila opravdana, a nakon ocjene da među državama članicama nema zajedničkih osnova pravnih sistema, Vijeće je našlo potpuno prirodnim da javne vlasti treba da imaju široku marginu slobodne ocjene kada odlučuju o ovakvim slučajevima, što je podložno kontroli Suda (stav 41.). Imajući u vidu konkurentne interese podnositeljke predstavke i djeteta podobnog za usvajanje, i primat djetetovih najboljih interesa, zapaženo je da je naučna zajednica podijeljena oko mogućih posljedica po dijete koje usvaja jedan ili više homoseksualnih roditelja, tako da postoje velike razlike između nacionalnog i međunarodnog pogleda, te da nema dovoljno djece za usvajanje da bi se zadovoljile potrebe (stav 42.). Vodeći računa o širokoj margini ocjene koja se u ovoj oblasti ostavlja državama, kao i o potrebi zaštite najboljeg interesa djeteta u pravcu postizanja željenog cilja, Vijeće je smatralo da odbijanje odobrenja za usvajanje nije ugrozilo princip proporcionalnosti, tako da opravdanje koje daje Država djeluje objektivno i razumno, a različito postupanje nije bilo diskriminatorno u smislu značenja člana 14. Konvencije (stavovi 42. i 43.).

71. Sud zapaža da se ovaj slučaj takođe odnosi na pitanje kako riješiti zahtjev za odobrenje usvajanja; u brojnim aspektima ono se ipak razlikuje od gore citiranog slučaja Fretté. Naročito, Sud zapaža da dok je u oba slučaja primjetan osnov nepostojanja projekcije osobe drugog pola, domaće upravne vlasti se nijesu, makar direktno, pozvale na "izbor stila života" gđe E.B. (vidjeti Fretté, gore citirana, stav broj 32.). Nadalje, vlasti navode kvalitete podnositeljke predstavke, njen emocionalni kapacitet i kapacitet za odgoj djeteta, za razliku od slučaja Fretté, gdje se za podnositelja predstavke smatralo da ima problema u suočavanju sa praktičnim posljedicama preokreta zbog dolaska djeteta (stavovi 28. i 29.). Štaviše, u ovom slučaju su domaće vlasti vodile računa o ponašanju partnerke gđe E.B., za koju je ova navela da se s njom nalazi u stabilnoj i stalnoj vezi, što da je faktor koji se ne pojavljuje u predstavi gđina Fretté.

72. U ovom slučaju, Sud zapaža da su domaće upravne vlasti i sudovi, koji su ispitali žalbu podnositeljke predstavke, zasnovali svoje odluke o odbijanju zahtjeva za odobrenje usvajanja na dva ključna osnova.

73. U vezi sa osnovom na koji se domaće vlasti pozivaju- nedostatak očinskog ili majčinskog lika u domaćinstvu osobe koja traži odobrenje za usvajanje, Sud nalazi da to neminovno ne otvara problem, sam za sebe. Međutim, pod okolnostima ovog slučaja, po ovom osnovu je dozvoljeno ispitati meritum, čiji je konačni efekt zahtjev prema podnositeljki predstavke da uspostavi postojanje lika suprotnog pola iz najužeg kruga njene porodice ili prijatelja, čime se rizikuje prikazivanje prava samca da zahtjeva odobrenje neefikasnim. Ta okolnost je ovdje prikladna, jer se slučaj ne odnosi na zahtjev za odobrenje usvajanja koji je podnio bračni ili vanbračni par, već samica. Prema stanovištu Suda, ovaj osnov može voditi ka arbitrarnom odbijanju i ujedno služiti kao izgovor za odbacivanje zahtjeva podnositeljke predstavke na osnovu njene homoseksualnosti.

74. Osim toga, Sud zapaža da Država, na kojoj je teret dokazivanja (vidjeti, mutatis mutandis, Karner protiv Austrije, broj 40016/98, stavovi 41.-42., ECHR 2003IX), nije mogla predstaviti statističke podatke o učestalosti pouzdanja u taj osnov prema utvrđenoj ili poznatoj seksualnoj

orijentaciji osobe koja zahtijeva usvajanje, što samostalno može dati realnu sliku upravne prakse i potvrditi nepostojanje diskriminacije u slučaju odlučivanja po tom osnovu.

75. Prema stanovištu Suda, drugi osnov na koji se pozivaju domaće vlasti, zasnovan na stavu partnerke podnositeljke predstavke, zahtijeva drugačiji pristup. Iako je partnerka podnositeljke predstavke trajna i potvrđena, gđa R. se nije priklonila zahtevu podnositeljke predstavke za usvajanje. Vlasti, koje na ovo stalno ukazuju, direktno i dajući razloge, zaključuju da podnositeljka predstavke nije dala neophodne garancije za usvajanje djeteta.

76. Na prvom mjestu treba zapaziti, suprotno od navoda podnositeljke predstavke, da pitanje stava njene partnerke, za koju navodi da se nalaze u stabilnoj i trajnoj vezi, nije bez značaja za odluku o njenom zahtjevu. Vlasti imaju legitimitet da utvrde postojanje svih potrebnih garancija prije nego se dijete dovede u porodicu. Prema tome, kada je podnosilac zahtjeva - muškarac ili žena, neoženjen ili neudata - već zasnovao dom s partnerom, stav tog partnera i uloge koju će on ili ona svakodnevno i neminovno imati u životu djeteta koje se uključuje u taj dom, zahtijeva detaljno ispitivanje u interesu djeteta. Dodatno, bilo bi krajnje iznenađujuće ukoliko bi se relevantne vlasti, znajući za postojanje de facto para, ponašale kao da ne znaju za tu činjenicu kada cijene uslove u kojima se djetetu obezbjeđuje dom i o njegovom budućem životu u tom novom domu. Pravni status osobe koja nastoji usvojiti nije inkompatibilan sa ispitivanjem njene aktuelne situacije i utvrđenjem da u domaćinstvu postoji ne jedna, već dvije odrasle osobe.

77. Sud, dodatno zapaža da član 4. Uredbe od 1. septembra 1998. godine (vidjeti gore stav broj 28.) zahtijeva da se predsjednik Vijeća relevantnog département-a uvjeri da uslovi pod kojima podnosilac predstavke predlaže pružanje doma djetetu, zadovoljavaju potrebe usvojenog djeteta za porodicom, njegovo vaspitanje kao i psihološku perspektivu. Značaj ovih garancija, kojima vlasti moraju biti zadovoljne prije nego što daju ovlaštenje za usvajanje djeteta, takođe se mogu zapaziti u međunarodnim mehanizmima i to u Konvenciji UN-a o pravima djeteta, od 20. novembra 1989. godine, Haškoj Konvenciji, od 29. maja 1993. godine, ili u nacrtu Evropske Konvencije o usvajanju djece (vidjeti gore stavove od 29. do 31.).

78. Prema stajalištu Suda, nema dokaza za tvrdnju da se ovaj osnov zasniva na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke. Suprotno tome, Sud smatra da je taj osnov, koji nema ništa sa bilo kakvim razmatranjem u vezi seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, zasnovan na jednostavnoj analizi poznate, de facto situacije i njenim posljedicama po usvajanje djeteta.

79. Stoga, za podnositeljku predstavke se ne može smatrati da je bila diskriminisana na osnovu njene seksualne orijentacije.

80. Bez obzira na sve, ova dva osnova čine dio sveobuhvatne ocjene situacije podnositeljke predstavke. Kod takvog stanja stvari, Sud smatra da ih ne treba posmatrati alternativno, već kumulativno. Stoga, nelegitimnost jednog od osnova ima za posljedicu ugrožavanje kompletne odluke.

81. U pogledu upravne faze, Sud zapaža da predsjednik Vijeća département-a svoju odluku nije isključivo ili primarno zasnovao na drugom osnovu, već na "svim" okolnostima – što su oba osnova – bez mogućnosti ocjene da je jedan od njih bio dominantan ili da je neki od njih sam za sebe bio dovoljan za odbijanje odobrenja (vidjeti gore stav broj 17.).

82. U pogledu sudske faze, Apelacioni upravni sud Nancy je zapazio da se odluka zasniva na dva osnova: nepostojanje uzora oca i ambivalentnost opredjeljenja svakog člana domaćinstva. Sud je dodao da dokumenti iz spisa slučaja i zaključci usvojeni nakon ispitivanja zahtjeva pokazuju da stil života podnositeljke predstavke ne pruža neophodne garancije za usvajanje djeteta, ali je osporio da je predsjednik Vijeća département-a odbio odobrenje za usvajanje na osnovu mišljenja o izboru stila života podnositeljke predstavke, tj. njene homoseksualnosti (vidjeti gore stav 24.).

83. Potom, Državni savjet je utvrdio da su oba osnova iz kojih je odbijen zahtjev podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja bili u skladu sa zakonskim odredbama. Takođe je našao da se pozivanje na "stil života" podnositeljke predstavke može objasniti dokumentima iz spisa slučaja dostavljenih sudovima, a koji pokazuju da je podnositeljka predstavke, u vrijeme

podnošenja zahtjeva bila u trajnoj i stabilnoj homoseksualnoj vezi, ali da se to ne može smatrati odlukom zasnovanoj na stanovištu o njenoj seksualnoj orijentaciji ili kao bilo kakva forma diskriminacije (vidjeti gore stav broj 25.).

84. Stoga, Sud zapaža da su upravni organi široko odlučivali iako su vodili računa o seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke, ali da to nije bio osnov za spornu odluku niti je razmatrano iz neprijateljskih razloga.

85. Međutim, prema mišljenju Suda, značajna je činjenica da je homoseksualnost podnositeljke predstavke široko naglašena u razlozima odluka domaćih vlasti. Pored stava o “životnom stilu” podnositeljke predstavke, vlasti su prvenstveno potvrdile odluku predsjednika Vijeća département-a. Sud ističe da je ta odluka donijeta u kontekstu mišljenja odbora za usvajanje, čiji su se različiti članovi izjasnili pismeno, uglavnom preporučujući, dajući razloge preporuke u pravcu da zahtjev treba odbiti na osnovu ta dva sporna osnova. Sud dalje zapaža da način na koji su data izvješna mišljenja, zaista otkriva da je homoseksualnost podnositeljke predstavke bio odlučujući faktor. Sud posebno zapaža da u mišljenju od 12. oktobra 1998. godine psiholog socijalne službe za djecu, predlaže odbijanje odobrenja, pozivajući se, pored drugih stvari, na “neuobičajen stav (podnositeljke predstavke) prema muškarcima, time što ih odbacuje” (vidjeti gore stav broj 13.).

86. Sud primjećuje da je u to vrijeme podnositeljka predstavke bila sama, što da je bio osnov odbijanja odobrenja za usvajanje, premda je zakonskom odredbom direktno propisano pravo samca da zahtijeva odobrenje za usvajanje. To potpuno jasno proizlazi iz zaključaka psihologa, koja u svom izvještaju o razgovorima sa podnositeljkom predstavke, od 28. avgusta 1998. godine, navodi, direktno ukazujući na slučaj podnositeljke predstavke a ne na generalni stav, započinjući svoje zapažanje izjavom da ne želi umanjiti samopouzdanje podnositeljke predstavke niti insinuirati da će biti štetna po dijete, da “sve studije o roditeljstvu ukazuju da djetetu trebaju oba roditelja” (vidjeti gore stav broj 11.). Dana 28. oktobra 1998. godine, predstavnik odbora za usvajanje iz Porodičnog vijeća za asocijaciju djece, trenutno ili prethodno pod državnom zaštitom je predložio odbijanje odobrenja na osnovu toga da usvojilačku porodicu mora činiti “mješoviti par (muškarac i žena)” (vidjeti gore stav broj 14.).

87. U vezi sa sistematskim pozivanjem na nepostojanje “uzora oca”, Sud ne spori potrebu ocjene ove okolnosti, već značaj koji ovome daju domaće vlasti u kontekstu usvajanja od strane osobe koja je samac. Činjenica da je legitimno da ovaj faktor bude uzet u obzir, ne znači da u ovom slučaju Sud treba da pređe preko prekomjernog pozivanja na njega.

88. Odatle, uprkos oprezu Apelacionog Upravnog suda Nancy i Državnog savjeta, u opravdanju pozivanja na “stil života” podnositeljke predstavke, neizbježan je zaključak da je njena seksualna orijentacija stalno bila u centru odlučivanja i sveprisutna u svakoj fazi upravnog i sudskog postupka.

89. Sud nalazi da je pozivanje na homoseksualnost podnositeljke predstavke bilo ako ne izričito, onda makar prećutno. Uticaj naglašene homoseksualnosti podnositeljke predstavke prilikom ocjene njenog zahtjeva je utvrđen, ali vodeći računa o prethodno navedenom, bio je i odlučujući, vodeći faktor za odbijanje odobrenja za usvajanje (vidjeti gore citirano, *mutatis mutandis*, Salgueiro da Silva Mouta, stav broj 35.).

90. Otuda je, podnositeljka predstavke trpjela različito postupanje. Mora se voditi računa o cilju koji se krije iza tog različitog postupanja, te ukoliko je cilj bio legitiman, da li je to različito postupanje bilo opravdano.

91. Sud ponavlja da je u svrhu člana 14., različito postupanje diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, što znači da ne slijedi “legitimni cilj” ili da nema “razumne proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići” (vidjeti gore citirano, *inter alia*, Karlheinz Schmidt, stav broj 24.; Petrović, gore citirano, stav broj 30.; i Salgueiro da Silva Mouta, gore citirano, stav broj 29.). Tamo gdje je riječ o seksualnoj orijentaciji, postoji potreba za naročito uvjerljivim i važnim razlozima za opravdanje različitog postupanja u pogledu prava iz domena člana 8. (vidjeti, *mutatis mutandis*, Smith i Grady protiv UK, brojevi 33985/96 i 33986/96, stav 89., ECHR 1999-VI; Lustig-Prean i Beckett protiv UK, brojevi

31417/96 i 32377/96, stav 82., 27. septembar 1999. godine; te S.L. protiv Austrije, broj 45330/99, stav 37., ECHR 2003-I).

92. U vezi s time sud zapaža da je Konvencija živi instrument, koji se tumači u kontekstu današnjih uslova (vidjeti, inter alia, Johnston i Ostali, gore citirana, stav 53.).

93. Prema shvatanju Suda, ako su razlozi u prilog takvog različitog postupanja zasnovani jedino na razmatranju seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, tada to prema Konvenciji predstavlja diskriminaciju (vidjeti Salgueiro da Silva Mouta, gore citirana, stav broj 36.).

94. Sud naglašava da francuski zakon dozvoljava samcima da usvoje dijete (vidjeti gore stav broj 49.), čime nesporno otvara mogućnost homoseksualnom samcu za usvajanje. Suprotno pravnoj pozadini odredbi domaćeg propisa, Sud nalazi da se razlozi Države ne mogu smatrati naročito uvjerljivim i važnim da bi se opravdalo odbijanje odobrenja podnositeljki predstavke.

95. Na kraju, Sud zapaža da relevantne odredbe Građanskog zakonika ne propisuju ništa o nužnosti da je osoba - model uzor suprotnog pola, što u svakom slučaju ne bi zavisilo od seksualne orijentacije samca usvojioca. Dodatno, u tom slučaju, razlozima obrazloženja presude Državnog savjeta podnositeljka predstavke je predstavila "nesumnjive lične kvalitete i sposobnost za podizanje djece", što je nesumnjivo u najboljem interesu djeteta, i ključni pojam relevantnih međunarodnih mehanizama (vidjeti gore stavove od 29. do 31.).

96. Imajući u vidu gorenavedeno, Sud ne može a da ne zapazi da su odbijanjem zahtjeva podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja, domaće vlasti napravile razliku zasnovanu na razmatranju seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, koja je prema Konvenciji neprihvatljiva (vidjeti gore citiranu Salgueiro da Silva Mouta, stav 36.).

97. Stoga, s obzirom na utvrđenje iz gorenavedenog stava 80., Sud nalazi da sporna odluka nije saglasna sadržaju odredbe člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

98. Prema tome, postoji povreda člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

III. PRIMJENA ČLANA 41. KONVENCIJE

99. Član 41. Konvencije propisuje: "Kada Sud utvrdi kršenje Konvencije ili Protokola uz nju, a unutrašnje pravo visoke strane ugovornice omogućava samo dijelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj strani."

A. Naknada štete

100. Podnositeljka predstavke ukazuje da je bez odbijenog odobrenja bilo nemoguće usvojiti strano dijete i u praksi, nemoguće usvojiti dijete, francuskog državljanina. Čak i da je Vlada Francuske hitno djelovala dajući joj odobrenje, diskriminatorno odugovlačenje vremena bi bilo između devet i deset godina. To odugovlačenje nije bilo samo nepravično i predstavljalo psihološku napetost, već joj je umanjilo šansu za usvajanje zbog njenih godina života; bilo joj je trideset sedam godina starosti kada je podnijela zahtjev za usvajanje, a imala bi najmanje četrdeset sedam godina starosti kada bi odobrenje konačno bilo dato. Stoga, zahtijeva naknadu nematerijalne štete u iznosu od 50.000,00 eura.

101. Država nije izrazila svoje mišljenje.

102. Sud nalazi da je podnositeljka predstavke trpjela nematerijalnu štetu koja se ne nadoknađuje jedino utvrđenjem povrede člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije. Stoga, odlučujući po principu jednakosti, kao pravičnu naknadu Sud joj dodjeljuje iznos od 10.000,00 eura.

B. Troškovi i izdaci

103. Podnositeljka predstavke je zahtijevala iznos od 14.352,00 eura na ime troškova njenog advokata počev od podnošenja predstavke pa do okončanja postupka (šezdeset sati rada po

200,00 eura/sat bez uračunatog PDV), te dodatnih 176,00 eura na ime troškova prevoza i smještaja, nastalih u vezi sa javnom raspravom pred Velikim vijećem, što ukupno iznosi 14.528,00 eura.

104. Država nije izrazila svoje mišljenje.

105. Sud zapaža da se prema kriterijumima ustanovljenih u njegovoj sudskoj praksi, mora utvrditi da li su troškovi i izdaci bili stvarni, potrebni i da li su razumni s obzirom na njihovu visinu (pored drugih izvora, vidjeti slučaj Öztürk protiv Turske [GC], broj 22479/93, stav 83., ECHR 1999-VI). Primjenjujući te kriterijume na ovaj slučaj, zahtjev podnositeljke predstavke za isplatu iznosa od 14.528,00 eura Sud nalazi razumnim, pa joj taj iznos i dodjeljuje.

C. Kamata

106. Sud smatra odgovarajućim da kamata treba da se zasniva na stopi Evropske Centralne Banke, na koju treba dodati tri procentna poena.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. Proglašava jednoglasno da je predstavka prihvatljiva;
2. Utvrđuje sa deset prema sedam glasova da je prekršen član 14. u vezi sa članom 8. Konvencije;
3. Utvrđuje sa jedanaest glasova prema šest
 - (a) da tužena država isplati podnositeljki predstavke iznos od 10.000,00 eura (deset hiljada) u roku od tri mjeseca na ime naknade nematerijalne štete, te iznos od 14.528,00 eura (četrnaest hiljada petstotina dvadesetosam) na ime troškova i izdataka, uvećano za iznos poreza koji bi se mogao zaračunati;
 - (b) da po isteku gore navedena tri mjeseca, pa do isplate, obračuna i isplati kamatu na gore navedene iznose, po stopi jednakoj kamatnoj stopi Evropske Centralne Banke, uvećanu za tri procentna poena;
4. Odbija jednoglasno ostatak zahtjeva podnositeljke predstavke za pravičnu naknadu.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 22. januara 2008. godine.

Michael O'Boyle
Zamjenik Sekretara

Christos Rozakis
Predsjednik

Na osnovu člana 45. stav 2. Konvencije i Pravila 74. stav 2. Pravila Suda, ovoj presudi se prilažu sljedeća izdvojena mišljenja:

(a) suprotno mišljenje sudije Costa, kojem se pridružuju sudije Türmen, Ugrekhelidze and Jočienè;

(b) suprotno mišljenje sudije Zupančiča

(c) saglasno mišljenje sudija Lorenzen-a i Jebens-a;

(d) suprotno mišljenje sudije Loucaides-a;

(e) suprotno mišljenje sudije Mularoni.

C.L.R.

M.O'B.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE COSTA-E, KOME SE PRIDRUŽUJU SUDIJE TÜR-MEN, UGREKHELIDZE I JOČIENĚ

1. U ovakvom slučaju, od Velikog vijeća (kome je nadležnost ustupljena odlukom Vijeća na osnovu člana 30. Konvencije) se očekuje da donese vodeću presudu o "ozbiljnom pitanju" koje ima uticaja na interpretaciju Konvencije, u ovom slučaju člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

2. Do sada je Sud zauzeo principijelno shvatanje koje mislim da mogu prihvatiti, no nisam u potpunosti siguran da je u ovom specifičnom slučaju miješanje tužene države dokazano da je suprotno tom principijelnom shvatanju ili inkompatibilno sa odredbama Konvencije. Pokušaću da objasnim na šta mislim.

3. U vezi sa pitanjem principa, glavni način rezonovanja većine, uz posebno pozivanje na raniju odluku Suda u slučaju Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije (Reports 1999-IX), zasniva se na navodnoj diskriminaciji podnositeljke predstavke jer je njen zahtjev za izdavanje odobrenja za usvajanje djeteta navodno odbijen na osnovu njene homoseksualne orijentacije, a ona tu diskriminaciju smatra neopravdanom. U slučaju Fretté protiv Francuske (Reports 2002-I), koju ova presuda mijenja (što Veliko vijeće naravno može), većina članova Vijeća je smatralo da taj osnov nije suprotan članovima 14. i 8., ili, da budem precizniji, da su opravdani razlozi zbog kojih su francuske vlasti odbacile zahtjev homoseksualne podnositeljke predstavke za odobrenje usvajanja (u najboljem interesu djeteta koje bi se usvojilo). Nisam se priklonio takvim razlozima, premda sam glasao sa većinom u prilog utvrđenja da nema kršenja; to je bilo zato što smatram da nema mjesta primjeni članova Konvencije o kojima je riječ, jer ona ne garantuje pravo na usvajanje (međutim Vijeće se nije saglasilo s razlozima o ovoj okolnosti, usljed čega se ovim više neću baviti - *perseverare diabolicum*). U mojem saglasnom mišljenju kojem su se pridružile kolege sudije Jungwiert i Traja, istakao sam da (od 1966. godine) francuski Građanski zakonik dozvoljava samcu usvajanje i ni na koji način to ne zabranjuje homoseksualcu (ili, čime se dolazi do iste stvari, ne zahtijeva da podnosilac predstavke bude heteroseksualan). Zato sam mislio, i ne vidim razlog da sada mijenjam mišljenje, da bi odbijanje odobrenja za usvajanje, zasnovano na isključivo priznatoj ili utvrđenoj homoseksualnosti podnositeljke predstavke, bilo suprotno Građanskom zakoniku i Konvenciji. Jednako sam uvjeren da je jasna poruka koju naš Sud šalje državama članicama: ne može se spriječiti osoba koja nastoji usvojiti, samo na osnovu njegove ili njene homoseksualnosti. Možda ovo stanovište svi ne dijele, iz dobrih ili ne tako dobrih razloga, ali, ispravno ili pogrešno, naš Sud, čija je dužnost prema Konvenciji da je tumači i primjenjuje, smatra da se osobi više ne može odbiti odobrenje za usvajanje na osnovu homoseksualnosti, već da se roditeljska odgovornost oduzima po tom osnovu (Salgueiro da Silva Mouta). Saglasan sam.

4. Ako se, međutim, udaljimo od teoretske oblasti, i usredsredimo na specifični slučaj podnositeljke predstavke, koji je čak u presudi istaknut kao vodeći, dužnost je suda da to prvenstveno učini, ja se ne slažem. Spisi domaćeg upravnog i sudskog postupka, po mom mišljenju nesumnjivo pokazuju da je odobrenje odbijeno (i da je odbijanje bilo zakonito) iz dva razloga koji se mogu rezimirati kako slijedi. Prvo, nema muškog ili "očinskog" uzora u krugu porodice i prijatelja gđe E.B. Drugo, žena s kojom je ona u stabilnoj vezi, u vrijeme podnošenja zahtjeva, nije se osjetila vezanom za namjeru njene partnerke za usvajanje; iako je moguće da se tome stvarno nije protivila ili bila neprijateljski raspoložena, ali je sigurno bila ravnodušna.

5. Prema mom mišljenju, prvi od ovih osnova je nezakonit prema francuskom pravu, jer ako zakon dozvoljava samcu usvajanje, protivno je zakonu od te osobe da zahtijeva, bila ona muškarac ili žena, da u krugu porodice i prijatelja ima pripadnika suprotnog pola koji može biti "uzor" (da upotrijebim birokratsko - psihološki žargon). Od samca se ne može zahtijevati da vještački "stvari" dom u svrhu sposobnosti izvršavanja zakonom definisanog subjektivnog prava; da li samac mora biti samac samo prema nazivu, u ime mogućnosti usvajanja? Zapažam, međutim, da ma koliko nezakonit bio prvi osnov, ne treba ga miješati sa homofobnom diskriminacijom.

Bez obzira da li je gđa E.B. bila homoseksualna ili nije, Vijeće département-a bi joj ipak odbilo odobrenje, ili još uvijek može odbiti, na osnovu nepostojanja “uzora” drugog pola. Dakle, nije jasno da li je taj bizarni razlog utemeljen na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke ili to je samo za sebe dovoljno za zaključak većine, makar u smislu datih razloga.

6. U svakom slučaju, drugi osnov, za mene nije nerazuman ili neproporcionalan. Činjenica je da je gđa E.B. živjela sa drugom osobom. Bez obzira na pol ili seksualnu orijentaciju te osobe, utvrđeno je i dodatno, nije ozbiljno osporeno da ta osoba ne podržava namjeru usvajanja. U takvim okolnostima, da je odobrenje izdato i da su građanski sudovi potom gđi E.B. dozvolili usvajanje, nije za vjerovati da bi zahtjevi iz francuskog zakona (sa “porodične, odgojne i psihološke” perspektive, vidjeti stav 28. presude), u najboljem interesu djeteta, bili ispunjeni, i za Sud zasigurno nijesu, ukoliko se on ne smatra četvrtom instancom, da bi se drugačije odlučilo.

7. Prema tome, ovdje se javlja delikatan pravni problem. Da li je odlučan prvi osnov (za koji sam upravo naveo da nije diskriminatorni, makar kad je riječ o seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke)? Da li je dovoljan da “obesmisli” spornu upravnu odluku? Nije li realnije smatrati, obzirom na specifični zahtjev osobe u specifičnoj situaciji, da su vlasti bile ovlašćene da ocijene sve faktore te situacije? Kao što naš Sud nije sud četvrte instance, to nije ni kasacioni sud koji razmatra osnovanost izvjesnog osnova, a on nalazi da nije neophodno razmatrati drugi osnov i zadovoljava se valjanošću utvrđenja prvog osnova za ukidanje odluke i vraćanje slučaja. To je ono što je u suštini učinjeno presudom. U vezi s tim, moje mišljenje je blisko mišljenju kolegice sudije Mularoni, koja u svom suprotnom mišljenju kritikuje većinu u pogledu utvrđenja da je homoseksualnost gospođe E.B. bila odlučni osnov odbijanja odobrenja. Kao i ona, takvo utvrđenje u izvjesnoj mjeri smatram neutemeljenim.

8. Prema mom mišljenju, Veliko vijeće je moglo dostojanstveno utvrditi da se odbijanje takve vrste ne može zasnivati na homoseksualnosti i da se ne krše članovi 14. i 8., pa tako donijeti važnu vodeću presudu, jer za odbijanje zahtjeva gospođe E.B. u ovom slučaju razlog nije bila njena homoseksualnost koja joj je onemogućila dobijanje odobrenja. To bi, kako ja vidim, više odgovaralo realnosti slučaja, makar načinu na koji sam ga ja shvatio.

9. Zato, u ovom slučaju, ne mogu slijediti razloge većine, pa smatram da Francuska nije prekršila Konvenciju.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE ZUPANČIČA

Ključna okolnost je zamaskirana u izvjesnom smislu, ali ključno pitanje ovog slučaja je, diskriminacija, na osnovu seksualne orijentacije podnositeljke predstavke, u pogledu privilegije usvajanja djeteta. To što je to privilegija je odlučno za ispitivanje slučaja, a to znači, kao što je većina tako prepoznala, da se ne bavimo pravom podnositeljke predstavke u smislu člana 8.

Razlika između privilegije i prava je odlučujuća. Diskriminacija, u smislu nejednakog tretmana, je primjenjiva na situacije koje uključuju prava; neprimjenjiva je na situacije koje se u suštini tiču privilegija. To su situacije u kojima odobravanje vel non privilegije daje legitimitet tijelu koje odlučuje, u ovom slučaju upravnom tijelu, da iskoristi diskreciono pravo bez straha da će se povrijediti pravo osobe.

Najprostije rečeno, teoretski princip prema kojem je pravo slučaj postupka i prema kojem povreda tog prava zahtijeva pravni lijek, ne primjenjuje se na situacije u kojima se daje privilegija. Preuveličani primjer takve situacije bi bila privilegija dobijanja odlikovanja ili nagrade, ili druga situacija posebnog tretmana, rezervisana za one osobe koje to naročito zaslužuju.

Drugim riječima, bilo bi “bizarno” za svakoga da tvrdi da je mogao dobiti određenu nagradu, odlikovanje ili privilegiju.

Postoje, naravno i srednja rješenja, kao što je prijava za određeno radno mjesto za koje je osoba kandidat. Može se, na primjer, zamisliti situacija u kojoj podnosilac predstavke koji želi postati sudija ili notar, ili je bio kandidat za sličnu poziciju, ali je iz nekog razloga odbijen. Čak i

u takvoj situaciji, za Sud bi bilo neuobičajeno da podrži odbijanje pružanja privilegije kao nešto što je predmet diskriminatornih kriterijuma.

U ovom slučaju, prethodno pitanje od suštinskog značaja je utvrđenje da li je privilegija usvajanja djeteta slučaj diskriminatornih kriterijuma iz člana 14. Kako je gore naglašeno, većina nije naklonjena da privilegiju usvajanja djeteta smatra pravom.

Prema tome, nedosljedno je smatrati da ovdje postoji bilo kakva povreda sve dok Sud istrajava (opravdano!) na svojoj poziciji prema kojoj mogućnost usvajanja djeteta nedvosmisleno nije pravo i, u najboljem slučaju je privilegija. Potom je pitanje koju vrstu diskrecije upravno tijelo može izvršavati, kada donosi odluku o privilegiji usvajanja djeteta.

S druge strane, da li je moguće zamisliti da Komitet Nobelove nagrade bude optužen za diskriminaciju jer Nobelovu nagradu nikada nije dodijelio naučnicima određene rase ili nacionalnosti? Takvo bi utvrđenje, naravno, zahtijevalo statističku potvrdu. Statistički pokazatelji su preovlađujući u diskriminaciji u zapošljavanju i sličnim slučajevima. Drugim riječima, ukoliko bi u ovakvoj određenoj situaciji Evropski sud za ljudska prava utvrdio da francuske upravne vlasti sistematski diskriminiraju lezbejke koje žele da usvoje dijete, situacija bi bila mnogo jasnija.

No, mi se ovdje bavimo individualnim predmetom u kome se diskriminacija navodi jedino na osnovu jednog događaja. Kao što sam istakao, to ne dozvoljava Sudu da zaključi da u Francuskoj vlada opšti diskriminatorni stav protiv homoseksualaca koji žele da usvoje dijete. U ovom slučaju, pitanje sistematske diskriminacije nije istraženo, niti bi čak bilo moguće prihvatiti statistički dokaz u prilog navoda o diskriminaciji. Kada bi to bilo moguće, ishod slučaja bi bio sasvim drugačiji od onoga s kojim se sada suočavamo.

Da li je, prema tome, Sud dužan da ekstrapolira dosljedan način obrazlaganja od svoje početne pozicije, prema kojoj privilegija usvajanja u svakom slučaju djeteta nije pravo.

U istom smislu, posebno je pitanje da li je postupak, okončan negativnom odlukom za lezbejku, bio takav da ukazuje i čini vidljivom diskriminaciju. Ovo je pitanje razlikovanja na kojem se zasnivaju razlozi većine.

Pitanje koje se izdvaja od takvih razloga je da li postupak, čak i kada se daje privilegija, a ne pravo, može biti bez diskriminacije. Možda se u smislu pojmova upravnog prava, razlikovanje nalazi između odluke koja je legitimno u nadležnosti upravnih tijela i njihove legitimne diskrecije, s jedne strane, te odluke koja spada u polje arbitrarnog odlučivanja.

Odluka je arbitrarna kada se ne zasniva na razumnom osnovu (materijalno - pravni aspekt), te na razumnom odlučivanju (procesno - pravni aspekt), već se donosi na osnovu predrasude, u ovom slučaju predrasude prema homoseksualcima. U pravnoj teoriji je valjano razrađeno da se logika diskriminacije ne primjenjuje na privilegije, ali da se može primijeniti na postupak u kome je predmet davanje ili nedavanje privilegije.

Navodi se da je postupak u francuskom upravnom pravu bio diskriminatorni protiv te određene homoseksualne žene, no tada se postavlja pitanje da li je ipak takva vrsta diskriminatornog postupka saglasna sa legitimnom diskreциjom koju je primijenilo upravno tijelo.

Bojim se da je u većini slučajeva, upravo ovakva vrsta "kontaminacije" suštine od strane postupka u centru kontroverze. Ovdje se ne mogu na tome zadržavati⁷⁴, ali se pitanje može postaviti na sljedeći način. Ako davanje privilegija nije stvar prava, zar nije onda istina da je davalac privilegije ovlašćen, argumento a majori ad minus, ne samo na diskreциju, već i na diskriminaciju u smislu suštine i postupka? Kratki odgovor na ovo je da u javnoj sferi, suprotno od čisto privatne sfere nagrada, priznanja i slično, postoje izvjesne privilegije koje su podobne da postanu prava, kao što je usvajanje djeteta, biti u krugu kandidata za javnu funkciju, itd. Svakako, ukoliko je u taj proces privilegija potencijalnog "nastanka prava" uključena arbitrarnost, tada treba primijeniti predrasudu i lakomisenost logike diskriminacije.

74 Ovim sam se detaljno bavio u The Owl of Minerva, Essays on Human Rights, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, Poglavlje 14, strane 413-28. www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70854&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=219298

Ostalo je pitanje činjenica. Kao i sudija Loucaides, ne pridružujem se teoriji osmotske kontaminacije koju je većina podržala.

Postoji još jedno konačno razmatranje. Treća strana, čiji interesi apsolutno treba da prevagnu u ovakvom postupku, jeste dijete čiji se budući najbolji interesi štite. Kada se sukobe apsolutna prava djeteta, blijeđe sva druga prava i privilegije. Ako u pitanjima starateljstva podržavamo da je najbolji interes djeteta ono što treba da bude iznad svega, iznad prava bioloških roditelja, koliko više snage takva tvrdnja nosi u slučajevima kao što je ovaj, gdje je riječ o privilegiji potencijalnog roditelja - usvojioca?

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJA LORENZEN I JEBENS

S većinom smo glasali za utvrđenje kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije, pa se možemo u široj mjeri saglasiti sa razlozima presude koji vode tom zaključku.

Međutim, željeli bismo pojasniti naše glasanje, kako slijedi.

U ovom slučaju, odbijajući odobrenje usvajanja domaće vlasti su se pozvale na dva osnova koje su u žalbenom postupku francuski sudovi prihvatili kao legitimne: prvi, nepostojanje uzora oca u domaćinstvu podnositeljke predstavke i drugi, ravnodušan stav partnerke podnositeljke predstavke. Potpuno smo saglasni sa razlozima presude (stavovi 75.-78.) da je drugi osnov relevantni faktor koji se uzima u obzir kod odlučivanja o predstavki. Što se tiče prvog osnova, ne smatramo ga beznačajnim ili diskriminatornim samim po sebi, u slučajevima gdje je zahtjev za usvajanje podnio samac. Međutim, to je moguće ukoliko se upotrijebi u kombinaciji sa direktnim ili indirektnim pozivanjem na seksualnu orijentaciju podnosioca predstavke. U tom smislu, još jednom se saglašavamo sa većinom da bez obzira na nastojanje domaćih sudova da objasne šta se mislilo ili nije mislilo pozivom na "stil života" podnositeljke predstavke, nije moguće zaključiti da njena seksualna orijentacija nije bila od stvarnog značaja za taj osnov. Odbijanje odobrenja je prema tome bilo zasnovano na jednom zakonitom osnovu, dok je drugi, prema okolnostima slučaja, bio nezakonit, i time diskriminatoran prema Konvenciji.

Shodno tome, u ovom slučaju je utvrđeno kršenje Konvencije jer je odbijanje usvajanja bilo djelimično zasnovano na nezakonitim razlozima. To naravno ne znači da odobrenje ne bi moglo biti odbijeno iz osnova koji je u saglasnosti sa Konvencijom, na primjer ravnodušan stav njene partnerke, sam po sebi. Mišljenje je manjine da je odbijanje bilo opravdano po tom osnovu samostalno, a mi ne isključujemo tu mogućnost. Međutim prema našem mišljenju, a to je okolnost o kojoj se mi ne saglašavamo sa manjinom, nije na Sudu da sudi o tom pitanju, već isključivo na francuskim sudovima.

S obzirom na pretežno proceduralan karakter kršenja prava, smatrali bismo da utvrđenje kršenja prava ili manja novčana naknada predstavljaju dovoljnu pravičnu naknadu u pogledu bilo kakve nematerijalne štete koju trpi podnositeljka predstavke, ali nismo našli neophodnim da suprotno glasamo.

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE LOUCAIDES

Nijesam saglasan sa većinom u ovom slučaju. Smatram da je odluka domaćih vlasti da odbiju zahtjev podnositeljke predstavke za izdavanje odobrenja da usvoji dijete bila legitimna i unutar margine slobodne ocjene.

Odluka domaćih vlasti se zasniva na dva glavna osnova.

Prvi, "izostanak 'identifikacionih markera' zbog nepostojanja uzora oca" te drugi, "ambivalentnost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu". U vezi sa prvim osnovom, saglasan sam sa većinom da je on u nesaglasnosti sa pravom samca da zahtijeva odobrenje za usvajanje, što je pravo koje je priznato francuskim zakonima, pa da ga stoga treba odbaciti kao neprimjenjivo u ovom slučaju.

Drugi osnov je stav gđe R., partnerke podnositeljke predstavke, koja se bez obzira na činjenicu da je njena trajna i potvrđena partnerka, ne osjeća obaveznom prema zahtjevu podnositeljke predstavke za usvajanje. Taj osnov, sam po sebi, bi mogao opravdati odluku domaćih vlasti. Većina ovo nije suštinski osporila. Međutim, ono što većina nalazi nepravilnim je činjenica, kako navode, “nelegitimnost jednog od osnova ima za posljedicu nevaljanost odluke.”

Lično, ne prihvatam takvu teoriju kontaminacije, teoriju koja je prikladnija medicinskoj nauci, iz prostog razloga što svaki od osnova koji je doveo do odluke je zaseban i autonoman i njegova efektivnost ne zavisi, niti je vezana za drugi.

Prvo, ukoliko su domaće vlasti smatrale da oba osnova treba zajedno primijeniti, trebalo je da to i navedu. Drugo, ukoliko je - kao što je većina utvrdila - seksualna orijentacija podnositeljke predstavke, navodno izričito navedena u razlozima jednog od osnova, bila stvarni osnov odbijanja odobrenja, ne vidim zašto su vlasti morale navoditi drugi osnov.

S obzirom da razmatramo odluke francuskih upravnih vlasti, mogao bih dodati i to da je osnovni princip francuskog upravnog prava to da ako se odluka zasniva na više osnova, dovoljno je da je jedan od njih zakonit da bi odluka bila pravno valjana.

U svakom slučaju nalazim da su razlozi domaćih vlasti u cjelini bili u saglasnosti sa Konvencijom.

Organi vlasti se nijesu pozivali na seksualnu orijentaciju podnositeljke predstavke kao razlog odbijanja. No, suprotno mom stanovištu, većina nalazi da je “poziv na homoseksualnost podnositeljke predstavke bio ako ne eksplicitan, onda implicitan”, te da “je utvrđen uticaj priznate homoseksualnosti podnositeljke predstavke na ocjenu zahtjeva i ...bio je odlučujući faktor za odluku o odbijanju odobrenja za usvajanje”. Čitajući presudu većine, čini mi se da postoji konstatni napor interpretacije odluka domaćih organa vlasti kao da su zasnovane na seksualnoj orijentaciji podnositeljke predstavke, iako ništa u tom smislu nije rečeno, a vlasti su u više navrata učinile jasnim da odbijanje odobrenja nije zasnovano na “poziciji stava o njenom izboru stila života” ili “u kontekstu seksualne orijentacije podnositeljke predstavke”.

Bilo to tako, čak i ako je seksualna orijentacija podnositeljke predstavke bila faktor odbijanja odobrenja za usvajanje, smatram da se za to odbijanje ne može reći da je suprotno članu 8. u vezi sa članom 14. Konvencije, kada se vodi računa o svim relevantnim okolnostima, značenju i efektima tog faktora u vezi sa pitanjem o kome se moralo odlučiti.

Tačno je da član 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju u izvršavanju prava propisanih Konvencijom po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, udruživanje sa nacionalnim manjinama, imovina, rođenje ili drugi status. Svakako, seksualna orijentacija je različita od pola, no čak uz pretpostavku da je ona sadržana u konceptu pojma “statusa” (za šta smatram da nije ispravno), moram ovo pojasniti, jer je prema mom mišljenju neophodno za svrhu ovog slučaja. Moguće su situacije gdje je neophodan drugačiji tretman po osnovu pola, vjere itd. ili drugog statusa, ukoliko su posljedice određenog statusa od uticaja na pitanja o kome se raspravlja. Primjera radi, vjersko opredjeljenje osobe može otvarati pitanja izražavanja ili radnji čiji su efekti suprotni interesima djeteta te osobe, što je činjenica koja se zakonito može uzeti u obzir kada je riječ o dobrobiti djeteta. Tipični primjer ovoga je je skorašnji slučaj Ismailova protiv Rusije, presuda Prvog Odjeljenja donijeta dana 29. novembra 2007. godine. U tom slučaju, podnositeljka predstavke se žalila da su odluke domaćih sudova o davanju starateljstva ocu nad njeno dvoje djece u suprotnosti sa članom 8. u vezi sa članom 14. Konvencije, jer su zasnovane na diskriminaciji zbog njene vjere. Odbacujući predstavku, Sud se pozvao na izvjesne incidente koji su nastali usljed vjerskih obreda podnositeljke predstavke u vezi sa njenom pripadnošću izvjesnoj vjerskoj organizaciji, te koji su imali negativni uticaj na djecu. Sud je naveo sljedeće:

“Razlozi koje su dali domaći sudovi pokazuju da su se usredsredili jedino na interese djece. Sudovi se nijesu pozivali na pripadnost njihove majke Jehovininim svjedocima, već na vršenje vjerskih obreda podnositeljke predstavke, u koje je ona uključivala djecu, ne uspijevajući da ih

zaštiti. Prema shvatanju domaćih sudova, to je vodilo ka socijalnim i psihološkim posljedicama po djecu. Sudovi su smatrali da bi to imalo negativni uticaj na podizanje djece.... Usljed takvih okolnosti, Sud ne može a da ne zaključi da postoji razumni odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja kojem se težilo..”

Slično u ovom slučaju, odlučujući šta je od najboljeg interesa za dijete koje treba usvojiti, nalazim da domaće vlasti mogu zakonito uzeti u obzir seksualnu orijentaciju i stil života podnositeljke predstavke kako su činjenično prikazani, tj. činjenicu da podnositeljka predstavke živi u zajednici sa istopolnim partnerom. Mogu dodati da – na podlozi pristupa većine, koja se bavi sa dva osnova, koje su vlasti dale kao jedan – partnerka čak nije ni zainteresovana da bude učesnik u namjeri usvajanja.

Uvjeren sam da se erotski odnos sa neminovnim manifestacijama i ponašanjem para jednog prema drugom u domu, može legitimno smatrati negativnim faktorom u okruženju u kojem se očekuje da dijete živi. Zaista, usljed takvih okolnosti, postojao je realni rizik iskrivljenja modela i slike porodice u kojem kontekstu bi dijete živjelo i razvijalo svoju ličnost. Takva situacija se suštinski razlikuje od one u kojoj homoseksualni podnosilac predstavke ne živi sa svojim partnerom kom. U ovom drugom slučaju, ja bih lično ovoj materiji najvjerovatnije pristupio na drugačiji način.

Čvrsto sam uvjeren da niko se ne može pozivati na svoju vjeru, pol ili bilo koji drugi status da bi računao na zabranu diskriminacije kao osnov izuzeća od diskvalifikacije u pogledu određene aktivnosti u smislu negativnih posljedica koje takav status može imati u vezi sa nekom određenom stvari.

Homoseksualci, kao i bilo ko drugi, imaju pravo biti “svoji” i ne biti meta diskriminacije ili nekog drugog negativnog tretmana zbog njihove seksualne orijentacije. Međutim, kao i svaka druga osoba sa izvjesnim neobičnostima, moraju prihvatiti da se ne mogu kvalifikovati za izvjesne aktivnosti, koje su po prirodi stvari i usljed određenih okolnosti nespojive sa njihovim stilom života i neobičnošću.

Stoga, postupajući po pretpostavci koju je većina prihvatila da je seksualna orijentacija podnositeljke predstavke jedan od razloga koji su imali uticaj na cjelokupnu odluku o odbijanju odobrenja, nalazim da u kontekstu posebnih činjenica i okolnosti slučaja, legitimitet odbijanja ovog slučaja ni u kom slučaju nije osporiv. Vjerujem da je postojao razuman odnos proporcionalnosti i upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja kojem se težilo.

Konačno i uzgred moram registrovatii da ova presuda preinačava presudu Fretté protiv Francuske (broj 36515/97). Napori da se ovaj slučaj izdvoji od slučaja Fretté su prema mojem mišljenju bezuspješni i bespotrebni zato što je u oba slučaja centralno pitanje isto, prema načinu pristupa većine.

Stoga, smatram da u ovom slučaju nema kršenja (Konvencije).

SUPROTNO MIŠLJENJE SUDIJE MULARONI

Ne dijelim mišljenje većine u ovom slučaju.

U pogledu Prohvatljivosti:

U pogledu prihvatljivosti predstavke, smatram da je važno direktno naglasiti da predstavku smatram prihvatljivom, ali iz razloga drugačijih od razloga koje su dale moje kolege.

U stavu 43. presude Sud ponavlja da je pojam privatnog života, koji obuhvata mnoga prava i mogućnosti, veoma širok. Veoma je napredovalo tumačenje člana 8. Nedavno, u dvije predstavke koje se tiču tehnika vještačke oplodnje, Sud je izričito naveo da ta odredba štiti pravo na poštovanje “odluke” imati ili nemati djecu (vidjeti slučaj Evans protiv UK [GC], broj 6339/05, stav 71., ECHR 2007-..., i slučaj Dickson protiv UK [GC], broj 44362/04, stav 66., ECHR 2007...).

Zaista, oba se slučaja tiču odluke imati “biološko” dijete. Međutim, ne mogu zaboraviti da je vjekovima usvajanje, veoma stara procedura poznata u skoro svim zemljama svijeta, bila jedino sredstvo kojim parovi bez svoje djece, mogu zasnovati porodicu sa djetetom. Iako je nesporno

da član 8. ne garantuje pravo na formiranje porodice, takvo pravo je međutim, garantovano članom 12. Konvencije. Dok "pravo" na usvajanje ne postoji, u svjetlu naše prakse koja s godinama donosi sve više i više prava i mogućnosti u okviru člana 8., smatram da je došlo vrijeme da Sud prihvati da mogućnost podnošenja zahtjeva za usvajanje djeteta prema domaćem zakonu spada u domen člana 8. Stoga bi član 14. bio primjenjiv.

Moj bi pristup stoga bio prestati proglašavati neprihvatljivima *ratione materiae* u smislu odredbi Konvencije one predstavke koje su podnijele osobe kojima domaći zakon dozvoljava da podnesu zahtjev za odobrenje usvajanja djeteta. Prema mom mišljenju, sve podnosiocje predstavke koji su u istoj ličnoj situaciji, bilo da ne mogu ili da im je ekstremno teško da začnu, treba Konvencijom zaštititi na isti način, u pogledu njihove legitimne želje da postanu roditelji, bez obzira da li su odlučili da se podvrgnu tehnikama vještačke oplodnje ili nastoje usvojiti dijete saglasno odredbama domaćeg zakona. Ne vidim nikakve jake argumente u prilog različitog postupanja.

Uz svo poštovanje prema mojim kolegama, iz razloga koje dalje navodim, pravne razloge u prilog utvrđenja da je predstavka prihvatljiva smatram prilično slabim; njima se ponavljaju razlozi već iznijeti u slučaju *Fretté* (presuda od 26. februara 2002. godine, broj 36515/97, stavovi od 30. do 33.).

Kako je to pravilno naglašeno u stavu 47. presude, da bi član 14. bio primjenjiv, činjenice slučaja moraju biti u domenu makar nekog od članova Konvencije, a ovdje to je član 8. Ukoliko Sud nije spreman da izmijeni staru praksu koju i danas primjenjuje, a prema kojoj sve faze prije sudskog odobrenja usvajanja prema domaćem zakonu, spadaju izvan nadležnosti Suda (o tome vidjeti, između ostalih izvora, *Pini i Ostali protiv Rumunije*, brojevi 78028/01 i 78030/01, stavovi 140.-42., ECHR-2004, i *Wagner i J.M.W.L. protiv Luksemburga*, presuda od 28. juna 2007. godine, broj 76240/01, stavovi 121.-22.), teško mi je razumjeti kako se može suprotno zaključiti da pravo zahtijevanja odobrenja za usvajanje "nesumnjivo" spada u domen člana 8. Konvencije (vidjeti stav 49. presude).

Prema mojem viđenju, ne treba da postavljamo, i da ne damo odgovor, na pogrešno pitanje, tj. da li "pravo" na usvajanje treba ili ne treba da spada u domen člana 8. Konvencije samostalno (vidjeti stav 46. presude). Domaće pravo kao ni međunarodni mehanizmi ne priznaju pravo na usvajanje, niti su to stranke osporavale. S druge strane, treba da utvrdimo, a to moramo jasno učiniti, da li domaćim zakonom data mogućnost usvajanja djeteta spada ili ne spada u domen člana 8. Konvencije. Ukoliko je odgovor negativan, nerazumljiv mi je zaključak, kako sam gore navela, da pravo na zahtijevanje odobrenja "nesumnjivo" spada u domen člana 8. a da je pritom, član 14. u vezi sa članom 8., primjenjiv. Iskreno, takav zaključak mi djeluje nelogično.

Dodala bih da je pristup primijenjen u presudi *Fretté* imao praktični efekt za prethodnu fazu postupka usvajanja djeteta, prihvatanjem predstavki kao prihvatljivih, koje su podnosili homoseksualci prema članu 14. u vezi sa članom 8., dok one predstavke koje su podnosili heteroseksualci, pozivom na član 8. samostalno, su odbacivane kao neprihvatljive *ratione materiae* sa odredbama Konvencije.

Zaista, zadnjih godina Sud je napredovao u interpretaciji člana 14. Međutim, smatram da interpretacija koja vodi utvrđenju primjenjivosti a koja generiše diskriminaciju a *contrario* u postupanju po predstavkama, ne odgovara duhu i rječniku člana 14.

U pogledu kršenja prava:

U vezi sa meritumom slučaja, ne dijelim razloge, niti zaključke većine.

Sud zapaža da su domaći upravni organi i sudovi, koji su odlučivali u slučaju, zasnovali svoje odluke o odbijanju zahtjeva podnositeljke predstavke na dva glavna osnova: nepostojanje uzora oca i ambivalentnost opredjeljenja svih članova domaćinstva prema usvojenom djetetu.

U pogledu prvog osnova, koji se zasniva na nepostojanje uzora oca u domaćinstvu podnositeljke predstavke, priznajem da imam ozbiljnih sumnji u kompatibilnost sa članom 14. Konvencije. Ovaj se slučaj odnosi na zahtjev za odobrenje usvajanja, koju je podnio samac, a ne par.

Prema mom mišljenju, odluka da li samcu odobriti mogućnost usvajanja je na margini slobodne procjene države; ako se ta mogućnost odobri, tada zahtijevati od samca da uspostavi uzor drugog pola u njegovom ili njenom neposrednom krugu porodice ili prijatelja, nosi rizik nastanka neefektivnosti prava samca da traži odobrenje.

Međutim, smatram da drugi osnov na kome su domaći organi zasnovali svoje odluke, a koje se temelje na stavu partnerke podnositeljke predstavke, zahtijeva drugačiji pristup. Gospođa R., iako potvrđena i stalna partnerka podnositeljke predstavke i koja s njom živi u zajednici, jasno se distancirala od zahtjeva za izdavanje odobrenja za usvajanje. Vlasti, koje se neprestano pozivaju na ovu okolnost, direktno i davanjem razloga, zaključile su da podnositeljka predstavke nije dala potrebne garancije za usvajanje djeteta.

Član 4. Uredbe broj 98-771 od 1. septembra 1998. godine, nalaže predsjedniku vijeća relevantnog *département*-a da se uvjeri u postojanje uslova u kojima podnosilac predstavke predlaže pružanje doma, ispunjavaju potrebe djeteta za porodicom, odgoj i psihološku perspektivu. Značaj ovih mjera – u čije postojanje se vlasti moraju uvjeriti prije izdavanja odobrenja za usvajanje djeteta, se takođe može vidjeti u relevantnim međunarodnim instrumentima, i to u Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima djeteta od 20. novembra 1989. godine, Hačkoj Konvenciji, od 29. maja 1993. godine ili u nacrtu Evropske Konvencije o usvajanju djece (vidjeti stavove od 28. do 31. presude).

Dodatno, u domaćem zakonodavstvu i u svim međunarodnim mehanizmima najvažniji je interes djeteta (ibid.), kako to naš Sud uvijek prihvata i naglašava u svim slučajevima koji se tiču malodobnika. Kao i Državni savjet smatram da se tamo gdje samac koji hoće usvojiti dijete nalazi u stabilnoj vezi sa drugom osobom, od koje se neminovno traži da doprinese pružanju odgovarajućeg doma djetetu, upravne vlasti su ovlašćene i dužne da osiguraju, čak i ako predmetna veza nije pravno obavezujuća, da ponašanje ili ličnost treće osobe, posmatrano na osnovu objektivnih kriterijuma, bude pogodna u smislu pružanja odgovarajućeg doma. Na vlastima je obaveza obezbjeđenja uslovi u kojima se djetetu obezbjeđuje dom, koje je u prošlosti vrlo često iskusilo velike patnje i teškoće, idu u najvećoj mogućoj mjeri u prilog djeteta.

Stoga smatram da je drugi osnov, sam za sebe, dovoljan i relevantan razlog odbijanja odobrenja za usvajanje. Otuda ne pristajem na teoriju “kontaminacije” koju je većima promovisala u stavu 80. presude, i dalje. U tom smislu dijelim mišljenje sudije Loucaidesa. Radije ću se prikloniti pravu pravnih sistema koje dobro poznajem, prema kojima, ako se odluka zasniva na više osnova, za jedan od njih je dovoljno da bude valjan pa da i odluka u cjelini bude valjana.

Dodala bih da smatram većinsko tumačenje zaključaka domaćih sudova neopravdanim: iako domaći sudovi konstantno potvrđuju da homoseksualnost podnositeljke predstavke nije bio osnov odbijanja odobrenja, većina smatra da je poziv na njenu homoseksualnost bio ako ne direktan, onda makar indirektan, i da je utvrđen uticaj tog shvatanja na ocjenu njenog zahtjeva kao i da je bio odlučujući faktor (vidjeti stav 89. presude).

Dodatno, podnositeljka predstavke je ta koja se izjasnila kao homoseksualac, obzirom da je u vrijeme postupanja po njenom zahtjevu bila u stabilnoj homoseksualnoj vezi. Ne nalazim ništa diskriminatorno u pozivanju nacionalnih vlasti na potvrđenu homoseksualnost podnositeljke predstavke i njenu vezu. Zar ne bi bilo značajno pozvati se na ličnost heteroseksualnog partnera koji sa mogućim usvojioцем živi u stabilnoj zajednici, te na njegov ili njen stav po pitanju namjere usvajanja? Ne nalazim nijedan valjan razlog za stav da vlasti ne bi trebalo da se pozivaju na ove faktore, pa ni u najmanjoj mjeri. Dijete dolazi u domaćinstvo koje čine dvije osobe: stoga, vlasti moraju uzeti u obzir ličnost i stav te dvije osobe.

Ne razumijem ni na kojoj osnovi se može zaključiti da je uticaj homoseksualnosti podnositeljke predstavke bio odlučujući faktor, budući da su suprotno slučaju Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugalije, domaće vlasti uvijek naglašavale da seksualna orijentacija podnositeljke predstavke nije osnov odbijanja zahtjeva za odobrenje usvajanja.

Iz svih gore iznijetih razloga, smatram da nema kršenja člana 14. u vezi sa članom 8. Konvencije.

SLUČAJ ALEKSEJEV PROTIV RUSIJE

(Predstavke br. 4916/07, 25924/08 i 14599/09)

PRESUDA

Strasbourg, 21. oktobra 2010. godine

U slučaju **Nikolaj Aleksandrovič Aleksejev** protiv Rusije, Evropski sud za ljudska prava, Prvo odjeljenje, zasijedajući u Vijeću u sastavu: C. Rozakis, predsjednik, N. Vajić, A. Kovler, E. Steiner, K. Hajiyev, D. Spielmann, S.E. Jebens, (sudije), i A. Wampach, zamjenik sekretara odjeljenja, nakon vijećanja, zatvorenog za javnost, dana 30. septembra 2010. godine, izriče sljedeću presudu:

POSTUPAK

1. Ovaj slučaj je formiran na osnovu tri predstavke (br. 4916/07, 25924/08 i 14599/09) koje je 29. januara 2007, 14. februara 2008. i 10. marta 2009. godine, protiv Ruske Federacije, Sudu podnio ruski državljanin Nikolaj Aleksandrovič Aleksejev (u daljem tekstu: podnosilac predstavke) shodno članu 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija).

2. Podnosioca predstavke je zastupao D.G. Bartenjev, advokat iz Sankt Peterburga. Rusku državu (u daljem tekstu: Država) je predstavljao G. Matjuškin, zastupnik Ruske Federacije pred Evropskim sudom za ljudska prava.

3. Podnosilac predstavke je tvrdio da je prekršeno njegovo pravo na mirno okupljanje jer su zabranjivani javni skupovi koje je organizovao 2006, 2007 i 2008. godine. Takođe se žalio da nije imao na raspolaganju djelotvoran lijek za navodnu povredu prava na slobodu okupljanja i da su se moskovske vlasti diskriminatorno odnosile prema njegovim prijavama skupova.

4. Sud je 17. septembra 2009. odlučio da Državu obavijesti o predstavkama. Takođe je odlučio da spoji predstavke i da istovremeno razmatra njihovu prihvatljivost i meritum.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

5. Podnosilac predstavke je rođen 1977. godine i živi u Moskvi. On je aktivista koji se bori za gej prava.

A. Marš ponosa i protesti od 27. maja 2006. godine

6. Podnosilac predstavke je 2006. godine, zajedno sa drugim osobama, organizovao marš kako bi privukao pažnju javnosti na diskriminaciju gej i lezbejske manjine u Rusiji, promovisao poštovanje ljudskih prava i sloboda i pozvao ruske vlasti, i širu javnost, na toleranciju prema ovoj manjini. Marš je te godine nazvan „Marš ponosa“ a narednih godina „Parada ponosa“, po uzoru na slična okupljanja koja homoseksualne zajednice organizuju u velikim gradovima širom svijeta. Marš je bio zakazan za 27. maj 2006, kako bi istovremeno obilježio godišnjicu ukidanja krivične odgovornosti za homoseksualna djela u Rusiji.

7. Novinska agencija „Interfaks“ je 16. februara 2006. objavila saopštenje g. Coja, sekretara za štampu gradonačelnika Moskve, u kojem je kazano da „moskovske vlasti čak ni ne razmatraju

davanje dozvole za održavanje gej parade”. “Interfaks” je zatim citirala g. Coja, koji je izjavio: „Gradonačelnik Moskve, g. Luškov, je odlučno izjavio: vlasti prijestonice neće dozvoliti održavanje gej parade u bilo kom obliku, bilo otvorene ili prikrivene (u obliku demonstracija za ljudska prava) a svaki pokušaj održavanja neodobrenog skupa biće odlučno suzbijen”.

8. Agencija “Interfaks” je, 22. februara 2006. godine, citirala gradonačelnika Moskve koji je, drugim povodom, izjavio da bi zabranio održavanje gej parade u Moskvi kada bi dobio prijavu jer ne želi da “uznemirava društvo, koje je nastrojeno protiv takvih pojava u životu” i dodao da on lično smatra da je homoseksualizam “neprirodan“, premda “pokušava da se prema svemu što se dešava u ljudskom društvu odnosi sa tolerancijom”.

9. Prva zamjenica gradonačelnika Moskve je dana 17. marta 2006. godine poslala dopis gradonačelniku o predstojećoj kampanji za održavanje gej parade u Moskvi u maju te godine. Smatrala je da bi dozvoljavanje ovog skupa bilo suprotno zdravlju i moralu, kao i volji brojnih osoba i organizacija koji su u peticijama protestovali protiv ideje o promovisanju homoseksualizma. Ukazala je na to da Federalni zakon o okupljanju, mitinzima, demonstracijama, marševima i protestima (u daljem tekstu: Zakon o okupljanju) ne omogućava zabranu skupa i izjavila da bi vlasti mogle da predlože promjenu mjesta ili vremena njegovog održavanja ili da ga prekinu ako postoji realna opasnost da njime bude ugrožena javna bezbjednost. Zamolila je gradonačelnika da odobri izradu djelotvornog akcionog plana radi spriječavanja svakog djelovanja – javnog ili bilo kog drugog – usmjerenog na promovisanje ili održavanje gej parade ili manifestacije.

10. Gradonačelnik Moskve je 24. marta 2006. godine naložio svojoj prvoj zamjenici, petorici službenika iz svog kabineta i svim moskovskim prefektima “da preduzmu djelotvorne mjere radi spriječavanja i nedozvoljavanja svih javnih ili masovnih pro - gej akcija u Glavnom gradu“. Pozvao ih je da predlože aktivnosti utemeljene na zakonodavnom i normativnom okviru i zahtijevao da pokrenu “aktivnu kampanju u medijima, pošalju propagandne poruke i iskoriste peticije koje su podnijeli pojedinci i vjerske organizacije”.

11. Organizatori su 15. maja 2006. godine gradonačelniku Moskve podnijeli prijavu sa datumom, vremenom i maršrutom planiranog marša. Trebalo je da se održi u intervalu 15-17 sati dana 27. maja 2006. godine a organizatori su procjenjivali da će se oko 2.000 učesnika prošetati od moskovske Pošte niz ulicu Mjasnjickaja do Trga Lubjanka. Organizatori su se obavezali da će sarađivati sa organima javnog reda i mira kako bi obezbijedili sigurnost i poštovanje javnog reda i mira od strane učesnika i poštovanje propisa o ograničavanju nivoa buke prilikom upotrebe zvučnika i razglasne opreme.

12. Odjeljenje za vezu sa organima javnog reda i mira administracije Moskve je 18. maja 2006. godine obavijestilo podnosioca predstavke o rješenju gradonačelnika da ne odobri održavanje marša u interesu očuvanja javnog reda i mira, spriječavanja nereda i zaštite zdravlja, morala i prava i sloboda drugih ljudi. Ono je, konkretno, navelo da su predstavnici brojnih zakonodavnih i izvršnih državnih organa, vjerskih organizacija, kozačkih starješina i ostali podnijeli peticije protiv održavanja marša, zbog čega je postojala vjerovatnoća da će marš izazvati negativne reakcije i proteste protiv učesnika, koji bi mogli da prerastu u građanske nemire i masovne neredne.

13. Organizatori su po prijemu gore navedenog odgovora, podnijeli prijavu za održavanje drugog skupa istog dana i u isto vrijeme kad je trebalo da se održi zabranjeni marš. Obavijestili su prefekta o svojoj namjeri da organizuju protest u parku na Trgu Lubjanka.

14. Podnosilac predstavke je 19. maja 2006. godine pred sudom osporavao rješenje gradonačelnika od 18. maja 2006. godine da ne odobri održavanje marša.

15. Zamjenik prefekta moskovskog Centralnog upravnog okruga je odbio da dozvoli održavanje protesta po istom osnovu po kojem je zabranjeno održavanje marša.

16. Agencija “Interfaks” je 26. maja 2006. godine citirala gradonačelnika Moskve koji je u intervjuu radio stanici “Ruski radio” rekao da neće biti dozvoljeno održavanje nikakve gej parade u Moskvi pod bilo kojim uslovima “dok god je on gradonačelnik tog grada“. Izjavio je da su sve tri “velike“ vjere – „Crkva, Džamija i Sinagoga“ – protiv parade i da je ona apsolutno neprihvatljiva

u Moskvi i u Rusiji, za razliku "od nekih zapadnih zemalja koje su u tom pogledu naprednije". Zatim je izjavio: "Tako moral funkcioniše. Ako neko odstupa od normalnih načela (u skladu s kojima) je organizovan seksualni i polni život, to ne treba da prikazuje u javnosti i ne treba pozivati nikoga ko je možda nestabilan". Izjavio je da 99,9% stanovništva Moskve podržava zabranu.

17. Tverski okružni sud u Moskvi je istog dana odbacio žalbu podnosioca predstavke. Pozvao se na odredbe Zakona o okupljanju u pogledu vlasti odgovornih za obezbjeđenje sigurnosti skupova (članove 12. i 14.), koje su ovlašćene da predlože promjenu vremena ili mjesta ili i vremena i mjesta održavanja prijavljenog skupa iz bezbjednosnih razloga (član 12.). Takođe je primijetio da se javni skup može održavati na svakom odgovarajućem mjestu izuzev ako postoji opasnost da će to prouzrokovati rušenje zgrada ili objekata ili dovesti u opasnost sigurnost učesnika (član 8.). Zatim je ukazao na pravo organizatora da održe skup na mjestu i u vrijeme koji su naznačeni u prijavi vlastima ili na mjestu i u vrijeme koji su dogovoreni sa vlastima ako su one predložile izmjenu i naveo da se održavanje skupa zabranjuje ako prijava nije podnijeta blagovremeno ili ako se organizatori nijesu složili s promjenom mjesta ili vremena koju su predložile vlasti (član 5.). Sud je na kraju primijetio da je organizatorima, osobama koja obavljaju službenu dužnost i drugima zabranjeno da se miješaju u izražavanje mišljenja učesnika u javnom skupu osim ako ovi krše javni red i mir ili se ne pridržavaju propisa o održavanju skupa (član 18.). Na osnovu ovih odredbi je zaključio da vlasti mogu da zabrane javni skup iz bezbjednosnih razloga i da je na organizatorima da vlastima podnesu na razmatranje prijavu u kojoj predlažu promjenu mjesta ili vremena. Smatrao je da je zabrana održavanja skupa u ovom slučaju legitimna a da pravo podnosioca predstavke, na održavanje skupova i drugih vrsta javnog okupljanja, nije povrijeđeno.

18. Podnosilac predstavke je podnio žalbu na odluku suda i pozvao se na član 12. Zakona o okupljanju, u kojem je propisana obaveza vlasti, a ne organizatora, da podnesu obrazloženi prijedlog o promjeni mjesta ili vremena skupa koji su naznačeni u prijavi. Takođe je osporio zaključak da je zabrana opravdana iz bezbjednosnih razloga i tvrdio da bi interesi bezbjednosti bili zadovoljeni pružanjem zaštite učesnicima skupa.

19. Podnosilac predstavke i još nekoliko osoba su 27. maja 2006. godine učestvovali na konferenciji kojom je obilježen Međunarodni dan protiv homofobije, na kojoj su predstavili svoju namjeru da se okupe u Aleksandrovskom vrtu i polože cvijeće na memorijalnom ratnom spomeniku, Grobu neznanog junaka, kako bi, po njihovim riječima, odali poštu žrtvama fašizma, uključujući gej i lezbejske žrtve, kao i da održe petnaestominutni protest protiv zabrane marša i protesta ispred kabineta moskovskog gradonačelnika.

20. Podnosilac predstavke i petnaestak drugih ljudi su kasnije tog dana došli do Aleksandrovskega vrta čije su kapije bile zatvorene, dok je policija patrolirala pred ulazom. Prema tvrdnjama podnosioca predstavke, bilo je oko 150 policajaca iz specijalnog odreda za posebne namjene (OMON) i oko stotinu ljudi koji su protestovali protiv akcije polaganja cvijeća koju je planirao podnosilac predstavke sa svojim pristalicama.

21. Podnosilac predstavke je uhapšen i priveden u policijsku stanicu gde je optužen za prekršaj zbog kršenja uslova održavanja demonstracije.

22. Ostali učesnici u akciji polaganja cvijeća su u međuvremenu nastavili da se kreću ka kabinetu moskovskog gradonačelnika; slijedili su ih i napadali demonstranti. Navodno je nekoliko osoba zadobilo lakše povrede. Prema navodima podnosioca predstavke, OMON je uhapsio oko sto ljudi koji su napadali učesnike skupa.

23. Podnosilac predstavke je priložio dva izvještaja nevladinih organizacija o događajima 27. maja 2006. godine - i to "International Lesbian and Gay Association" i "Human Rights Watch" - koji su potvrdili verziju događaja koju je iznio podnosilac predstavke.

24. Agencija "Interfaks" je 31. maja 2006. godine citirala gradonačelnika Moskve koji je u jednom TV intervjuu izjavio sljedeće: "Ovi homoseksualci koji pokušavaju da polože cvijeće na Spomenik neznanom junaku ... to je provokacija. To je skrnavljenje svetog mjesta" i ponovo osudio ovaj čin u ime najšire javnosti.

25. Podnosilac predstavke je 16. juna 2006. godine pred sudom osporavao rješenje prefekta od 23. maja 2006. godine da ne dozvoli održavanje protesta. Taganski okružni sud u Moskvi je 22. avgusta odbacio žalbu na rješenje, zaključivši da je zabrana bila opravdana iz razloga bezbjednosti. Podnosilac predstavke se žalio na odluku suda.

26. Moskovski gradski sud je 19. septembra 2006. godine razmatrao žalbu na presudu od 26. maja 2006. godine. Potvrdio je prvostepenu presudu kao zakonitu i opravdanu u datim okolnostima.

27. Moskovski gradski sud je 28. novembra 2006. godine razmatrao žalbu na presudu od 22. avgusta 2006. godine i odbacio je u suštini po istim osnovama.

B. Marš ponosa i protesti od 27. maja 2007. godine

28. Podnosilac predstavke je, zajedno sa drugim osobama, 2007. godine, odlučio da organizuje marš sličan onom koji je pokušao da organizuje 2006. godine.

29. Organizatori su 15. maja 2007. godine podnijeli prijavu gradonačelniku Moskve i u njoj naveli datum, vrijeme i maršrutu planiranog marša i njegov cilj, koji su bili identični onima naznačenim u prijavi marša prethodne godine, osim što su procijenili da će u maršu učestvovati 5.100 ljudi.

30. Odjeljenje za vezu sa organima javnog reda i mira moskovske administracije je 16. maja 2007. godine obavijestilo podnosioca predstavke da nije data dozvola za održavanje marša zbog mogućnosti da će on dovesti do remećenja javnog reda i mira i nasilja protiv učesnika, pri čemu je pomenulo događaje od prethodne godine. Organizatori su upozoreni da će snositi odgovornost ako skup održe bez dozvole.

31. Nakon što su primili gore navedeni odgovor, organizatori su prijavili održavanje drugih skupova istog dana i u isto vrijeme kad i marš za koji nijesu dobili dozvolu. Obavijestili su prefekta moskovskog Centralnog upravnog suda o svojoj namjeri da održe protest ispred kabineta moskovskog gradonačelnika na Tverskom trgu i još jedan protest u Novopuškinskom parku.

32. Organizatori su 23. maja 2007. godine obaviješteni da je prefekt odbio da dozvoli održavanje protesta na oba mjesta radi očuvanja javnog reda i mira, rješenja nereda i zaštite zdravlja, morala i prava i sloboda drugih ljudi. Upozoreni su da će snositi odgovornost za održavanje bilo kakvog nedozvoljenog protesta.

33. Podnosilac predstavke i nekoliko drugih osoba su 26. maja 2007. godine saopštili na godišnjoj konferenciji pod nazivom "LGBT prava su ljudska prava" da će se sljedećeg dana okupiti ispred kabineta moskovskog gradonačelnika kako bi zajedno podnijeli peticiju protiv zabrane marša i protesta.

34. Policija je 27. maja 2007. godine zaustavila podnosioca predstavke i oko dvadeset drugih osoba dok su pokušavali da dođu do kabineta gradonačelnika. Podnosilac predstavke i još dva muškarca su zadržani dvadeset i četiri časa u policijskoj stanici pod optužbom da su učinili prekršaj, i to nepoštovanje zakonitog naloga policije. Podnosilac predstavke je 9. juna 2007. godine proglašen krivim za ovaj prekršaj i morao je da plati novčanu kaznu od 1.000 rubalja. Ovo rješenje je 21. avgusta 2007. godine potvrdio Tverski okružni sud.

35. Podnosilac predstavke je 30. maja 2007. godine pred sudom osporavao rješenje moskovskog gradonačelnika o zabrani marša od 16. maja 2007. godine. Konkretno, tvrdio je da po Zakonu o okupljanju, vlasti nemaju pravo da zabranjuju javne skupove, već samo mogu da predlože promjenu vremena i mjesta održavanja skupa, što u ovom slučaju nijesu učinile. Takođe je tvrdio da u demokratskom društvu neslaganje vlasti sa ciljem nekog javnog skupa samo po sebi ne predstavlja dovoljan osnov za zabranu.

36. Podnosilac predstavke je 26. juna 2007. godine pred sudom osporavao rješenje prefekta od 23. maja 2007. godine o zabrani održavanja protesta.

37. Taganski okružni sud u Moskvi je 24. avgusta 2007. godine odbacio žalbu vezanu za zabranu održavanja protesta i zaključio da je zabrana bila opravdana iz razloga bezbjednosti. Ovu presudu je 8. novembra 2007. godine potvrdio Moskovski gradski sud.

38. Tverski okružni sud je 4. septembra 2007. godine odbacio navode podnosioca predstavke i potvrdio osnov za zabranu marša i zakonitost postupanja vlasti. Ovu presudu je 6. decembra iste godine potvrdio Moskovski gradski sud.

C. Marševi ponosa u maju 2008. i protesti u maju i junu 2008. godine

39. Podnosilac predstavke i još nekoliko pojedinaca su 2008. godine odlučili da organizuju nekoliko marševa sličnih onima koje su pokušali da organizuju prethodnih godina.

40. Organizatori su 18. aprila 2008. godine podnijeli prijavu gradonačelniku Moskve u kojoj su naveli datum, vrijeme i maršrutu deset marševa koje su planirali da održe u centru Moskve 1. i 2. maja 2008. godine.

41. Odjeljenje za vezu sa organima javnog reda i mira moskovske administracije je, dana 24. aprila 2008. godine, obavijestilo podnosioca predstavke da nije data dozvola za održavanje bilo kojeg marša zbog mogućnosti da će dovesti do remećenja javnog reda i mira i nasilja protiv učesnika.

42. Nakon prijema gore navedenog odgovora, organizatori su 22. aprila 2008. godine, prijavili održavanje drugih 15 marševa u periodu od 3. do 5. maja 2008. godine.

43. Odjeljenje za vezu sa organima javnog reda i mira moskovske Vlade je 28. aprila 2008. godine obavijestilo podnosioca predstavke da je održavanje 15 marševa zabranjeno po istom osnovu.

44. Podnosilac predstavke je podnio veći broj alternativnih prijedloga za održavanje marševa drugih dana u maju 2008. godine i na različitim lokacijama. Ovi prijedlozi su po istom osnovu odbijeni, po sljedećem redu: (1) prijave podnijete 25. i 28. aprila 2008. godine (ukupno 30 marševa) odbijene 5. maja 2008; (2) prijava podnijeta 30. aprila 2008. godine (20 marševa), odbijena 7. maja 2008; (3) prijava podnijeta 5. maja 2008. godine (20 marševa), odbijena 8. maja 2008; (4) prijava podnijeta 8. maja 2008. godine (15 marševa), odbijena 13. maja 2008; (5) prijava podnijeta 12. maja 2008. godine (15 marševa), odbijena 16. maja 2008; (6) prijava podnijeta 15. maja 2008. godine (15 marševa), odbijena 21. maja 2008; (7) prijava podnijeta 19. maja 2008. godine (15 marševa), odbijena 23. maja 2008.

45. Podnosilac predstavke je 16. maja 2008. godine predsjedniku Rusije prijavio da namjerava da održi marš u Aleksandrovskom vrtu 31. maja 2008. godine. Nije dobio nikakav odgovor na prijavu.

46. Podnosilac predstavke je u periodu od 28. aprila do 17. juna 2008. godine pokrenuo nekoliko sudskih postupaka kojima je osporavao odluke gradonačelnika Moskve da zabrani održavanje marševa. Tverski okružni sud je spojio ove tužbe i 17. septembra 2008. godine odbacio navode podnosioca predstavke, potvrdio osnov za zabranu marševa i zakonitost postupanja vlasti. Moskovski gradski sud je potvrdio ovu presudu 2. decembra 2008. godine.

47. Podnosilac predstavke je u međuvremenu pokušao da organizuje protest kako bi pozvao na podnošenje krivične prijave protiv gradonačelnika Moskve zbog onemogućavanja održavanja javnih skupova. Protest, koji je trebalo da bude održan 17. maja 2008. godine, zabranjen je 13. maja 2008. po istim osnovama navedenim u zabranama prethodnih skupova. Ovo rješenje je razmatrao i potvrdio Taganski okružni sud dana 22. jula 2008. godine, a zatim i Moskovski gradski sud dana 14. oktobra 2008. godine u žalbenom postupku.

48. Podnosilac predstavke je u grupi zajedno sa dvadeset osoba dana 1. juna 2008. godine održao protest na ulici Baljšaja Njikitkaja koji je trajao desetak minuta.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO

49. Član 30. Ustava Ruske Federacije garantuje da svako ima pravo na slobodu udruživanja. Članom 55., stav 3, je propisano da prava i slobode mogu biti ograničeni federalnim zakonima radi zaštite ustavnih načela, javnog morala, zdravlja i prava i zakonitih interesa drugih i za potrebe odbrane i bezbjednosti države.

50. Relevantni djelovi Federalnog zakona o okupljanju, mitinzima, demonstracijama, marševima i protestima (broj 54 - FZ od 18. avgusta 2004. godine – u daljem tekstu: Zakon o okupljanju) predviđaju:

Član 5: Organizovanje javnog skupa

“...

3. Organizator javnog skupa ima pravo da:

(i) održava mitinge, demonstracije, marševe i proteste na mjestu i u vrijeme koji su naznačeni u prijavi javnog skupa ili u skladu sa izmjenama dogovorenim sa organom izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organom lokalne samouprave; da održava skupove na mjestu koje je u tu svrhu posebno određeno ili prilagođeno kako bi se obezbijedila sigurnost građana tokom održavanja takvih skupova;

...

(v) prilikom održavanja skupova, mitinga, demonstracija i marševa koristi tehničke razglasne uređaje (audio, video i ostalu opremu) pri čemu će nivo zvuka ispunjavati standarde i norme utvrđene u Ruskoj Federaciji.

4. Organizator javnog skupa mora da:

(i) podnese prijavu o održavanju javnog skupa u skladu sa postupkom utvrđenim u članu 7. ovog Federalnog zakona organu izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organu lokalne samouprave;

(ii) najkasnije tri dana prije održavanja javnog skupa (osim u slučaju skupa ili protesta koje drži jedan učesnik) pisanim putem obavijesti organ izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organ lokalne samouprave da li prihvata (ili ne prihvata) njegov prijedlog da promijeni mjesto i_ili vrijeme održavanja javnog skupa navedenih u prijavi skupa;

(iii) obezbijedi poštovanje uslova za održavanje javnog skupa navedenih u prijavi skupa ili drugih uslova koji su ugovoreni sporazumom sa organom izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organom lokalne samouprave;

(iv) zahtjeva od učesnika javnog skupa da poštuju javni red i mir i propise o održavanju javnog skupa. Lica koja ne poštuju zakonite zahtjeve organizatora javnog skupa mogu biti udaljena s mjesta na kojem se održava javni skup;

(v) obezbijedi u skladu sa svojim mogućnostima javni red i mir i bezbjednost građana tokom održavanja javnog skupa, a u okolnostima predviđenim ovim Federalnoj zakonom, ispunjava ovu obavezu zajedno sa ovlašćenim predstavnikom organa izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organa lokalne samouprave i ovlašćenim predstavnikom Ministarstva unutrašnjih poslova i poštuje sve njihove zakonite zahtjeve;

...

5. Organizator javnog skupa nema pravo da ga održi ako prijava održavanja javnog skupa nije podnijeta blagovremeno ili ako nije postignut dogovor sa izvršnim organom jedinice Ruske Federacije ili organom lokalne samouprave o njegovom obrazloženom predlogu o izmjeni mjesta i/ili vremena održavanja javnog skupa.”

Član 8: Mjesto održavanja javnog skupa

“Javni skup može biti održan na svakoj odgovarajućem mjestu izuzev ako postoji opasnost da će njegovo održavanje prouzrokovati rušenje zgrada ili objekata ili dovesti u opasnost sigurnost učesnika javnog skupa. Uslovi pod kojima se održavanje javnog skupa na pojedinim mjestima može zabraniti ili ograničiti mogu biti utvrđeni federalnim zakonom.

“

Član 12: Obaveze organa izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije i organa lokalne samouprave

“1. Po prijemu prijave javnog skupa, organ izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organ lokalne samouprave dužan je da:

...

(ii) dostavi organizatoru javnog skupa u roku od tri dana od prijema prijave o održavanju javnog skupa (ili na dan prijema prijave ako je prijava o održavanju protesta od strane grupe osoba podnijeta manje od pet dana prije planiranog datuma), obrazložen prijedlog za imjenu mjesta i/ili vremena javnog skupa, kao i sve prijedloge organizatoru skupa da uskladi ciljeve, oblik ili druge uslove za održavanje skupa naznačenih u prijavi sa zahtjevima iz ovog federalnog zakona;

(iii) imenuje, u zavisnosti od oblika javnog skupa i broja učesnika, ovlašćenog predstavnika koji će pružati pomoć organizatorima skupa u održavanju skupa u skladu sa ovim Federalnim zakonom. Ovlašćeni predstavnik se zvanično imenuje pisanim nalogom koji mora biti blagovremeno proslijeđen organizatoru javnog skupa;

...

(v) obezbijedi u okviru svojih nadležnosti i zajedno sa organizatorom javnog skupa i ovlašćenim predstavnikom Ministarstva unutrašnjih poslova, javni red i mir i sigurnost građana tokom održavanja skupa kao i da im po potrebi pruži hitnu medicinsku pomoć;

“

Član 14: Prava i obaveze ovlašćenog predstavnika Ministarstva unutrašnjih poslova

“

3. Ovlašćeni predstavnik Ministarstva unutrašnjih poslova dužan je da:

(i) olakša održavanje javnog skupa;

(ii) obezbijedi, zajedno sa organizatorom javnog skupa i ovlašćenim predstavnikom organa izvršne vlasti jedinice Ruske Federacije ili organa lokalne samouprave, javni red i mir i sigurnost građana i poštovanje zakona tokom održavanja javnog skupa”.

Član 18: Obezbjedenje uslova za održavanje javnog skupa

“1. Organizator javnog skupa, zvaničnici i ostali pojedinci ne smiju da spriječavaju učesnike skupa da izražavaju svoje mišljenje na način kojim se ne narušava javni red i mir ili propisi o održavanju javnog skupa.

”

III. RELEVANTNI DOKUMENTI SAVJETA EVROPE

51. Slijede izvodi iz Preporuke br. CM/Rec(2010)5 Komiteta ministara Savjeta Evrope Državama članicama za suzbijanje diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta:

“

III Sloboda izražavanja i mirnog okupljanja

13. Države članice bi trebalo da preduzmu odgovarajuće mjere da u skladu sa članom 10 Konvencije obezbijede stvarno uživanje prava na slobodu izražavanja, bez diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta, uključujući i poštovanje slobode primanja i saopštavanja informacija o temama koje se bave seksualnom orijentacijom i rodnim identitetom.

14. Države članice bi trebalo da preduzmu odgovarajuće mjere na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou kako bi obezbijedile stvarno uživanje prava na slobodu mirnog okupljanja

zajemčenog članom 11 Konvencije, bez diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije ili rod-nog identiteta.

15. Države članice bi trebalo da obezbijede da organi za sprovođenje zakona preduzimaju odgovarajuće mjere za zaštitu učesnika u mirnim demonstracijama u korist ljudskih prava lezbejki, gejeva i biseksualnih i transrodnih osoba od svakog pokušaja nezakonitog ometanja ili sprečavanja djelotvornog uživanja njihovog prava na slobodu izražavanja i mirno okupljanje.

16. Države članice bi trebalo da preduzimaju odgovarajuće mjere da spriječe ograničenja djelotvornog uživanja prava na slobodu izražavanja i mirno okupljanje koja proističu iz zloupotrebe zakonskih i podzakonskih odredbi, na primjer radi zaštite javnog zdravlja, javnog morala i javnog reda i mira...“

52. Komesar za ljudska prava Savjeta Evrope je dana 6. juna 2006. godine izdao sljedeće saopštenje za štampu:

“Komesar Hammarberg je u jučerašnjom saopštenju naglasio da prava na slobodu izražavanja i mirno okupljanje pripadaju svim ljudima i da su vlasti dužne da štite mirne demonstrante. Komesaru je žao što je novinska agencija RIA Novosti pogrešno prenijela njegovo saopštenje (izveštaj RIA Novosti objavljen 5. juna 2006. godine u 13:33)”.

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANA 11 KONVENCIJE

53. Podnosilac predstavke se žalio da mu je povrijeđeno pravo na mirno okupljanje. Tvrdio je da zabrane Marša ponosa i protesta od strane moskovskih vlasti u više navrata nijesu bile propisane zakonom, nijesu težile postizanju legitimnog cilja i nijesu bile neophodne u demokratskom društvu. Pozvao se na član 11. Konvencije, po kojem:

“1. Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo da osniva sindikat i pristupi mu radi zaštite svojih interesa.

2. Za vršenje ovih prava ne smiju se postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti ili javne bezbjednosti, radi spriječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovim se članom ne spriječava zakonito ograničavanje vršenja ovih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.“

54. Vlada je osporila ovaj argument. Tvrdila je da su vlasti postupale zakonito i u okviru svog polja slobodne procjene kada su donosile rješenja o zabrani održavanja skupova o kojima je riječ.

A. Prihvatljivost

55. Sud primjećuje da ovaj dio predstavke nije očigledno neosnovan u smislu člana 35. stav 3(a) Konvencije. Sud takođe primjećuje da ona nije neprihvatljiva ni po jednom drugom osnovu. Ona stoga mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci stranaka

(a) Država

56. Država je tvrdila da je zabrana skupova koje je podnosilac predstavke organizovao bila propisana zakonom, težila ostvarenju legitimnog cilja i da je bila neophodna u demokratskom društvu.

57. Prvo je istakla da član 55. stav 3 Ustava i član 8. stav 1 Zakona o okupljanju treba tumačiti tako da omogućavaju ograničenja javnih skupova iz bezbjednosnih razloga i radi zaštite javnog reda i mira. U ovom slučaju, skupovi koje je podnosilac predstavke želio da održi sa sobom su nosili očiglednu opasnost od sukoba između učesnika i njihovih protivnika. Država je tvrdila da je primila brojne javne peticije raznih političkih, vjerskih, vladinih i nevladinih organizacija koje su pozivale na zabranu, u kojima su neke prijetile nasiljem u slučaju da skupovi budu održani. Stoga je bila zabrinuta za bezbjednost učesnika i zbog teškoća da održava javni red i mir tokom tih skupova.

58. Država je zatim tvrdila da član 11. stav 2 treba tumačiti kao da vlastima pruža široko polje procjene u okviru kojeg one mogu da se opredijele za mjere primjerene za očuvanje javnog reda i mira. Pozvala se na slučajeve Barankevič protiv Rusije (Barankevich protiv Rusije, predstavka broj 10519/03, presuda od 26. jula 2007. godine, i Plattform "Ärzte für das Leben" protiv Austrije, presuda od 21. juna 1988. godine, Serija A broj 139) u kojima su utvrđena načela postupanja kojima vlasti treba da se rukovode na javnim skupovima obilježenim velikom vjerovatnoćom izbijanja nasilja. Vlada je u ovom slučaju tvrdila da nije mogla da izbjegne zabranu skupa pošto opasnost po bezbjednost nije mogla biti odstranjena nijednom drugom mjerom. Takođe je tvrdila da će se Sud stavitu u položaj "četvrte instance" bude li dao ocjenu koja se razlikuje od domaćih vlasti.

59. Pored toga, Država je tvrdila da je skup o kojem je riječ morao da bude zabranjen radi zaštite morala. Istakla je da nijedno promovisanje homoseksualizma nije u skladu sa "vjerskim načelima većine stanovništva" kao što su u svojim saopštenjima jasno ukazivale vjerske organizacije koje su pozivale na zabranu. Tvrdila je da bi vjernici shvatili dozvoljavanje gej parade kao namjernu uvredu njihovih vjerskih osjećanja i "užasno ponižavanje njihovog ljudskog dostojanstva".

60. Država se pozvala na Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, koji pojedincima garantuju poštovanje i zaštitu njihovih vjerskih i moralnih uvjerenja i pravo da svoju djecu odgajaju u skladu sa njima. Tvrdila je da bi dozvoljavanje gej parada predstavljalo povredu prava onih ljudi čija vjerska i moralna uvjerenja podrazumevaju negativan stav prema homoseksualizmu. Zatim je primijetila da je Sud u slučaju Otto - Preminger - Institut protiv Austrije, presuda od 20. septembra 1994. godine, stavovi broj 52. i broj 56., Serija A broj 295A, prepoznao veliku ulogu koju vjera igra u svakodnevnom životu ljudi, a koju treba uzimati u obzir kako bi se spriječilo pretvaranje vjerskih uvjerenja u predmet nerazumnih i uvrijedljivih optužbi. Na osnovu toga je zaključila da Država mora da uzima u obzir zahtjeve glavnih vjerskih udruženja i da "demokratska država mora da štiti društvo od destruktivnog uticaja na njegove moralne osnove i štiti ljudsko dostojanstvo svih građana, uključujući i vjernike". U ovom slučaju, ideje, koje zagovaraju organizatori skupova, ne izazivaju ravnodušnost ostatka društva već zapravo zadiru u prava, zakonite interese i ljudsko dostojanstvo vjernika.

61. Država je takođe tvrdila da među državama članicama Savjeta Evrope ne postoji konsenzus u pogledu stepena prihvatljivosti homoseksualnosti u svakoj zemlji. Po njenom mišljenju, "neke zemlje dozvoljavaju takve odnose, dok su oni u drugim zemljama značajno ograničeni". Tvrdila je da su upravo iz tog razloga nacionalne vlasti bolje upućene u to šta bi moglo da vrijedi vjernike u njihovoj zajednici. Ovu tvrdnju je ilustrovala pozivanjem na presudu u slučaju Dudgeon v. the United Kingdom, od 22. oktobra 1981, stavovi broj 56 do 58, Serija A broj 45, u kojoj je Sud razmatrao raznovrsnost moralnih i kulturnih vrijednosti u kontekstu krivične odgovornosti za homoseksualno ponašanje, koja je u to vrijeme postojala u Sjevernoj Irskoj, i istakla da se ne slaže sa zaključkom do kojeg je Sud došao u tom slučaju. Pored toga je opsežno citirala presudu u slučaju Müller and Others v. Switzerland, od 24. maja 1988. godine, Serija A br. 133, u kojoj je Sud potvrdio mjere vlasti kojima je ograničen opšti pristup izložbi slika koje su prikazivale "grube seksualne odnose, naročito između ljudi i životinja". Sugerisala je da gej parade treba

posmatrati iz iste perspektive, pri čemu treba uzimati u obzir interese nevoljnih posmatrača, naročito djece. Po njenom mišljenju, svaki oblik veličanja homoseksualnog ponašanja treba da se održava na privatnim ili posebnim mjestima sa ograničenim pristupom. Dodala je da u Moskvi postoji mnogo takvih klubova, barova i mjesta za provod (i navela dvadeset i četiri primjera takvih mjesta) koja su dobro posjećena i čiji se rad od strane vlasti ne ometa.

62. Po mišljenju Države, javnost u Moskvi još nije spremna da prihvati održavanje gej parada u gradu, za razliku od zapadnih zemalja, gdje se takve proslave redovno održavaju. Stoga su vlasti dužne da iskažu osjetljivost ka postojećem uznemiravanju javnosti zbog svakog otvorenog ispoljavanja homoseksualnosti. U tom cilju je citiran poznati ruski umjetnik, koji u svojim scenskim nastupima preuveličava stereotipe o homoseksualcima, a koji je izjavio da gej parade ne treba da se održavaju. Takođe se pozvala na izjavu koju je navodno dala organizacija pod nazivom “Savez pravoslavnih građana” a koja je obećala da će organizovati masovni protest “budu li homoseksualci pokušali da održe marš u Moskvi”. Slično tome, citirala je Pravoslavnu crkvu koja se usprotivila gej paradi kao propagandi kojom se promovise grijeh, kao što je učinio i Vrhovni muftija Rusije, koji je zaprijetio masovnim protestima Muslimana Rusije “kao i svih normalnih ljudi” bude li parada održana. Takođe je citirala, mada je ovu izjavu okarakterisala kao ekstremnu, poglavara Duhovne uprave Muslimana Njižnjeg Novgoroda, koji je izjavio da “homoseksualci trebaju da budu kameronvani do smrti ako je to neophodno”.

63. Država je na kraju tvrdila da je zabranu gej parada u Moskvi podržao Komesar za ljudska prava Savjeta Evrope. Pozvala se na njegovo saopštenje objavljeno u medijima, premda nije pomenula da je Komesar porekao da je dao takvo saopštenje (vidjeti gore stav broj 52.).

(b) Podnosilac predstavke

64. Podnosilac predstavke je osporio svaki navod u podnescima Države. Prvo se nije složio sa tim da je zabrana javnih skupova koje je želio da održi bila uvedena u skladu sa zakonom. Istakao je da ni Zakon o okupljanju niti drugi zakonski propisi ne predviđaju zabranu javnog skupa. Ograničenja propisana članom 8. stav 1 ovog Zakona, koji uređuje održavanje skupova na mjestima koja su neprimjerena iz bezbjednosnih razloga, nalažu vlastima da predlože neko drugo mjesto, kao što je navedeno u članu 12. Zakona, a ne da zabrane skup. U svakom slučaju, čak i kada bi Sud prihvatio da navodna nemogućnost da se spriječe neredi na svakom mjestu može predstavljati opravdanje za zabranu u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, podnosilac predstavke smatra da zabrana nije u skladu sa dva druga zahtjeva člana 8. stav 2 Konvencije, jer nije težila postizanju legitimnog cilja i nije bila neophodna u demokratskom društvu.

65. Podnosilac predstavke je smatrao da nije primjenjiv nijedan od tri legitimna cilja na koja se Država pozvala, konkretno, zaštita javne bezbjednosti i spriječavanje nereda, zaštita morala i zaštita prava i sloboda drugih. Tvrdio je da pozivanje na zaštitu morala nije opravdano jer definicija “morala” Države obuhvata samo stavove koji preovlađuju u javnom mnjenju a ne podrazumijevaju pojmove različitosti i pluralizma. Dodatno, skupovi o kojima je riječ, po samoj svojoj prirodi, ne bi mogli da utiču na moral jer su podrazumijevali demonstraciju podrške ljudskim pravima i građanskim slobodama za zaštitu i ravnopravnost seksualnih manjina. Organizatori u svojim prijavama i javnim izjavama nikada nijesu izrazili namjeru da prikazuju golotinju, da se ponašaju na seksualno eksplicitan ili provokativan način ili pokazuju takav materijal. Država nije dokazala da bi predloženi skupovi mogli da pričine bilo kakvu štetu društvu ili trećim osobama. Naprotiv, podnosilac predstavke je tvrdio, da bi skupovi bili od koristi ruskom društvu jer bi se zalagali za ideje tolerancije i poštovanja prava lezbijske i gej populacije.

66. On je zatim osporio ciljeve zaštite javne bezbjednosti i spriječavanja nereda zato što je bilo planirano da marševi i protesti sami po sebi budu događaji koji se održavaju isključivo u miru i redu. U pogledu mogućih nereda koje bi izazvali protivnici demonstracija, Država ni u jednoj fazi nije procjenjivala razmjere mogućih sukoba sa protivnicima skupova te je njen argu-

ment da ne bi mogla da obezbijedi dovoljnu zaštitu gej paradama neargumentovan. Podnosilac predstavke je tokom tri godine, o kojima je riječ, podnio brojne prijave u kojima je predlagao različite oblike u kojima bi se skupovi održavali i mjesta na kojima bi se odvijali, a vlasti nikada nijesu iznijele razloge zbog kojih nije moguće obezbijediti bezbjednost ni na jednom od njih.

67. Podnosilac predstavke je na kraju tvrdio da zabrana skupova tokom perioda o kojem je riječ nije bila neophodna u demokratskom društvu. Pozvao se na razvijenu praksu Suda i izjavio da se sama mogućnost zbunjivanja, pa čak i šokiranja dijela društva ne može smatrati dovoljnim osnovom za primjenu tako drastične mjere kao što je apsolutna zabrana skupova u pitanju (pozvao se na presudu u slučaju *Bączkowski i drugi v. Poljske*, br. 1543/06, stav broj 64., ECHR 2007VI. Tvrdio je da je mjera koja je stalno iznova primjenjivana u ovom slučaju u velikoj mjeri nesrazmjerna sa ciljevima kojima vlasti navodno teže i da nije kompatibilna sa pojmom demokratskog društva koje je “pluralističko, tolerantno i slobodoumno” (isto, strana 63). Tvrdio je da vlasti čak nijesu ni pokušale da ispune svoju obavezu iz člana 11. Konvencije i preduzmu razumne i odgovarajuće mjere kako bi omogućile mirno održavanje zakonitih demonstracija. Zabranile su skupove na kojima je, po njihovom mišljenju, postojala vjerovatnoća da će njihovi učesnici biti napadnuti, umjesto da su ih štitile. Dodatno, odobrile su neslaganje koje su izrazili protivnici skupova, tvrdeći da su skupovi nemoralni, čime su manjinu lišili zakonskog prava da održi mirne demonstracije, prava koje je suštinsko u društvu koje teži da bude demokratsko.

2. Ocjena Suda

68. Sud zapaža da su moskovske vlasti zabranile Marš ponosa i proteste 2006, 2007. i 2008. godine i zabrane realizovale razbijanjem skupova održavanih bez dozvole i prekršajnim kažnjavanjem podnosioca predstavke i drugih učesnika koji su prekršili zabranu. Zato nema sumnje da je došlo do miješanja u slobodu mirnog okupljanja podnosioca predstavke garantovanu članom 11. stav 1 Konvencije. Zapravo, nijedna strana ne spori da je u ovom slučaju došlo do miješanja.

69. Sud primjećuje da su strane imale oprečna mišljenja o tome da li su postupci moskovskih vlasti propisani zakonom. Takođe se nijesu složile po pitanju da li je miješanje služilo legitimnom cilju. Sud, međutim, ne mora nužno da se upušta u ocijenjivanje ovih pitanja jer, bez obzira na cilj i zakonitost zabrane po domaćem zakonu, ova zabrana ne ispunjava zahtjev neophodnosti u demokratskom društvu iz dolje navedenih razloga. Stavovi 78-79 u nastavku teksta bave se ovim pitanjima u mjeri u kojoj su relevantna za ocjenu srazmjernosti miješanja (vidi presudu u slučaju *Hriščansko-demokratska narodna stranka protiv Moldavije* (broj 28793/02, stav 53, ECHR 2006II).

70. Sud zapaža da je u svojoj gore navedenoj presudi *Bączkowski* i ostali utvrdio relevantna načela u pogledu srazmjernosti miješanja:

1. Kao što je mnogo puta ukazano u presudama Suda, ne samo da demokratija predstavlja fundamentalnu odliku evropskog javnog poretka, već je i Konvencija osmišljena kako bi unaprijeđivala i očuvala ideale i vrijednosti demokratskog društva. Sud je istakao da demokratija predstavlja jedini politički model koji Konvencija predviđa i jedini model koji odgovara na njene zahtjeve. U smislu formulacije člana 11. stav 2, kao i članova 8., 9. i 10. Konvencije, jedina neophodnost kojom se može opravdati miješanje u bilo koje pravo zagantovano tim članovima je ona za koju se može tvrditi da proističe iz “demokratskog društva” (vidjeti presude u slučaju *Refah Partisi (the Welfare Party) i ostali protiv Turske* (br. 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98, st. 86-89, ECHR 2003-II, i u gore navedenom slučaju *Hriščansko demokratska narodna stranka*).

1. Premda se Sud u kontekstu člana 11. često pozivao na suštinsku ulogu koju političke stranke igraju u obezbjeđivanju pluralizma i demokratije, udruženja formirana u druge svrhe takođe su značajna za valjano funkcionisanje demokratije. Pluralizam se takođe gradi na stvarnom priznavanju i poštovanju raznolikosti i dinamike kulturnih tradicija, etničkih i kulturnih identiteta, vjerskih uvjerenja i umjetničkih, književnih i društveno - ekonomskih ideja i koncepata.

Harmonična interakcija ljudi i grupa, različitih identiteta, je od suštinskog značaja za ostvarenje društvene kohezije. Prirodno je da se, kada građansko društvo funkcionira na zdrav način, učesće građana u demokratskom procesu u velikoj mjeri ostvaruje putem učesća u udruženjima u kojima se građani mogu međusobno integrisati i kolektivno ostvarivati zajedničke ciljeve (vidjeti presudu u slučaju Gorzelik i ostali protiv Poljske (br. 44158/98, stav broj 92., ECHR 2004-I).

1. U pogledu obilježja “demokratskog društva”, Sud pridaje naročiti značaj pluralizmu, toleranciji i slobodoumlju. U tom kontekstu smatra da, premda pojedinačni interesi povremeno moraju biti potčinjeni interesima grupe, demokratija ne znači jednostavno da stavovi većine moraju uvijek da prevagnu; mora se ostvariti ravnoteža kojom se omogućuje pravično i propisno postupanje prema manjinama i izbjegavaju sve zloupotrebe dominantnog položaja (vidjeti presude u slučajevima Jang, Džejms i Vebster protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 13. avgusta 1981. godine (Serija A br. 44, stav 63), i Šasanju i ostali protiv Francuske (br. 25088/95 i 28443/95, st. 112, ECHR 1999-III).

1. Sud je u presudi u slučaju Informativno društvo Lentija i ostali protiv Austrije, od 24. novembra 1993. godine, (strana 38, Serija A br. 276) Državu opisao kao osnovnog garanta načela pluralizma. Stvarno i djelotvorno poštovanje slobode udruživanja i okupljanja se ne može svesti na puku obavezu Države da se ne miješa; čisto negativna koncepcija ne bi bila u skladu niti sa ciljem člana 11. niti sa ciljem Konvencije uopšte. Stoga mogu postojati pozitivne obaveze u cilju obezbjeđivanja djelotvornog uživanja ovih sloboda (vidjeti presude u slučajevima Vilson i Nacionalna unija novinara i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 30668/96, 30671/96 i 30678/96, st. 41, ECHR 2002-V), i Uranio Tokso protiv Grčke (br. 74989/01, st. 37, ECHR 2005-X). Ova obaveza je od posebnog značaja za osobe koje imaju nepopularne stavove ili pripadaju manjinama, jer one lakše mogu postati žrtve“.

71. Osvrnuvši se na okolnosti ovog slučaja, Sud zapaža da je Država iznijela dva razloga za zabranu skupova koje je organizovao podnosilac predstavke.

72. Prvi argument, na osnovu kojeg su nacionalne vlasti zabranile skupove, odnosio se na brigu za bezbjednost učesnika i sprečavanje nereda. Država je tvrdila da su moskovske vlasti, koje su primile mnogobrojne protestne peticije, shvatile da bi svaki takav skup izazvao velike kontroverze sa raznim grupama koje se protive svakoj demonstraciji kojom se podržavaju ili promovišu interesi seksualnih manjina. Pri tom, sadržaj peticija koje Država citira (vidjeti gore stav broj 62.) nije identičan. Neki podnosioci peticija, kao što je Pravoslavna crkva, su jednostavno izrazili svoje protivljenje skupovima i, generalno ideji da ljudi mogu biti homoseksualci i sebe tako određivati. Drugi, kao što je Vrhovni muftija, su obavijestili vlasti o svojoj namjeri da održe protest protiv skupova, dok je poglavar Duhovne uprave Muslimana Njižnjeg Novgoroda prijetio nasiljem.

73. Sud je ranije s tim u vezi istakao da sloboda okupljanja na način na koji je ganatovana članom 11. Konvencije štiti demonstracije koje mogu da uznemiravaju ili vrijeđaju osobe koje se protive idejama ili tvrdnjama koje ona želi da promoviše (vidjeti presudu u slučaju Stankov i Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden protiv Bugarske (br. 29221/95 i 29225/95, st. 86, ECHR 2001-IX). Učesnici moraju biti u mogućnosti da održavaju demonstracije bez straha da će biti izloženi fizičkom nasilju od strane svojih protivnika. Stoga Države ugovornice imaju dužnost da preduzimaju razumne i odgovarajuće mjere kako bi omogućile mirno održavanje zakonitih demonstracija (vidjeti presudu u gore navedenom slučaju Pokret Ljekari za život protiv Austrije, stavovi broj 32. i broj 34.).

74. Sud ne može da prihvati argument Države da ove peticije treba smatrati opštim pokazateljem mogućnosti da bi Marš ponosa ili protesti mogli da izazovu javne nered. Prva grupa peticija, koje su pozivale na zabranu skupova jer su ih podnosioci smatrali nemoralnim ali nijesu prijetili trenutnim protivdejsstvima na mjestima održavanja skupova, nije bila relevantna u pogledu bezbjednosti. Te peticije bi mogle biti uzete u obzir samo radi uvođenja ograničenja radi zaštite morala, pitanja kojim se Sud konkretno bavi u nastavku presude.

75. Nasuprot tome, Država je trebalo da, s aspekta bezbjednosti, ozbiljno procijeni grupu peticija koje su ukazivale na namjeru njihovih autora da organizuju protestne akcije na mjestima održavanja skupova jer se protive tim skupovima. Sud, generalno posmatrajući, daje nacionalnim vlastima široku diskreciju u izboru sredstava za omogućavanje održavanja skupova bez uznemiravanja kada postoji ozbiljna opasnost od izbijanja nasilnih kontrademonstracija (vidjeti presudu u slučaju Pokret Ljekari za život protiv Austrije). Međutim, samo postojanje opasnosti nije dovoljno za zabranu skupa: vlasti prilikom ocjenjivanja moraju iznijeti konkretne procjene mogućeg stepena nereda kako bi mogle ocijeniti koji su im resursi potrebni kako bi neutralisale opasnost od nasilnih sukoba (vidjeti presudu u gore navedenom slučaju Barankevič, stav broj 33.). U ovom slučaju nije izvršena nikakva preliminarna procjena opasnosti koju bi kontrademonstracije mogle izazvati. Kasniji događaji su pokazali da bi se možda okupilo oko stotinu kontrademonstranata, što predstavlja značajan broj, ali ni u kom slučaju nije nesavladiv u gradu veličine Moskve. Sud, dodatno, zapaža da je samo u nekoliko peticija koje je Država citirala izražena odlučnost kontrademonstranata da pribjegu nezakonitim sredstvima. Država nije iznijela nikakve podatke o tome da li je ijedan podnosilac peticije pokušao da prijavi kontrademonstracije. Da su to učinili, vlasti bi mogle da preduzmu mjere kojima bi obezbijedile da oba skupa proteknu mirno i u skladu sa zakonom i da omoguće obijema stranama da ostvare cilj i izraze sopstvene stavove, bez međusobnog sukobljavanja. Na moskovskim je vlastima da se obrate potencijalnim kontrademonstrantima - bilo javnim saopštenjem ili u odgovorima na njihove pojedinačne peticije - kako bi ih podsjetila da treba da ostanu u granicama zakona kada sprovede bilo kakve protestne akcije.

76. U pogledu izjava koje pozivaju na nasilje i podstiču krivična djela protiv učesnika javnog skupa, kao što su one muslimanskog vjerskog poglavara iz Njižnjeg Novgoroda, koji je navodno rekao da homoseksualce treba kamenovati do smrti (vidjeti gore stav broj 62.), kao i svih izolovanih prijetnji nasiljem, vlasti su mogle adekvatno da ih riješe gonjenjem odgovornih lica. Međutim, čini se da vlasti u ovom slučaju nijesu reagovala na poziv vjerskog poglavara na nasilje na bilo koji drugi način osim što su zabranile skup koji je on osudio. Oslanjajući se na tako flagrantno nezakonite pozive kao razloge za zabranu, vlasti su u suštini podržale namjere osoba i organizacija koje su jasno i namjerno planirale da prekinu mirne demonstracije suprotno zakonu i javnom poretku.

77. U kontekstu gore navedenih nalaza, Sud zaključuje da Država nije adekvatno procijenila opasnosti po bezbjednost učesnika skupova i po javni red i mir. Ponavlja da bi društvo bilo lišeno mogućnosti da čuje različite stavove po bilo kom pitanju koje vrijeđa osjećanja većinskog dijela društva kada bi demonstracije bile zabranjivane svaki put kad postoji mogućnost da na njima izbiju napetosti i uzavreli sukobi između suprotstavljenih grupa (vidjeti citiranu presudu u gore navedenom slučaju Stankov i Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden, stav broj 107.). U ovom slučaju, Sud ne može da prihvati tvrdnju Države da je prijetnja bila tako velika da je iziskivala primjenu tako drastične mjere kao što je zabrana skupa u cjelosti, a kamoli ponovne zabrane u periodu od tri godine. Pored toga, iz javnih izjava gradonačelnika Moskve, kao i zapažanja Države slijedi da čak i da su bezbjednosni rizici igrali bilo kakvu ulogu u odluci vlasti da zabrani skupove, oni su u svakom slučaju bili manje važni od zabrinutosti za javni moral.

78. Sud zapaža da je gradonačelnik Moskve u brojnim prilikama izražavao svoju odlučnost da spriječi održavanje gej parada i sličnih skupova, očigledno jer ih je smatrao neprimjerenim (vidjeti gore stavove broj 7., 8., 10., 16. i 24.). Država je u svojim zapažanjima takođe istakla da bi ovakve skupove trebalo u načelu zabranjivati, jer propaganda koja promovise homoseksualnost nije u skladu sa vjerskim načelima i moralnim vrijednostima većine i može biti štetna ako je vide djeca ili osjetljive odrasle osobe.

79. Sud, međutim, zapaža da ovi razlozi po domaćem zakonu ne predstavljaju osnov za zabranu ili drugu vrstu ograničenja javnog skupa. Shodno tome, u postupcima pred domaćim organima nijesu iznijeti nikakvi argumenti koji su bili fokusirani na bezbjednosna pitanja. Sud

nije uvjeren da Država u ovoj fazi može da zamijeni jedan legitimni cilj, zaštićen Konvencijom, drugim ciljem, koji domaći organi nikada nijesu odmjeravali u odnosu na ovaj prvi. Dodatno, Sud smatra da zabrana u svakom slučaju nije bila srazmjerna nijednom od dva navodna cilja.

80. Sud ponavlja da se garancije iz člana 11. Konvencije odnose na svako okupljanje osim onog čiji organizatori i učesnici namjeravaju da pribjegnú nasilju ili da na drugi način osporavaju temelje “demokratskog društva“ (v. odluke Komisije u slučajevima G. protiv Nemačke br. 13079/87, od 6. marta 1989, Odluke i izvještaji 60, str. 256, i Hriščani protiv rasizma i fašizma protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 16. jula 1980, DR 21, str. 138). Kao što je Sud izjavio u presudi u slučaju Sergej Kuznjecov protiv Rusije (br. 10877/04, st. 45, od 23. oktobra 2008): “svaka mjera kojom se zadire u slobodu okupljanja ili izražavanja osim u slučaju podstrekavanja na nasilje ili odbacivanja demokratskih načela – koliko se god određeni stavovi ili riječi činili šokantnim i neprihvatljivim vlastima – štete demokratiji i često je čak dovode u opasnost“.

81. Sud zatim ponavlja da bi uslovljavanje uživanja prava iz Konvencije nekoj manjinskoj grupi njenim prihvatanjem od strane većine ne bi bilo u skladu sa fundamentalnim vrijednostima Konvencije. Da je to slučaj, prava manjinske grupe na slobodu vjeroispovijesti, izražavanja i okupljanja bila bi tek teoretska, a ne praktična i djelotvorna kao što Konvencija nalaže (vidjeti presudu u slučaju Artiko protiv Italije, od 13. maja 1980. godine, stav broj 33., Serija A br. 37, i u gore navedenom slučaju Barankevič, stav 31).

82. Nakon pažljivog ispitivanja svih materijala koji su mu dostupni u ovom slučaju, Sud ne zaključuje da bi skupovi koje bi organizovao podnosilac predstavke izazvali tako velike kontroverze kao što Država tvrdi. Kao što je navedeno u prijavama skupova, cilj marševa i protesta bio je da promovišu poštovanje ljudskih prava i sloboda i pozivaju na toleranciju prema seksualnim manjinama. Trebalo je da skupovi budu održani u obliku marša i protesta, na kojima bi učesnici nosili transparente i čitali saopštenja preko razglasnog sistema. Nikada nije sugerisano da bi skup obuhvatao bilo kakav grafički prikaz bluda i podrugljivosti kao što su one scene prikazane na izložbi u gore navedenom slučaju Miler i ostali, na koji se pozvala Država. Podnosilac predstavke je tvrdio, a Država nije osporila, da učesnici nijesu imali namjeru da prikazuju golotinju, da se ponašaju na seksualno provokativan način, ili kritikuju javni moral ili vjerske stavove. Dodatno, iz komentara gradonačelnika (vidjeti posebno gore stavove broj 16. i broj 24.) i zapažanja Države (vidjeti gore stav broj 61.) proizlazi da se vlasti nijesu protivile ponašanju ili odjeći učesnika već samoj činjenici da žele otvoreno da se identifikuju kao gej muškarci ili lezbejke, pojedinačno i kao grupa. Država je priznala da je, po mišljenju vlasti, granica tolerancije homoseksualnog ponašanja bila prekoračena kada bi takvo ponašanje prešlo iz strogo privatnog domena u javnu sferu.

83. Kako bi opravdala svoj pristup, Država je tvrdila da postoji široko polje slobodne procjene u kojem ona daje građanska prava ljudima koji se identifikuju kao gej muškarci ili lezbejke i pozvala se na navodno nepostojanje konsenzusa na nivou Evrope po pitanjima vezanim za postupanje prema seksualnim manjinama. Sud ne može da se složi sa tim tumačenjem. Postoji veliki broj presuda koje predstavljaju odavno postignut evropski konsenzus po pitanjima kao što je ukidanje krivične odgovornosti za homoseksualne odnose između punoljetnih ljudi (vidjeti presude u gore navedenom slučaju Dudgeon, u slučaju Norris protiv Irske, od 26. oktobra 1988. godine, Serija A br. 142; i u slučaju Modinos protiv Kipra, od 22. aprila 1993. godine, Serija A, br. 259), mogućnost homoseksualaca da služe vojsku (vidi presudu u slučaju Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva, br. 33985/96 i 33986/96, ECHR 1999-VI), davanje roditeljskih prava (vidjeti presudu u slučaju Salzeiro da Silva Mouta protiv Portugalije, br. 33290/96, ECHR 1999-IX), jednako oporezivanje i pravo nasljeđivanja prava zakupa preminulog, pokojnog, partnera (vidjeti presudu u slučaju Karner protiv Austrije, br. 40016/98, ECHR 2003-IX); a u skorije vrijeme presudu u slučaju koji se odnosio na određivanje identične starosne granice vezane za stupanje u dobrovoljne heteroseksualne i homoseksualne odnose prema krivičnom pravu (vidjeti slučaj L. i V. protiv Austrije, br. 39392/98 i 39829/98, ECHR 2003-I). Istovremeno postoje i pitanja po kojima nije postignut

evropski konsenzus, kao što je dozvola istopolnim parovima da usvoje dijete (vidjeti presude u slučajevima *Fretté protiv Francuske*, br. 36515/97, ECHR 2002-I, i *E.B. protiv Francuske*, br. 43546/02, ECHR 2008...) i pravo da se vjenčaju, te je Sud priznao da nacionalne vlasti imaju široko polje slobodne procjene u pogledu tih pitanja. To međutim ne oslobađa Sud od obaveze da u svakom pojedinačnom slučaju utvrđuje da li su vlasti proizvoljnim ponašanjem, ili na neki drugi način, izašle iz okvira svog polja slobodne procjene. Zaista, Sud je dosljedno zaključivao da polje slobodne procjene Države ide ruku pod ruku sa evropskim nadzorom (vidjeti presudu u slučaju *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 7. decembra 1976 godine, stav broj 49, Serija A, br. 24). Pominjanje koncepta “Suda četvrte instance” od strane Države (vidjeti gore stav broj 58.) ne može spriječiti Sud da obavlja svoje dužnosti u tom pogledu u skladu sa Konvencijom i utvrđenom sudskom praksom.

84. U svakom slučaju, nepostojanje evropskog konsenzusa po ovim pitanjima nema nikakvog značaja za ovaj slučaj jer se pružanje suštinskih prava homoseksualnim osobama u osnovi razlikuje od priznanja njihovog prava da se zalažu za ta prava. Ne postoje nikakve nedoumice u vezi s tim da druge Države članice priznaju prava pojedinaca da se otvoreno identifikuju kao gej, lezbejke ili kao pripadnici nekih drugih seksualnih manjina i da promovišu svoja prava i slobode, naročito putem uživanja svoje slobode mirnog okupljanja. Kao što je Država s pravom istakla, demonstracije slične onima koje su u ovom slučaju zabranjene su uobičajene u većini evropskih zemalja. Takođe vrijedi pomenuti da su u slučaju *Bončkovski* i ostali upravo nacionalne vlasti priznale nezakonitost prvobitne zabrane sličnih marševa kada je apelacioni sud ukinuo tu zabranu (vidjeti gore stav broj 22.).

85. Sud stoga ne može da prihvati stavove Države o širokom polju slobodne procjene u ovom slučaju. On ponavlja da svaka odluka koja ograničava ostvarenje slobode okupljanja mora biti zasnovana na prihvatljivoj procjeni relevantnih činjenica (vidjeti, između ostalih relevantnih dokumenata, presudu u gore navedenom slučaju *Hrišćansko demokratska narodna stranka*, stav broj 70.). Jedini faktori koje su moskovske vlasti uzele u obzir bili su javno protivljenje skupu te lični stavovi državnih zvaničnika o moralu.

86. Gradonačelnik Moskve, čije je izjave u suštini Država potvrdila u svojim zapažanjima, smatrao je da je neophodno da se svaki pomen homoseksualnosti ograniči na privatnu sferu i da gej muškarci i lezbejke budu prisiljeni da ne izlaze pred oči javnosti, čime je implicirao da homoseksualnost predstavlja posljedicu svjesnog i anti - društvenog izbora. Oni, međutim, nijesu bili u stanju da opravdaju takvo isključivanje. Sud nema na raspolaganju nikakve naučne dokaze ni sociološke podatke koji ukazuju na to da sam pomen homoseksualnosti ili otvorena javna rasprava o društvenom statusu seksualnih manjina negativno utiče na djecu i “osjetljive odrasle osobe“. Naprotiv, jedno društvo može da se bavi tako složenim pitanjima kao što je ovo postavljeno u ovom slučaju samo kroz pravičnu i javnu raspravu. Takva bi rasprava, podržana i argumentovana akademskim istraživanjima, doprinijela društvenoj koheziji jer bi obezbijedila da se čuje glas predstavnika svih stavova, uključujući pojedince u pitanju. Takođe bi razjasnila neka pitanja koja često izazivaju konfuziju, na primjer to da li čovjek može da bude vaspitan ili podstaknut da postane ili prestane da bude homoseksualac ili da li može svojevolumno da postane ili prestane da bude homoseksualac. Podnosilac predstavke je upravo pokušavao da pokrene tu vrstu rasprave i ona nije mogla biti zamijenjena površnim stavovima neupućenih zvaničnika koje su oni smatrali popularnim. Sud u okolnostima ovog slučaja ne može da ne zaključi da odluke vlasti da zabrane skupove u pitanju nijesu bile utemeljene na prihvatljivoj procjeni relevantnih činjenica.

87. Gore navedeni razlozi su dovoljni da bi Sud mogao da zaključi da zabrana skupova koje je podnosilac predstavke organizovao nije zadovoljavala ključnu društvenu potrebu i stoga nije bila neophodna u demokratskom društvu.

88. Shodno tome, došlo je do povrede člana 11. Konvencije.

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 13 KONVENCIJE

89. Podnosilac predstavke se žalio na povredu člana 13. Konvencije u vezi sa članom 11. Konvencije, tvrdeći da nije imao djelotvoran pravni lijek protiv navodne povrede slobode okupljanja. Naročito je tvrdio da nije imao na raspolaganju nijedan postupak koji bi mu omogućio da dobije konačnu odluku prije planiranog datuma održavanja demonstracija. Prema članu 13. Konvencije:

„Svako kome su povrijeđena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima, bez obzira na to da li su povredu izvršile osobe koja su postupale u službenom svojstvu.“

90. Država je osporila ove navode i tvrdila da je podnosilac predstavke imao mogućnost da pokreće sudske postupke i da je tu mogućnost iskoristio.

A. Prihvatljivost

91. Sud primjećuje da ovaj dio predstavke nije očigledno neosnovan u smislu člana 35. stav 3(a) Konvencije. Sud takođe primjećuje da ona nije neprihvatljiva ni po jednom drugom osnovu. Ona stoga mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci stranaka

(a) Država

92. Država je prvo ukazala na to da se postupci odobravanja marševa i protesta razlikuju i tvrdila da je podnosilac predstavke, u odvojenim postupcima, osporavao zabranu obije vrste skupova. Sudovi su razmatrali njegove žalbe i odbijali ih, kroz obrazložene odluke. Svi sudski postupci su bili ekspeditivni, i u svakom slučaju, okončani u rokovima utvrđenim zakonom.

93. Država je takođe istakla da podnosilac predstavke nije uvijek preduzimao procesne korake čim je mogao. Konkretno, prošlo je mjesec i po dana dok nije podnio žalbu na presudu od 26. maja 2006. godine, nakon što mu je sud odobrio produženje roka po isteku zakonskog roka od deset dana. Takođe, žalbu na presudu od 22. avgusta 2006. godine je podnio dva mjeseca i deset dana od dana izricanja te presude, i ovog puta nakon što mu je sud odobrio produženje roka.

(b) Podnosilac predstavke

94. Podnosilac predstavke je tvrdio da sudski postupci koje je pokrenuo kako bi osporavao zabrane ne predstavljaju djelotvoran pravni lijek jer opšti rokovi utvrđeni zakonom ne omogućavaju donošenje konačne odluke prije planiranog datuma održavanja spornog skupa. Pozvao se na rokove za prijavljivanje skupova u članu 7. stav 1 Zakona o okupljanju, tj. najranije petnaest a najkasnije deset dana prije dana održavanja skupa. Prema članu 257. stav 1 Zakona o građanskom postupku i odredbama tog Zakona u vezi sa pravosnažnošću presuda, tvrdio je da bi svaka odluka u ovom slučaju – kako prvostepena presuda tako i odluka o žalbi – postala pravosnažna tek nakon planiranog datuma skupa. Zato bi sudsko poništavanje zabrane održavanja skupova u svakom slučaju bilo zakašnjelo a samim time i uzaludno.

95. Takođe je osporio tvrdnju Države da je bez razloga odlagao podnošenje žalbe na prvostepene presude. Tvrdio je da je podnosio žalbe čim bi mu bio uručen otporak presude. Dodatno, tvrdio je da bi žalbeni postupak u svakom slučaju bio sproveden tek nakon

planiranog datuma skupa. Na primjer, prvostepeni sud je 26. maja 2006. godine zabranio održavanje skupa zakazanog za 27. maj 2006. godine, samo jedan dan prije skupa. Nije bilo moguće da sud razmatra njegovu žalbu na prvostepenu presudu istog dana kako bi skup bio održan čak i da je konačna odluka išla njemu u prilog. Prijave protesta koje je podnosio imale su sličnu sudbinu. I prijave koje je podnosio 2007. i 2008. godine su isto tako odbijene, kod konačne instance, mnogo kasnije nakon datuma za koje je bilo planirano održavanje skupova. Podnosilac predstavke je pored toga tvrdio da nije postojala mogućnost da dobije konačnu odluku prije planiranog datuma održavanja skupa o kojem je riječ čak i da je on bio odobren prvostepenom presudom. Prvostepena presuda na koju nije podnijeta žalba stupa na snagu deset dana nakon izricanja. Zbog ovog roka organizatori skupa, čak i ako ulože maksimum napora i planiraju dovoljno unaprijed, ne mogu da dobiju konačnu odluku prije zakazanog datuma skupa, jer ni upravni organi ni sudovi ne moraju da okončaju postupak prije tog datuma.

96. Podnosilac predstavke je ponovio da je datum održavanja skupova o kojima je riječ namjerno izabran zbog svog simboličnog značaja, jer taj dan predstavlja godišnjicu ukidanja krivične odgovornosti za homoseksualna djela u Rusiji. Stoga je bilo od suštinske važnosti da demonstracije, pod uslovom da su dozvoljene, budu održane tog dana.

2. Ocjena Suda

97. Sud ponavlja da član 13. nalaže postojanje domaćeg pravnog lijeka koji omogućava nadležnom nacionalnom organu kako da razmatra suštinu relevantne pritužbe o kršenju Konvencije tako i da pruži odgovarajuće zadovoljenje, iako Države ugovornice imaju određeni stepen diskrecije u pogledu načina na koji ispunjavaju svoje obaveze iz ove odredbe (vidjeti, među mnogim drugim relevantnim materijalima, presudu u slučaju Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 15. novembra 1996. godine, stav broj 145, Izveštaji o presudama i odlukama 1996-V). Sud je u ovom slučaju zaključio da su prava zagarantovana članom 11. podnosioca predstavke prekršena (vidjeti gore stav broj 88.). On je stoga iznio argumentovanu tvrdnju, u smislu sudske prakse Suda, i shodno tome je imao pravo na pravni lijek koji zadovoljava zahtjeve člana 13.

98. Sud ponavlja da, uzimajući u obzir da je odabrani datum održavanja javnih skupova od ključnog značaja za organizatore i učesnike, a pod uslovom da su organizatori blagovremeno prijavili skup nadležnim organima, pojam djelotvornog pravnog lijeka podrazumijeva mogućnost dobijanja odluke vezane za odobrenje skupa prije vremena kad on treba da bude održan (vidjeti gore naveden slučaj Bončkovski i ostali, stav broj 81). Stoga je za djelotvorno uživanje slobode okupljanja značajno da važeći zakoni predviđaju razumne rokove u kojima vlasti Države treba da postupaju kada donose relevantne odluke (isto, stav 83).

99. Sud zapaža da su u važećim zakonima u ovom slučaju bili utvrđeni rokovi u kojima podnosilac predstavke treba da prijavljuje skupove. Nasuprot tome, nijesu postojali nikakvi zakonski rokovi prema kojima su vlasti bile obavezne da donose konačne odluke prije planiranog datuma održavanja marša ili protesta. Sud stoga nije uvjeren da je pravni lijek koji je u ovom slučaju bio na raspolaganju podnosiocu predstavke, a koji je bio post hoc karaktera, mogao da mu obezbijedi odgovarajuće zadovoljenje u vezi sa navodnim povredama Konvencije.

100. Shodno tome, Sud zaključuje da je podnosilac predstavke bio lišen efikasnog domaćeg pravnog lijeka u pogledu njegove pritužbe o kršenju njegove slobode okupljanja. Sud stoga zaključuje da je došlo do povrede člana 13. u vezi sa članom 11. Konvencije.

III. NAVODNA POVREDA ČLANA 14 KONVENCIJE

101. Podnosilac predstavke se na kraju žalio na diskriminaciju zbog načina na koji su moskovske vlasti postupale prema prijavama javnih skupova koje je organizovao. On se pozvao

na član 14. u vezi sa članom 11. Konvencije i tvrdio da je bio izložen diskriminaciji po osnovu svoje seksualne orijentacije i seksualne orijentacije drugih učesnika. Prema članu 14 Konvencije:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost s nekom nacionalnom manjinom, rođenjem ili drugi status.“

102. Država se nije složila sa ovim navodima i tvrdila je da zabrana nikada nije imala za cilj da diskriminiše podnosioca predstavke.

A. Prihvatljivost

103. Sud primjećuje da ovaj dio predstavke nije očigledno neosnovan u smislu člana 35. stav 3(a) Konvencije. Sud takođe primjećuje da ona nije neprihvatljiva ni po jednom drugom osnovu. Ona stoga mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci stranaka

104. Država je osporila da je zabrana u ovom slučaju bila diskriminatornog osnova. Izjavila je da vlasti priznaju postojanje seksualnih manjina, kao i neophodnost toga da obezbijede da one ne budu izložene diskriminaciji. Međutim, ograničenje ostvarivanja njihovih prava bilo je neophodno obzirom na njihove neprijateljske odnose sa vjerskim grupama.

105. Podnosilac predstavke je tvrdio da je zabrana skupova imala diskriminatorni karakter. Uprkos nepostojanju eksplicitnog pominjanja seksualne orijentacije kao osnova za zabranu, jasno je da je zvanično protivljenje moralnim stavovima učesnika predstavljalo osnovni razlog za zabranu. Vlasti su se posebno oslanjale na protivljenje vjerskih i ostalih grupa održavanju ovih skupova. Pored toga, gradonačelnik Moskve je dao jedan broj diskriminatornih izjava i postojala je jasna veza između njegovih izjava i zabrane.

2. Ocjena Suda

106. Sud je u više navrata zaključivao da član 14. nema samostalnu primjenu i da je primjenjiv samo u odnosu na prava zagarantovana Konvencijom. Ova odredba dopunjuje ostale materijalne odredbe Konvencije i Protokola uz nju. Ona ne postoji samostalno jer je primjenjiva samo u vezi sa “uživanjem prava i sloboda“ koje te odredbe garantuju. Premda primjena člana 14. ne pretpostavlja povredu tih odredbi – i u toj mjeri on jeste samostalan – on ne može da se primjenjuje izuzev kada činjenice o kojima je riječ potpadaju pod domašaj jedne ili više tih odredbi (vidjeti, između drugih relevantnih materijala, presude u slučajevima Van Raalte protiv Holandije, od 21. februara 1997. godine, stav broj 33., Izveštaji 1997-I, i Gaygusuz protiv Austrije, od 16. septembra 1996. godine, stav broj 36., Izveštaji 1996-IV).

107. Obije strane se slažu da činjenice ovog slučaja potpadaju pod polje primjene člana 11. Konvencije. Stoga je član 14. primjenjiv na okolnosti ovog slučaja.

108. Sud ponavlja da seksualna orijentacija predstavlja pojam koji potpada pod član 14. (vidjeti među ostalim slučajevima, Kozak protiv Poljske, br. 13102/02, od 2. marta 2010. godine). Pored toga, Sudu moraju da budu predočeni izuzetno ozbiljni razlozi kako bi se opravdala mjera na koju se podnosilac predstavke žalio kada se različito postupanje o kojem je riječ u slučaju tiče ove intimne i osjetljive sfere privatnog života pojedinca. Kada je razlika u postu-

panju zasnovana na polu ili seksualnoj orijentaciji, Država ima usko polje slobodne procjene i u takvim situacijama načelo srazmjernosti ne iziskuje samo da je odabrana mjera adekvatna za ostvarenje željenog cilja, već se mora dokazati i da je bila neophodna u datim okolnostima. Zaista, ako je razlika u postupanju bila zasnovana samo na seksualnoj orijentaciji podnosioca predstavke, to bi po Konvenciji predstavljalo diskriminaciju (Isto, stav 92).

109. Gore je utvrđeno da je protivljenje demonstracijama koje su po mišljenju vlasti promovisale homoseksualnost predstavljalo osnovni razlog za zabranu skupova koje je podnosilac predstavke organizovao (vidjeti stavove gore brojevi 77.,78. i 82.). Sud pogotovo ne može da zanemari čvrste lične stavove koje je gradonačelnik Moskve javno izražavao i neporecivu vezu između tih izjava i zabrane. U kontekstu tih nalaza, Sud takođe smatra da je utvrdio da je podnosilac predstavke bio izložen diskriminaciji po osnovu svoje seksualne orijentacije i seksualne orijentacije ostalih učesnika u predloženim skupovima. Takođe smatra da Država nije dala nikakvo opravdanje koje bi dokazalo da je sporno različito postupanje u skladu sa standardima postavljenim Konvencijom.

110. Sud shodno tome smatra da je u ovom slučaju došlo do povrede člana 14. u vezi sa članom 11. Konvencije.

IV. PRIMJENA ČLANA 41 KONVENCIJE

111. Član 41. Konvencije predviđa:

“Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo djelimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj strani.“

A. Šteta

112. Podnosilac predstavke je zahtjevao 40.000 eura (EUR) na ime nematerijalne štete.

113. Država je osporila ovaj zahtjev, smatrajući da je pretjeran i nerazuman. Zatražila je od Suda da dosudi najmanji mogući iznos podnosiocu predstavke ako utvrdi povredu Konvencije u ovom slučaju.

114. Imajući u vidu činjenicu da se ovaj slučaj odnosi na zabranu većeg broja demonstracija, tri godine za redom, suprotno članovima 11., 13. i 14. Konvencije, Sud na pravičnoj osnovi dosuđuje podnosiocu predstavke 12.000 eura na ime nematerijalne štete.

B. Sudski i ostali troškovi

115. Podnosilac predstavke je takođe zahtijevao 18.700 rubalja (oko 483 eura) za naknadu sudskih i ostalih troškova koje je pretrpio u postupcima pred domaćim sudovima kao i 17.027 eura za naknadu sudskih i ostalih troškova koje je snosio u postupku pred Sudom. Podnio je zahtjeve po stavkama, račune i prateću dokumentaciju.

116. Država je smatrala da ovaj dio zahtjeva nije potkrijepljen. Istakla je da putni troškovi advokata kako bi prisustvovao ročištima pred domaćim sudovima nemaju veze sa postupkom pred Sudom i stoga ne mogu da budu nadoknađeni. Pored toga je tvrdila da se ovi sudski i ostali troškovi ne mogu smatrati “stvarnim i neophodnim“ obzirom na to su tri predstavke koje čine ovaj slučaj veoma slične i nijesu od advokata iziskivale pripremu posebne argumentacije za svaki slučaj.

117. Prema praksi Suda, podnosilac predstavke ima pravo na naknadu sudskih i ostalih troškova samo ako dokaže da su stvarni, nužni i razumni u pogledu iznosa. Sud primjećuje da se sudski i ostali troškovi odnose na tri uzastopna skupa postupaka i da ih je podnosilac predstavke snosio tokom perioda od tri godine. Podnosioca predstavke je tokom te tri godine zastupao g. Bartenjev,

advokat koji ga je zastupao i pred Sudom. Premda su tri predstavke spojene u jedan slučaj čime je podnositelj predstavke oslobođen obaveze da podnosi odvojene komentare o zapažanjima Države o njegovim predstavkama, advokat je morao odvojeno da priprema svaku predstavku i prateću dokumentaciju. Iznosi koje je podnositelj predstavke morao da snosi po osnovu troškova pravne pomoći ne djeluju pretjerani a ni nesrazmjerni radu koji je obavljen. U ovom slučaju, uzevši u obzir dokumenta u njegovom posjedu i gore navedene kriterijume, Sud smatra razumnim da dosudi cjelokupan iznos koji je podnositelj predstavke zahtijevao. On dosuđuje ukupnu naknadu od 17.510 eura kao i iznos svih poreza naplativih podnosiocu predstavke na ovaj iznos.

C. Zatezna kamata

118. Sud smatra da kamata treba da bude zaračunata po stopi jednakoj graničnoj aktivnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke uvećanoj za tri procentna poena.

SUD IZ OVIH RAZLOGA JEDNOGLASNO

1. Proglašava predstavku prihvatljivom;
2. Zaključuje da je došlo do povrede člana 11. Konvencije;
3. Zaključuje da je došlo do povrede člana 13. u vezi sa članom 11. Konvencije;
4. Zaključuje da je došlo do povrede člana 14. u vezi sa članom 11. Konvencije;

5. Zaključuje

(a) da je tužena Država dužna da u roku od tri mjeseca od dana pravosnažnosti presude u skladu sa članom 44. stav 2 Konvencije podnosiocu predstavke isplati sljedeće iznose, preračunate u ruske rublje po kursnoj stopi koja važi na dan isplate:

(i) 12.000 EUR (dvanaest hiljada eura), kao i iznos svih poreza naplativih podnosiocu predstavke na pomenuti iznos, na ime naknade nematerijalne štete;

(ii) 17.510 EUR (sedamnaest hiljada pet stotina i deset eura) kao i iznos svih poreza naplativih podnosiocu predstavke na pomenuti iznos, na ime sudskih i ostalih troškova;

(b) da od isteka gore navedena tri mjeseca do isplate bude zaračunata zatezna kamata na navedene iznose po stopi jednakoj graničnoj aktivnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke uvećanoj za tri procentna poena;

6. Odbija ostatak zahtjeva podnosioca predstavke za pravično zadovoljenje

Sačinjeno na engleskom jeziku i prosljeđeno pisanim putem 21. oktobra 2010. godine, u skladu sa pravilom 77. st. 2 i 3 Poslovnika Suda.

André Wampach
zamjenik sekretara odjeljenja

Christos Rozakis
predsjednik

EVROPSKA UNIJA

EVROPSKI SUD PRAVDE

**SLUČAJ TADAO MARUKO PROTIV
VERSORGUNGSANSTALT DER DEUTSCHEN BÜHNEN**

SLUČAJ TADAO MARUKO PROTIV VERSORGUNGSANSTALT DER DEUTSCHEN BÜHNEN⁷⁵

Slučaj C-267/06

(Zahtjev za prethodnom odlukom: Bayerisches Verwaltungsgericht München (Bavarski Upravni sud u Minhenu))

(Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78/EC – Porodična penzija prema obaveznom penzijskom sistemu – Koncept “plate“ – Odbijanje jer osobe u pitanju nijesu u braku – Istopolni partneri – Diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije)

Rezime presude

1. Socijalna politika – Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78 – Nadležnost - član 141. EZ; Direktiva Savjeta 2000/78

2. Socijalna politika – Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78 - Direktiva Savjeta 2000/78, članovi 1. i 2.

1. Porodična penzija ulazi u kompetenciju Direktive Savjeta 2000/78 o opštem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju ako je ta penzija isplaćena prema obaveznom penzijskom sistemu kojim upravlja penzijski fond za određenu kategoriju radnika; ako taj sistem proizlazi iz kolektivnog ugovora sklopljenog radi dopune novčanih prava iz socijalnog osiguranja isplativih prema nacionalnom zakonodavstvu opšteg djelokruga; ako je taj sistem finansiran isključivo od strane radnika i poslodavaca iz sektora u pitanju, bez ikakvog sufinansiranja od strane države, i namijenjen, u skladu s tim ugovorom, toj kategoriji radnika; te ako je iznos penzije utvrđen obzirom na period članstva radnika koji je bio partner ovlaštenom licu i to u ukupnom iznosu doprinosa koje je taj radnik uplatio. Takva se penzija, dakle, mora klasifikovati kao plata u smislu člana 141. EZ, a na taj zaključak ne utiče činjenica da je penzijski fond javno tijelo ili činjenica da je članstvo u sistemu kojim se stiče pravo na porodičnu penziju obavezno. (vidjeti stavove 49-51, 53-57, 61, operativni dio 1)

2. Kombinacija odredbi članova 1. i 2. Direktive 2000/78 o opštem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju isključuje zakonodavstvo prema kojemu, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima porodičnu penziju jednaku onoj odobroj preživjelom bračnom drugu, iako, prema nacionalnom pravu, životno partnerstvo stavlja osobe istog pola u položaj uporediv sa položajem bračnih drugova što se tiče te porodične penzije. Na nacionalnom je sudu da utvrdi da li je preživjeli životni partner u položaju uporedivim sa položajem bračnog druga koji je ovlašten na porodičnu penziju predviđenu prema obaveznom penzijskom sistemu kojim upravlja penzijski sistem u pitanju (vidjeti stavove 69, 73, operativni dio 2)

PRESUDA SUDA

(Veliko vijeće)

1. aprila 2008. godine

(Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78/EC – Porodična penzija prema obaveznom penzijskom sistemu – Koncept “plate“- Odbijanje jer osobe u pitanju nijesu u braku – Istopolni partneri – Diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije)

⁷⁵ www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70854&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=219298

U slučaju C-267/06,

ZAHTJEV za prethodnim mišljenjem na temelju člana 234 EZ upućen od Bayerisches Verwaltungsgericht München (Bavarski Upravni sud u Minhenu) (Njemačka), donesen naosnovu odluke od 1. juna 2006. godine, primljen na Sud 20. juna 2006., u postupku

Tadao Maruko

protiv

Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen,

SUD (Veliko vijeće),

u sastavu: V. Skouris, predsjednika, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts i L. Bay Larsen, predsjednika Vijeća, K. Schiemann, J. Makarczyk, P. Kūrisa, J. Klučka (izvjestilac), A. Ó Caoimha, P. Lindha i J.-C. Bonichot, sudije,
Nezavisni advokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Zapisničar: J. Swedenborg, administrator,

uzimajući u obzir pisani postupak i ročište održano dana 19. juna 2007. godine, nakon razmatranja primjedbi podnesenih u ime:

- gospodina Maruka, od strane H. Graupner, R. Wintemute i M. Bruns, advokati,
- Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, od strane C. Draws i P. Rammert, zastupnici,

uz pomoć A. Bartosch and T. Grupp, advokati,

- Vlade Holandije, od strane C. Wissels, zastupnika,
- Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, od strane V. Jackson, zastupnika, i T. Ward, advokata,
- Komisije Evropske Zajednice, od strane J. Enegren i I. Kaufmann-Bühler, prisutni kao zastupnici - agenti,

nakon saslušanja Mišljenja Nezavisnog advokata na sjednici održanoj dana 6. septembra 2007. godine,

donosi sljedeću

PRESUDU

1. Ovaj zahtjev za prethodnom odlukom odnosi se na tumačenje člana 1, člana 2 (2)(a) i (b)(i) i člana 3(1)(c) i (3) Direktive Savjeta 2000/78/EC od 27. novembra 2000. godine o uspostavljanju opšteg okvira za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju (OJ 2000 L 303, strana 16; "Direktiva 2000/78" ili "Direktiva")

2. Zahtjev je podniet u postupku između gospodina Maruka i Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Njemačka pozorišna penziona institucija, „Vddb“) vezano za odbijanju posljednjeg da prizna pravo gospodina Maruka na udovčevu penziju kao dijela porodične penzije predviđene prema obaveznom penzijskom sistemu čiji je član bio preminuli životni partner.

Pravni kontekst

Pravo Zajednice

3. Recitali 13. i 22. preambule Direktive 2000/78 glase:

„(13) Ova Direktiva se ne primjenjuje na sisteme socijalne sigurnosti i socijalne zaštite čije se naknade ne tretiraju kao prihodi u smislu koji taj izraz ima radi primjene člana 141. Ugovora o EZ, niti na uplate od strane države kojima se želi omogućiti pristup zapošljavanju ili zadržavanje posla.

...

(22) Ova Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalne zakone o bračnom statusu i pripadajuće beneficije.“

4. Član 1. Direktive 2000/78 predviđa: “Svrha je ove Direktive utvrditi opšti okvir za borbu protiv diskriminacije po osnovu vjere ili uvjerenja, invaliditeta, starosti ili seksualne orijentacije koja se odnosi na zapošljavanje i zanimanje, s otpočinjanja primjene načela jednakog postupanja u državama članicama.“

5. Prema članu 2. Direktive:

„1. Zbog potreba svrhe ove Direktive, “načelo jednakog postupanja” označava zabranu bilo kojeg oblika direktne ili indirektno diskriminacije na bilo kojoj osnovi iz člana 1.

2. Zbog potreba stava 1:

(a) smatrat će se da direktna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u sličnoj situaciji, po nekom od osnova iz člana 1;

(b) smatrat će se da indirektna diskriminacija postoji onda kada bi naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa mogla staviti osobe određene vjere ili uvjerenja, određenog invaliditeta, određene starosti, ili određene seksualne orijentacije u nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe, osim ako su:

(i) odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdani legitimnim ciljem, a sredstva postizanja tog cilja su opravdana i neophodna, ...

“

6. Član 3 Direktive glasi:

“Unutar granica područja nadležnosti prenesenih na Zajednicu, ova Direktiva primjenjivaće se na sve osobe, u javnom i privatnom sektoru, uključujući javna tijela, u odnosu na:

...

(c) Zapošljavanje i uslove rada, uključujući otkaz i platu;

...

3. Ova Direktiva se ne primjenjuje na uplate bilo koje vrste iz državnih ili sličnih sistema, uključujući i državne sisteme socijalne sigurnosti i socijalne zaštite.

“

7. Prema prvom stavu člana 18 Direktive 2000/78, države članice dužne su usvojiti zakone, propise i upravne odredbe potrebne za sprovođenje direktive najkasnije do 2. decembra 2003. godine, ili, što se tiče odredbi o kolektivnim ugovorima, mogu povjeriti sprovođenje Direktive socijalnim partnerima. Međutim, u tom slučaju, države članice su dužne obezbijediti da, ne kasnije od 2. decembra 2003. godine, socijalni partneri ugovorima uvedu potrebne mjere, s tim da se od država članica traži da preduzmu sve mjere potrebne kako bi omogućile da u svako, trenutku budu sposobne garantovati rezultate predviđene Direktivom. Takođe, bez odlaganja moraju obavijestiti Komisiju Evropske zajednice o tim mjerama.

Nacionalno zakonodavstvo

Zakon o registrovanom životnom partnerstvu

8. Član 1. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) od 16. februara 2001. godine (BGBl. 2001 I, strana 266), izmijenjen i dopunjen Zakonom od 15. decembra 2004. godine (BGBl. 2004 I, strana 3396, ‘LPartG’), propisuje:

1) Dvije osobe istog pola osnivaju partnerstvo kada obje potvrde, lično i u prisustvu drugoga, da žele živjeti zajedno u partnerstvu za cijeli život (kao životni partneri). Potvrda ne

smije biti uslovna niti za određeno razdoblje. Potvrde su djelotvorne ako su saopštene pred nadležnim tijelom.

2) Partnerstvo ne može biti valjano osnovano:

1. sa osobom koja je malodobnik ili je u braku ili već živi u partnerstvu sa trećom osobom;
2. između rođaka u uzlaznoj ili silaznoj liniji;
3. između braće i sestara sa istom majkom i istim ocem, sa istom majkom ili sa istim ocem;
4. ako, u vrijeme osnivanja partnerstva, partneri odbiju prihvatiti dužnosti iz člana 2.

...

9. Član 2. LpartG-a propisuje: "Životni partneri moraju se podržavati i brinuti jedan o drugome te se međusobno obavezati na životno partnerstvo. Svaki će prihvatiti svoje odgovornosti u odnosu na drugoga."

10. Prema članu 5 tog Zakona: "Oba životna partnera dužna su odgovarajuće doprinositi zajedničkim potrebama partnerstva svojim radom i svojom imovinom. Druga rečenica člana 1360, član 1360a i član 1360b Građanskog zakonika, te drugi stav člana 16, analogno se primjenjuju."

11. Član 11 (1) tog Zakona propisuje: "Osim ako drugačije nije propisano, životni partneri smatraće se članovima porodice drugog životnog partnera".

Zakonodavstvo o penziji udovice_udovca

12. LpartG-om je njemačko zakonodavstvo uvelo izmjene i dopune VI. knjige Zakonika o socijalnoj sigurnosti – zakonski starosni penzijski sistemi (Sozialgesetzbuch VI – Gesetzliche Rentenversicherung).

13. Član 46 VI. knjige, u pravosnažnog izdanja od 1. januara 2005. godine (Zakonik o socijalnoj sigurnosti), propisuje:

1) Udovice ili udovci koji se nijesu preudali imat će pravo, nakon smrti osiguranog bračnog druga, na malu penziju udovice ili udovca, ukoliko je osigurani bračni drug bio osiguran kroz opšte kvalifikaciono razdoblje. Ovo je pravo ograničeno maksimalnim trajanjem od 24 kalendarska mjeseca od mjeseca nakon osiguranikove smrti.

...

4) Radi utvrđivanja prava na penziju udovice ili udovca, zasnivanje životnog partnerstva tretirat će se kao jednako kao zasnivanje braka, životno partnerstvo jednako kao brak, preživjeli partner jednako kao udovica ili udovac, a životni partner jednako kao bračni drug. Raskid ili poništenje novoga partnerstva tretirat će se jednako kao odgovarajući raskid ili poništenje braka."

14. VI. knjiga sadrži i ostale slične odredbe o tretiranju životnog partnerstva jednako kao braka, naročito član 47. (4), član 90. (3), član 107. (3) i član 120. e (1).

Kolektivni ugovor za njemačka pozorišta

15. Član 1. Kolektivnog ugovora za njemačka pozorišta (Tarifordnung für die deutschen Theater) od 27 oktobra 1937. godine (Reichsarbeitsblatt 1937 VI, str. 1080; „Kolektivni ugovor“) predviđa:

1) Svaka pravna osoba koja obavlja pozorišnu djelatnost unutar Reicha mora plaćati, u ime pozorišnih profesionalaca zapošljenih u prostoru pozorišta, doprinose za starosnu i porodičnu penziju, u skladu s odredbama koje slijede, i dati pisano obavještenje o uplaćenim doprinosima svakom pozorišnom profesionalcu u svom osoblju.

2) U dogovoru sa zainteresiranim ministrima Reicha, ministar za narodno prosvjetljenje i propagandu odredit će osiguravajuću instituciju te utvrditi uslove osiguranja (propise). Takođe će odrediti datum od kojeg se doprinosi moraju uplaćivati, što je obavezujuće prema ovom Ugovoru.

3) Za potrebe ovog Ugovora, pozorišni profesionalci su osobe koje su, prema Zakonu o komori Reicha za kulturu i ostalom mjerodavnom zakonodavstvu, obavezni članovi Pozorišne komore Reicha (scensko odjeljenje), naročito: producenti, glumci, dirigenti, reditelji, scenari-

sti, horski direktori, treneri, scenografi, šaptači i osobe sličnog zanimanja, tehničko osoblje (na primjer vodeći ljudi u pomoćnom osoblju, osobe zadužene za kulisu i scensku dekoraciju, kostimografi i osobe sličnog zanimanja, ukoliko su odgovorni za rad svog odjeljenja), zajedno sa koreografima, članovima orkestra, plesačima i frizerima.“

16. Član 4. Kolektivnog ugovora predviđa: “Pozorišni operater i pozorišni profesionalac snosiće svaki po pola premije osiguranja. Pozorišni operater mora dostaviti premije osiguranja osiguravajućoj instituciji.“

Statut Vddb-a

17. Članovi 27, 32 i 34 Statuta Vddb-a predviđaju:

“Član 27. – Lične penzije i opšti uslovi

(1) Pravo na penziju nastaje u sljedećim slučajevima: nesposobnost za rad ili invalidnost, prijevremena penzija, starost uobičajena za odlazak u penziju i smrt.

(2) U praksi, institucija će isplaćivati penziju udovici (članovi 32. i 33.) i udovcu (član 34.) putem porodične penzije ako je, odmah prije datog događaja nastalo pravo na penziju, osigurana osoba bila obavezno osigurana, svojevrijemno osigurana ili produženo osigurana, i ako je protekao kvalifikacijski period... .

...

Član 32. – Penzija udovice

(1) Supruga osiguranog ili penzionisanog muškarca, ukoliko je brak postojao na dan muškarčeve smrti, ima pravo na penziju udovice.

...

Član 35. – Penzija udovca

(1) Suprug osigurane ili penzionisane žene, ukoliko je brak postojao na dan ženine smrti, imaće pravo na penziju udovca.

...

18. Član 30(5) Statuta Vddb-a propisuje postupak za određivanje iznosa penzije s obzirom na koji se računa i porodična penzija.

Glavni postupak i pitanja upućena na prethodnu odluku

19. Dana 8. novembra 2001. godine, u skladu s članom 2. LpartG-a po njegovoj prvobitnoj verziji, gospodin Maruko sklopio je životno partnerstvo sa kostimografom.

20. Životni partner gospodina Maruka bio je član Vddb-a od 1. septembra 1959. godine te je dobrovoljno nastavljao doprinositi toj instituciji čak i u periodu kad nije bio obavezan biti član.

21. Životni partner gospodina Maruka umro je 12. januara 2005. godine.

22. Pismom od 17. februara 2005. godine, gospodin Maruko se prijavio Vddb-u za penziju udovca. Odlukom od 28. februara 2005. godine, Vddb je odbio njegovu prijavu na osnovu toga što njihovi propisi ne priznaju takvo pravo preživjelim životnim partnerima.

23. Gospodin Maruko podnio je tužbu Bayerisches Verwaltungsgericht München (Bavarskom Upravnom sudu u Minhenu), sudu koji je podnio zahtjev za prethodnom odlukom. Prema gospodinu Maruku, Vddb-ovo odbijanje krši načelo jednakog postupanja, s obzirom da, od 1. januara 2005. godine, njemačko zakonodavstvo poistovjećuje i tretira životno partnerstvo i brak jednakim uslovima, naročito uvođenjem člana 46. (4) u Zakonik o socijalnoj sigurnosti. Osparavati osobi čiji je životni partner umro pravo na porodičnu penziju pod istim uslovima kao preživjelom bračnom drugu je diskriminacija te osobe po osnovu seksualne orijentacije. Prema mišljenju gospodina Maruka, životni su partneri stavljeni u nepovoljniji položaj od bračnih drugova, iako se, kao i bračni drugovi, moraju podržavati i brinuti jedan o drugima, iako su međusobno obavezani na životno partnerstvo te iako svaki prihvata odgo-

vornosti u odnosu na drugoga. Pravila o imovini životnih partnera u Njemačkoj su jednaka onima o imovini bračnih drugova.

24. Nacionalni sud želi saznati, prvo, može li se penzijski sistem kojim upravlja VddB smatrati jednakim državnim sistemom socijalnog osiguranja u smislu člana 3. (3) Direktive 2000/78 te je li taj sistem izvan kompetencija, nadležnosti, direktive. Sud tvrdi da je činjenica što je članstvo u VddB-u zakonska obaveza te što ne dolazi u obzir pregovaranje takvog članstva u bilo kojem pozorišnom preduzeću pokazatelj te jednakosti. Međutim, nacionalni sud takođe je napomenuo da, izvan vremenskog perioda provedenog u radnom odnosu, pozorišni profesionalci imaju mogućnost svojevoljno nastaviti članstvo u penzijskom sistemu; da je sistem zasnovan na načelu kapitalizacije; da pozorišno poduzeće i osigurana osoba plaćaju svaki po pola doprinosa; te da VddB upravlja i uređuje svoje aktivnosti autonomno, bez uplitanja saveznog zakonodavstva.

25. Nacionalni sud tvrdi da se, u pogledu strukture VddB-a i odlučnog uticaja pozorišnih preduzeća i osiguranih osoba nad njegovim radom, naginje mišljenju da VddB ne upravlja sistemom jednako kao što se upravlja državnim sistemom socijalnog osiguranja, u smislu člana 3 (3) Direktive 2000/78.

26. Nacionalni sud želi saznati, drugo, može li se porodična penzija u pitanju smatrati "platom" u smislu člana 3. (1) Direktive 2000/78, što bi opravdalo primjenu Direktive. Nacionalni sud tvrdi da, kao opšte pravilo, u kontekstu prakse Suda, penzija koja se isplaćuje preživjelima ulazi u okvir koncepta "plate". Prema nacionalnom sudu, na takvo tumačenje ne utiče činjenica da se porodična penzija u pitanju ne isplaćuje radniku, nego njegovom preživjelom partneru, jer je pravo na takvu penziju beneficija koja proističe iz radnikovog članstva u penzijskom sistemu kojim upravlja VddB, tako da penzija pripada preživjelom partneru radnika po osnovu radnog odnosa poslodavca i radnika.

27. Nacionalni sud želi saznati, treće, isključuje li kombinacija odredbi člana 1 i člana 2 (2) (a) Direktive 2000/78 odredbe propisa kao što su oni VddB-a, prema kojima osoba čiji je životni partner umro ne prima porodičnu penziju jednaku onoj ponuđenoj preživjelom bračnom drugu, iako su, kao i bračni drugovi, životni partneri živjeli u zajednici međusobne potpore i pomaganja koja je formalno osnovana za cijeli život.

28. Prema nacionalnom sudu, iz razloga što ovaj slučaj ulazi pod nadležnost Direktive 2000/78 i što postoji diskriminacija, gospodin Maruko može se osloniti na odredbe Direktive.

29. Nacionalni sud dodaje da je, za razliku od heteroseksualnih parova koji mogu sklopiti brak i koji, ukoliko nastupi osigurani slučaj, imaju pravo na porodičnu penziju, osiguranoj osobi i tužiocu u glavnom postupku, zbog njihove seksualne orijentacije, nemoguće zadovoljiti uslove vezane za brak od kojih zavisi pravo na takvu penziju prema penzijskom sistemu kojim upravlja VddB. Prema mišljenju nacionalnog suda, moguće je da kombinacija odredbi člana 1 i 2.(2)(a) Direktive 2000/78 isključuje odredbe kao što su one iz Statuta VddB-a prema kojima se pravo na tu penziju ograničava na preživjele bračne drugove.

30. Ako kombinacija odredbi člana 1 i 2 (2)(a) Direktive 2000/78 isključuje takve odredbe u propisima kao što su oni VddB-a, nacionalni sud želi saznati, četvrto, je li diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije dozvoljena u smislu recitala 22. preambule te Direktive.

31. Nacionalni sud primjećuje da sadržaj tog recitala nije odražen u izreci Direktive 2000/78. Zanima ga može li takav recital ograničiti primjenu Direktive. Nacionalni sud smatra da, u pogledu važnosti načela jednakog postupanja prava Zajednice, nije prikladno široko tumačiti recitale Direktive. Povezano s tim, nacionalni sud želi saznati predstavlja li, u slučaju pred njim, VddB-ovo odbijanje da isplati porodičnu penziju osobi čiji je životni partner umro diskriminaciju koja je dopustiva iako se zasniva na seksualnoj orijentaciji.

32. Peto, nacionalni sud želi saznati je li, u skladu s slučajom C262/88 Barber ([1990] ECR I1889), pravo na porodičnu penziju ograničeno na periode nakon 17. maja 1990. godine. Nacionalni sud tvrdi da odredbe nacionalnog prava u pitanju u glavnom postupku spadaju pod član 141. EZ i da se na direktan uticaj tog člana može osloniti samo obzirom na penzije isplative za

periode zapošljenosti nakon 17. maja 1990. godine. Nacionalni se sud u tom pogledu poziva na slučaj C200/91 Coloroll Pension Trustees ([1994] ECR I4389).

33. U tim okolnostima, Bayerisches Verwaltungsgericht München odlučio je obustaviti postupak i uputiti sljedeća pitanja Sudu pravde na prethodnu odluku:

1. Da li je obavezni profesionalni penzijski sistem, kao što je sistem u ovom slučaju kojim upravlja Vddb, sistem sličan državnim sistemima u smislu člana 3. (3) Direktive Savjeta 2000/78 ... ?

2. Mogu li se penzije koje preživjelima isplaćuje obavezna profesionalna penzijska institucija u obliku penzije udovice_udovca smatrati platom u smislu člana 3. (1)(c) Direktive 2000/78 ... ?

3. Isključuje li član 1., zajedno s članom 2 (2)(a) Direktive 2000/78, propise koji uređuju dodatni penzijski sistem prema kojem registrovani partner ne prima nakon smrti njegovog partnera porodičnu penziju jednaku onoj koja je na raspolaganju bračnim drugovima iako, kao i bračni drugovi, registrovani partneri žive u zajednici međusobne podrške i pomaganja koja je formalno zasnovana za cijeli život?

4. Ako se na prethodna pitanja pozitivno odgovori: da li je diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije dozvoljena shodno preambuli Direktive 2000/78 ... ?

5. Da li je pravo na porodičnu penziju ograničeno na period nakon 17. maja 1990. godine u kontekstu sudske prakse iz slučaja Barber [citirano iznad]?"

Pitanja upućena na prethodnu odluku

Prvo, drugo i četvrto pitanje

34. Prvim, drugim i četvrtim pitanjem, na koje je primjereno zajedno odgovoriti, nacionalni sud želi saznati, u suštini, spada li porodična penzija, isplativa prema profesionalnom penzijskom sistemu, kao što je onaj kojim upravlja Vddb, u nadležnost Direktive 2000/78.

Primjedbe podnijete Sudu

35. Obzirom na prvo i drugo upućeno pitanje, Vddb smatra da je sistem kojim upravlja zakonski sistem socijalnog osiguranja te da se porodičnu penziju u pitanju u glavnom postupku ne može smatrati "platom" u smislu člana 3 (1)(c) Direktive 2000/78. Ta je penzija, dakle, izvan primjene te direktive.

36. U prilog tom stavu, Vddb tvrdi, između ostalog, da je tijelo uređeno javnim pravom i dio je savezne državne uprave te da je penzijski sistem u pitanju u glavnom postupku obavezni sistem uspostavljen zakonom. Vddb dodaje da Kolektivni ugovor ima zakonsku snagu te je integrisan, zajedno sa Statutom Vddb-a, u unifikacijski ugovor od 31. avgusta 1990. godine te da se obavezno članstvo primjenjuje na kategorije radnika definisane u opštim uslovima. Porodična penzija u pitanju u glavnom postupku nije direktno povezana sa određenim zaposlenjem, već sa opštim stavovima socijalne politike. Ne zavisi direktno od vremenskog perioda zapošljenosti, a iznos nije određen posljednjom isplaćenom platom.

37. Komisija smatra, s druge strane, da porodična penzija u pitanju u glavnom postupku spada u nadležnost Direktive 2000/78, budući da se isplaćuje u skladu s radnim odnosom između osobe i njegovog poslodavca, posljedica čega je obavezno članstvo zaposlenog u Vddb-u. Iznos penzije utvrđuje se u skladu sa osiguranim periodom i uplaćenim doprinosima.

38. Što se tiče četvrtog pitanja, i gospodin Maruko i Komisija primjećuju da sadržaj recitala 22 preambule Direktive 2000/78 nije naveden u tekstu Direktive. Prema gospodinu Maruku, da su propisi Zajednice htjeli isključiti sve penzije vezane uz građanski status iz nadležnosti Direktive 2000/78, sadržaj bi tog recitala bio predmet pojedinih odredbi u tekstu Direktive. Prema Komisiji, taj recital samo navodi da Evropska unija nema nadležnost u pogledu građanskog statusa.

39. Vddb i Vlada UK smatraju da, pored ostalog, recital 22. preambule Direktive 2000/78 sadrži jasno i opšte isključenje te da određuje primjenu Direktive. Direktiva se ne primjenjuje na

odredbe nacionalnog zakona o građanskom statusu ili o povlasticama koje zavise od tog statusu, kao što je porodična penzija u pitanju u glavnom postupku.

Odgovor Suda

40. Jasno je prema članu 3. (1) i (3) Direktive 2000/78 da se Direktiva primjenjuje na sve osobe, u javnom i privatnom sektoru, uključujući javna tijela, između ostalog, u odnosu na uslove plate i ne primjenjuje na uplate bilo koje vrste iz državnih ili sličnih sistema, uključujući i državne sisteme socijalne sigurnosti i socijalne zaštite.

41. Primjenjivost Direktive 2000/78 mora se razumjeti na način da, u kontekstu odredbi razmatranih zajedno s recitalom 13 preambule Direktive, isključuje sisteme socijalne sigurnosti i socijalne zaštite, čije povlastice nijesu jednake "plati" u smislu primjene člana 141. EZ ili uplatama bilo koje vrste od strane države s ciljem omogućavanja pristupa zapošljavanju ili zadržavanju posla.

42. Zato se mora utvrditi može li se porodična penzija odobrena prema profesionalnom penzijskom sistemu, kao što je onaj kojim upravlja Vddb, smatrati jednakom "plati" u smislu člana 141. EZ.

43. Član 141. EZ predviđa da "plata" podrazumijeva redovnu osnovnu ili minimalnu zaradu ili dohodak i svaku drugu nadoknadu u gotovini ili drugu vrstu primanja, koju radnik prima direktno ili indirektno, u skladu sa svojom zaposlenošću, od svog poslodavca.

44. Kao što je Sud već odlučio (vidjeti slučaj C109/91 Ten Oever [1993] ECR I4879, stav 8., i slučaj C7/93 Beune [1994] ECR I4471, stav 21.), činjenica da su neke naknade isplaćene nakon prestanka radnog odnosa ne sprečava ih da se smatraju "platom" u smislu člana 141. EZ.

45. Time je Sud priznao da porodična penzija, odobrena prema profesionalnom penzijskom sistemu koji je uređen kolektivnim ugovorom, ulazi u djelokrug člana 141. EZ. Sud je naveo da činjenica što se takva penzija, po svojoj definiciji, isplaćuje preživjelome a ne radniku, ne može uticati na takvo tumačenje jer, kako ta penzija proizlazi iz članstva umrlog bračnog druga u tom sistemu, penzija pripada preživjelome po osnovu radnog odnosa poslodavca i umrlog bračnog druga te se isplaćuje preživjelome zbog zapošljenja njegovog bračnog druga. (vidjeti Ten Oever, stavovi 12. i 13.; Coloroll Pension Trustees, stav 18; slučaj C147/95 Evrenopoulos [1997] ECR I2057, stav 22; i slučaj C379/99 Menauer [2001] ECR I7275, stav 18.).

46. Dodatno, u cilju utvrđivanja spada li starosna penzija, na osnovu koje se, ukoliko nastane potreba, kao što je nastala u ovom slučaju, izračunava porodična penzija, u primjenjivost člana 141. EZ, Sud je naveo da, od kriterijuma za identifikaciju penzijskog sistema, obzirom na okolnosti, kriterijum koji se može pokazati odlučnim je isplaćuje li se starosna penzija radniku zbog radnog odnosa između njega i njegovog bivšeg poslodavca, odnosno kriterijum zaposlenosti, zasnovan na sadržaju tog člana (vidjeti, u tom smislu, Beune, stav 43; Evrenopoulos, stav 19; slučaj C366/99 Griesmar [2001] ECR I9383, stav 28.; slučaj C351/00 Niemi [2002] ECR I7007, stavovi 44. i 45.; te spojeni slučajevi C4/02 i C5/02 Schönheit and Becker [2003] ECR I12575, stav 56.).

47. Priznaje se da se taj kriterijum ne može smatrati isključivim, budući da se penzije isplaćene prema zakonskom sistemu penzijskog osiguranja mogu, u potpunosti ili djelomično, smatrati platom obzirom na rad (Beune, stav 44.; Evrenopoulos, stav 20.; Griesmar, stav 29.; Niemi, stav 46.; and Schönheit and Becker, stav 57.).

48. Međutim, okolnosti socijalne politike, državne organizacije, etike, ili čak budžetskih potreba koje su uticale ili su mogle uticati na uspostavljanje sistema od strane države ne mogu prevladati ako se penzija odnosi samo na određenu kategoriju radnika, ako je direktno povezana s ostvarenim radnim stažom i ako se njen iznos računa obzirom na posljednju isplaćenu platu (Beune, stav 45.; Evrenopoulos, stav 21.; Griesmar, stav 30.; Niemi, stav 47.; and Schönheit and Becker, stav 58.).

49. Obzirom na obavezni profesionalni penzijski sistem kojim upravlja Vddb, mora se prijetiti, prvo, da proizlazi iz Kolektivnog ugovora koji je, prema informacijama koje je pružio

nacionalni sud, sklopljen kao dopuna novčanim pravima iz socijalnog osiguranja isplativim prema nacionalnom zakonodavstvu opšte nadležnosti.

50. Drugo, opšti stav je da se taj sistem finansira isključivo od radnika i poslodavaca u odnosnom sektoru, bez ikakvog sufinansiranja od strane države.

51. Treće, jasno je iz dokumenata podnijetih Sudu da je sistem namijenjen, u skladu s članom 1. Kolektivnog ugovora, pozorišnim profesionalcima zapošljenim u njemačkim pozorištima.

52. Kao što je naveo nezavisni advokat u tački 70. svog Mišljenja, priznanje prava na porodičnu penziju zahtjeva da je bračni drug osobe koja će primati penziju bio član Vddb-a prije smrti. To je članstvo obavezno za pozorišne profesionalce zapošljene u njemačkim pozorištima. Članovi su takođe i određene osobe koje dobrovoljno odlučuju o članstvu u Vddb-a, ukoliko je takvo članstvo moguće, odnosno ukoliko osobe u pitanju mogu dokazati da su prethodno bile zapošljene u pozorištu u Njemačkoj određeni broj mjeseci.

53. Ti obavezni i dobrovoljni članovi, dakle, čine određenu kategoriju radnika.

54. Dalje, što se tiče kriterijuma da penzija mora biti direktno povezana s periodom ostvarenog radnog staža, mora se primijetiti da je, prema članu 30. (5) Statuta Vddb-a, iznos starosne penzije, na osnovu koje se računa porodična penzija, određen vremenskim periodom radnikovog članstva, što je logična posljedica strukture profesionalnog penzijskog sistema u pitanju koju čine dvije vrste članstva, kao što je saopšteno u stavovima 52. i 53. ove presude.

55. Iznos te starosne penzije nije određen zakonom; dodatno, prema članu 30. (5) Statuta Vddb-a, izračunat je po osnovu ukupnog iznosa doprinosa uplaćenih za vrijeme radnikovog članstva, na koji se primjenjuje indeksirani faktor.

56. Slijedi da, kao što je nezavisni advokat istaknuo u tački 72. svog Mišljenja, porodična penzija u glavnom postupku proizlazi iz radnog odnosa životnog partnera gospodina Maruka te se stoga mora smatrati "platom" u smislu člana 141. EZ.

57. Na taj zaključak ne utiče činjenica da je Vddb javno tijelo (vidjeti, u tom smislu, Evrenopoulos, stavovi 16. i 23.) ili činjenica da je članstvo u sistemu kojim nastaje pravo na porodičnu imovinu u pitanju u glavnom postupku obavezno (vidjeti, u tom smislu, Evrenopoulos, stavovi 16. i 23.).

58. Što se tiče primjene recitala 22. preambule Direktive 2000/78, taj recital navodi da Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalne zakone o bračnom statusu i pripadajuće povlastice.

59. Priznaje se da su građanski status i pripadajuće beneficije pitanja koja ulaze u nadležnost država članica i pravo Zajednice ne umanjuje tu nadležnost. Međutim, mora se naglasiti da se u ostvarivanju te nadležnosti države članice moraju usaglasiti s pravom Zajednice a posebno sa odredbama vezanim za načelo nediskriminacije (vidjeti, u tom smislu, slučaj C372/04 Watts [2006] ECR I4325, stav 92., i slučaj C444/05 Stamatelaki [2007] ECR I3185, paragraf 23).

60. Budući da se porodična penzija, kao što je ona koja je slučaj glavnog postupka, smatra "platom" u smislu člana 141. EZ i da ulazi u primjenjivost Direktive 2000/78, iz razloga navedenih u stavovima od 49. do 57. ove presude, recital 22 preambule Direktive 2000/78 ne može uticati na primjenu Direktive.

61. U tim okolnostima, odgovor na prvo, drugo i četvrto pitanje je taj da porodična penzija, odobrena prema profesionalnom penzijskom sistemu kao što je onaj kojim upravlja Vddb, ulazi pod nadležnost Direktive 2000/78.

Treće pitanje

62. Trećim pitanjem, nacionalni sud želi saznati isključuje li kombinacija člana 1. i 2. Direktive 2000/78 zakonodavstvo kao što je ono koje je je predmet glavnog postupka, po kojem, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima porodičnu penziju jednaku onoj koja je odobrena preživjelom bračnom drugu, iako, kao i bračni drugovi, životni partneri žive u zajednici međusobne podrške i pomaganja koja je formalno zasnovana za cijeli život.

Primjedbe podnesene Sudu

63. Gospodin Maruko i Komisija smatraju da odbijanje da se preživjelim životnim partnerima odobri porodična penzija u pitanju u glavnom postupku predstavlja indirektnu diskriminaciju u smislu Direktive 2000/78, budući da dvije osobe istog pola ne mogu sklopiti brak u Njemačkoj te se, vezano s time, ne mogu kvalifikovati za tu penziju, pravo koje je rezervisano za preživjele bračne drugove. Prema njihovom mišljenju bračni drugovi i životni partneri su u uporednom pravnom položaju koji opravdava odobravanje te penzije preživjelim životnim partnerima.

64. Prema VdB-u, ne postoji ustavna obaveza na jednako tretiranje braka i životnog partnerstva, ukoliko se tiče zakona o socijalnoj sigurnosti ili o penzijama. Životno partnerstvo je institucija sui generis te predstavlja novi oblik građanskog statusa. Ne može se zaključiti iz njemačkog zakonodavstva da postoji obaveza jednako postupati prema životnim partnerima, s jedne strane, i bračnim drugovima, s druge.

Odgovor Suda

65. U skladu s članom 1., cilj Direktive 2000/78 je borba protiv određenih oblika diskriminacije, u odnosu na zapošljavanje i zanimanje, uključujući i po osnovu seksualne orijentacije, s ciljem implementacije načela jednakog postupanja u državama članicama.

66. Prema članu 2. Direktive 2000/78, "načelo jednakog postupanja" znači zabranu bilo kojeg oblika direktne ili indirektno diskriminacije po bilo kojoj osnovi iz člana 1. Direktive. U skladu s članom 2. (2)(a) Direktive 2000/78, direktna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u sličnoj situaciji, po bilo kojoj osnovi iz člana 1. Direktive. Član 2. (2)(b)(i) navodi da indirektna diskriminacija postoji kada bi naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa mogla staviti osobe određene vjere ili uvjerenja, određenog invaliditeta, određene starosne dobi, ili određene seksualne orijentacije u nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe, osim ako su ta odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdani legitimnim ciljem, a sredstva postizanja tog cilja su opravdana i neophodna.

67. Jasno je prema informacijama pruženim u zahtjevu za prethodnim mišljenjem da je, od 2001. godine, kada je LpartG, u svojoj prvobitnoj verziji, stupio na snagu, Savezna Republika Njemačka izmijenila svoj pravni sistem kako bi dozvolila osobama istog pola da žive u zajednici međusobne podrške i pomaganja koja je formalno zasnovana za cijeli život. Odlučivši ne dozvoliti tim osobama sklapanje braka, koji je ostao dostupan isključivo osobama različitog pola, država članica je za osobe istog pola stvorila drugačiji režim, životno partnerstvo, čiji se uslovi postupno izjednačavaju s onima koji se primjenjuju na brak.

68. Nacionalni je sud primijetio da je Zakon od 15. decembra 2004. godine doprinio postupnom izjednačavanju režima uspostavljenog za životno partnerstvo s onim primjenjivim na brak. Tim je zakonom njemačko zakonodavstvo izmijenilo i dopunilo VI. knjigu Zakonika o socijalnoj sigurnosti, zakonski starog penzijskog sistema, uvođenjem, između ostalog, četvrtog stava kod člana 46. te knjige, prema kojem je jasno da se životno partnerstvo tretira jednako braku u pogledu penzije udovice ili udovca iz te odredbe. Analogno su izmijenjene i dopunjene ostale odredbe VI. knjige.

69. Nacionalni sud smatra da, u pogledu izjednačavanja braka i životnog partnerstva, što smatra postupnim napretkom u priznavanju jednakosti, kao posljedicom pravila uvedених LpartG-om te, naročito, izmjenama i dopunama prema Zakonu od 15. decembra 2004. godine, životno partnerstvo, iako nije identično braku, stavlja osobe istoga pola u situaciju sličnu sa situaciom bračnih drugova u pogledu porodične penzije kao predmetnog pitanja u glavnom postupku.

70. Međutim, nacionalni sud smatra da je pravo na tu porodičnu imovinu ograničeno, prema odredbama Statuta Vddb-a, na preživjele bračne drugove i uskraćeno preživjelim životnim partnerima.

71. U tom slučaju životni partneri su stavljani u nepovoljniji položaj od preživjelih bračnih drugova obzirom na pravo na porodičnu penziju.

72. Ukoliko nacionalni sud odluči da su preživjeli bračni drugovi i preživjeli životni partneri u sličnom položaju, obzirom na porodičnu penziju, mora se smatrati da, kao posljedica toga, zakonodavstvo kao što je ono u pitanju u glavnom postupku, predstavlja direktnu diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije, u smislu člana 1. i 2. (2)(a) Direktive 2000/78.

73. Iz navedenog slijedi da odgovor na treće pitanje mora biti da kombinacija odredbi člana 1. i 2. Direktive 2000/78 isključuje zakonodavstvo prema kojem, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima porodičnu penziju jednaku onoj odobrenoj preživjelom bračnom drugu, iako, prema nacionalnom pravu, životno partnerstvo stavlja osobe istog pola u položaj sličan položaju bračnih drugova što se tiče te porodične penzije. Na nacionalnom je sudu da utvrdi da li je preživjeli životni partner u položaju sličnom položaju bračnog druga koji je ovlašten na porodičnu penziju predviđenu prema obaveznom penzijskom sistemu kojom upravlja Vddb.

Peto pitanje

74. Petim pitanjem, nacionalni sud želi znati mora li se, u slučaju da sud odluči da Direktiva 2000/78 isključuje zakonodavstvo kao što je ono u pitanju u glavnom postupku, pravo na porodičnu imovinu u pitanju u glavnom postupku vremenski ograničiti, naročito na period nakon 17. maja 1990. godine, po osnovu sudske prakse iz slučaja Barber.

Primjedbe podnesene Sudu

75. Vddb smatra da se slučaj koji je doveo do presude u Barberu razlikuje, u činjenicama i u pravu, od slučaja u glavnom postupku te da se Direktivi 2000/78 ne može dodijeliti retroaktivno dejstvo odlukom da se Direktiva primjenjuje od datuma koji prethodi datumu isteka roka odobrenog državama članicama za njezinu primjenu.

76. Komisija smatra da nije potrebno odgovoriti na peto pitanje. Tvrdi da se slučaj koji je doveo do presude u Barberu razlikuje, u činjenicama i u pravu, od predmeta u glavnom postupku te primjećuje da Direktiva 2000/78 ne sadrži odredbu koja odstupa od načela nediskriminacije na osnovu seksualne orijentacije. Komisija tvrdi da je, nasuprot ovom, u slučaju koji je doveo do presude u slučaju Barber pažnja skrenuta na finansijske implikacije novog tumačenja člana 141. EZ. Komisija tvrdi da, u mjeri u kojoj LpartG nije stupio na snagu do 1. avgusta 2001. godine te budući da je njemačko zakonodavstvo uvelo, od 1. januara 2005. godine, jednako postupanje prema životnim partnerima i braku, obzirom na pravila o socijalnoj sigurnosti, profesionalni penzijski sistemi nijesu finansijski opterećeni uzimanjem u obzir te jednakosti.

Odgovor Suda

77. Jasno je, iz sudske prakse, da Sud može, uzimajući u obzir velike izazove koje njegova odluka može proizvesti zbog ranijih događaja, biti izuzetno podstaknut da limitira mogućnost svim zainteresovanim osobama oslanjanje na tumačenje odredbi koje Sud daje kao odgovor na zahtjev za prethodnom odlukom. Ograničenje takve vrste može dozvoliti samo Sud, u predmetnoj presudi o traženom tumačenju (vidjeti u tom smislu, Barber, stav 41., i slučaj C292/04 Meilicke and Others [2007] ECR I000, stav 36.).

78. Ništa u dokumentima pred Sudom ne sugeriše da će finansijska ravnoteža sistema kojim upravlja Vddb biti retroaktivno poremećena ukoliko učinci ove presude nijesu vremenski ograničeni.

79. Iz navedenog slijedi da odgovor na peto pitanje mora biti da ne postoji potreba da se ograniče vremenski učinci ove presude.

Troškovi

41. Budući da su ovi postupci, za stranke u glavnom postupku, dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud. Troškovi nastali zbog podnošenja prigovora Sudu, osim troškova tih stranaka, nijesu nadoknadivi.

Na tim osnovama, Sud (Veliko vijeće) odlučuje:

1. Porodična penzija utvrđena prema profesionalnom penzijskom sistemu kao što je onaj kojim upravlja Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen ulazi u primjenjivost Direktive Savjeta 2000/78 od 27. novembra 2000. godine o opštem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju .

2. Kombinacija odredbi člana 1. i 2. Direktive 2000/78 isključuje zakonodavstvo prema kojem, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima porodičnu penziju jednaku onoj odobroj preživjelom bračnom drugu, iako, prema nacionalnom pravu, životno partnerstvo stavlja osobe istog pola u položaj sličan sa položajem bračnih drugova što se tiče te porodične penzije. Na nacionalnom je sudu da utvrdi da li je preživjeli životni partner u položaju sličnom s položajem bračnog druga koji je ovlašćen na porodičnu penziju predviđenu prema obaveznom penzijskom sistemu kojom upravlja Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

CRNA GORA

PRESUDA OSNOVNOG SUDA U PODGORICI -
- POSTUPAK ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE
PO TUŽBI NEVLADINIH ORGANIZACIJA
“LGBT FORUM PROGRES”
I “CENTAR ZA ANTIDISKRIMINACIJU EKVISTA “
PROTIV UNIVERZITETSKOG PROFESORA S.R.

PRESUDA OSNOVNOG SUDA U BARU -
- KRIVIČNI POSTUPAK PROTIV M.P.
ZBOG PRIJETNJI LGBT AKTIVISTI

OSNOVNI SUD U PODGORICI, sudija Ana Perović Vojinović, u pravnoj stvari tužilaca "LGBT Forum Progres" sa sjedištem u Podgorici, ul. ..., koga zastupa direktor Zdravko Cimbalević i "Centar za antidiskriminaciju - Ekvista" sa sjedištem u Podgorici, ul. ..., koga zastupa generalni direktor Milan Šaranović, a njih oboje punomoćnik Daliboka Knežević, advokat iz Podgorice, protiv tuženog S.R. iz ..., ul. ..., zbog diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije nakon zaključene glavne i javne rasprave dana 19.04.2013.godine, donio je dana 17.05.2013 godine

PRESUDU

UTVRĐUJE SE povreda prava na jednakost tužilaca "LGBT Forum Progres" i "Centar za antidiskriminaciju - Ekvista", učinjena radnjom tuženog S.R. iz ..., putem objavljivanja teksta dana 09.05.2011.godine u dnevnim novinama „Dan“ pod nazivom "Parada ruganja crnogorskom ponosu" rubrika "Povodi", strana 11, u vidu iznošenja stavova koji vrijeđaju čast i ugled i dostojanstvo ličnosti, ugrožavajući slobode i prava građana_ki pripadnika homoseksualne orijentacije, a koji stavovi predstavljaju akt diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije.

ZABRANJUJE se tuženom ponavljanje radnje diskriminacije objavljivanjem tekstova iste ili slične sadržine putem medija.

NALAŽE SE "YU Media mont" d.o.o. Podgorica, kao osnivaču dnevnog lista „Dan“, putem kojeg je počinjena diskriminacija, da u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude, objavi istu u cjelosti u prvom narednom broju dnevnog lista „Dan“ a na trošak tuženog.

DUŽAN JE tuženi isplatiti tužiocima troškove postupka u visini od 900 eura, u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti presude pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

Obrazloženje

Tužiocima su u tužbi i riječi na raspravi preko punomoćnika naveli da se tuženi svojim ličnim saopštenjem oglasio u dnevnom listu „Dan“, ponedjeljka, 9 maja 2011 godine, u tekstu pod nazivom „Parada ruganja crnogorskom ponosu“, rubrika „Povodi“ na 11 strani, pa u istom iznosi niz kvalifikacija i stavova kojim otvoreno vrijeđa i ponižava građane Crne Gore koji su homoseksualne orijentacije, u istom ih oslovljava neprimjereno i naučno neutemeljeno, ponižava i kvalifikuje na pogrdan i diskriminatoran način, tvrdeći za njih da su bolesni ljudi, da njihova prava i afirmisanje njihovih prava treba ograničiti i zabraniti zarad budućnosti djece. Povod je bio organizovanje Parade ponosa i tuženi se putem medija direktno obraća roditeljima i poručuje: " ... da tog dana, 31. maja za kada je šetnja zakazana, sklone djecu i ne dozvole im da gledaju tu bruku na televiziji. S.R. upozorava da majka sinu nakon toga neće moći da kaže „ti si moj ponos“, te da više neće biti nadahnutih govora sa rečenicom „bio si ponos našeg plemena...". U naslovljenom tekstu tuženi dalje iskazuje: "... uzroci manifestacija nekih oblika homoseksualnosti su u nepravilnom vaspitanju (zabrana druženja ili stvorena odbojnost prema suprotnom polu) a slabije uslovima života (internati, kasarne, zatvori, sportski kolektivi, brodovi). Zašto onda reklamiramo homoseksualnost pred djecom? Zašto ne tražimo uzroke homoseksualnosti i prikladan način liječenja? Na sve homoseksualce se ne primjenjuju iste metode liječenja. Zašto moramo reklamirati takav porok i nazivati Paradom ponosa..... Zašto se homoseksualcima ne nudi pomoć da se oslobode pobune, samoće i da pronađu mogućnost lijepog, prirodnog i normalnog života... Evropa traži da na Paradi ponosa budu i naši funkcioneri. Pa, kako da ne! I oni su naš ponos, izuzimajući ministra manjinskih i ljudskih prava F.D. Kod nas je homoseksualnost rijetka bolest i porok ili prikrivena. Na zapadu. Čitamo, to je prava epidemija, pa zašto da prikrivamo naš ponos. Učesnici parade nemaju adresu, a treba ih dobro zaštititi, jer treba čuvati i njegovati svoj ponos. Pa dobro, demokratski je sve snimati da znamo ko su, ko je naš „ponos“, ocjenio je S.R...." Tužiocima ukazuje da je navedene stavove iznio univerzitetski profesor koji na taj način može obmanjivati

mlađe generacije prilikom edukacije i izloženim istupanjem, tuženi je učinio diskriminatorni akt i prekršio međunarodne konvencije koje garantuju ljudska prava i slobode kao i pozitivnopravne propise Crne Gore u tom domenu.

U završnom izlaganju predložili su sudu da usvoji tužbeni zahtjev na način kako je to precizirano podneskom od 14.03.2013.godine, kao i na zaključnom ročištu.

Troškove postupka su tražili.

Tuženi je u odgovoru na tužbu i riječi na raspravi osporio osnovanost tužbenog zahtjeva. Tuženi smatra da tužioci pogrešno interpretiraju njegove navode, jer je u pitanju njegov stav o homoseksualnosti i shvatanju ovog pojma, koji je zasnovan na tradicionalnoj i naučnoj osnovi. Istakao je prigovor nedostatka aktivne i pasivne procesne legitimacije, smatrajući da tužioci nemaju ovlaštenja za vođenje konkretne parnice protiv njega uz istovremeno ukazivanje da tužbeni zahtjev opet nije precizan iako su tužioci višenavratno precizirali tužbeni zahtjev. Stavovi tuženog nijesu diskriminatorni po osnovu seksualne orijentacije kako to tvrde tužioci, jer se članak objavljen u novinama ne tumači cjelovito. U članku se govori o homoseksualnosti kao pojmu uopšte, i nigdje se ne pominju građani homoseksualci pojedinačno i uopšteno. Tuženi ukazuje da je u tekstu naveo da nasilje ne smije biti primjenjeno prema homoseksualcima niti da se njihova prava na bilo koji način ugrožavaju i tuženi nije podsticao diskriminaciju. Nije ni tačna tvrdnja tužilaca da je homoseksualnost nazvao bolešću, jer pravilnim tumačenjem cijelog teksta, tuženi je objašnjavao pojam homoseksualnosti koji se kroz razvoj nauke različito tumačio i neke od mogućih uzroka homoseksualnosti, pa u stručnost tuženog kao profesora i naučnika niko ne može ulaziti van njegove struke. Homoseksualci mogu nastaviti slobodno sa svojim životom ukoliko ne ometaju slobodu drugih, pa je tuženi, kao i mnogi drugi u Crnoj Gori, izrazio stav da je protiv reklamiranja homoseksualaca ali za zaštitu svih njihovih prava.

U završnom izlaganju naveo je da traži troškove postupka u fiksnom iznosu od 1.800.00 eura na ime duševnih bolova koje tuženi trpi za vrijeme trajanja ovog postupka, posebno zbog navoda da su istupanja tuženog bez naučnog utemeljenja, što nije tačno, jer je tuženi dokazao suprotno, pa smatra da tužioci i sa zaključnim ročištem nijesu naveli konkretno ime koje se bavi naukom, koje je iznijelo suprotne navode od ovog što je tuženi do sada izlagao. Smatra da su postavljeni tužbeni zahtjevi tužilaca neprecizni i uopšteno jer se jednostavno sa njihove strane nije dokazalo čime su to uvrijeđeni.

Kao prvo, Sud je razmotrio i cijenio postojanje procesnih predstavki za vođenje ovog postupka, pa se da zaključiti da je tužba blagovremena shodno čl.27 Zakona o zabrani diskriminacije kojim članom se propisuje da se ova tužba može podnijeti u roku od 90 dana od saznanja da za učinjenu diskriminaciju, odnosno, tužioci su ovdje ustali sa tužbom dana 10.05.2011 godine, smatrajući da je tužilac diskriminatorno nastupao u tekstu pod nazivom „Parada ruganja crnogorskom ponosu”, koji je objavljen u dnevnom listu „Dan”, dana 09.05.2011 godine. Takođe imajući u vidu da je tuženi istakao i prigovor zbog nedostatka procesne legitimacije na strani tužilaca, to valja ukazati da tužioci jesu aktivno legitimisani temeljom čl. 30 Zakona o zabrani diskriminacije, kojim je propisano da ovakvu tužbu mogu podnijeti i organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava a uz pisani pristanak diskriminisanog lica ili grupe lica. Za pristanak grupe lica na kojem insistira čl. 30 st.2 pomenutog zakona, tužioci su priložili osnivačke akte sa potpisima osnivača i posebnu pisanu izjavu o saglasnosti za zastupanje Zdravka Cimbalevića, ovdje direktora tužioca prvog reda, koji smatra da ga je tuženi diskriminisao ličnim stavovima preko medija, kao jedinu javno deklarisanu osobu po osnovu seksualne orijentacije u Crnoj Gori. Specifičnost ove kolektivne tužbe ogleda se u mogućnosti da kolektivni postupak u svojstvu tužilaca pokreću osobe i organizacije, koje same ne moraju biti žrtve direktne povrede prava, već postupak vode u ime zaštite prava grupe, odnosno poimenično neidentifikovanih osoba. Međutim, u ovom slučaju tužioci pokrenuli postupak u svom a i u tuđem interesu, koji se može smatrati u

izvjesnom smislu i javnim interesom pa se kolektivna tužba može smatrati i podvrstom postupka u javnom interesu (tzb. actio popularis, tužba u ime naroda).

Sud je u dokaznom postupku pročitao spise predmeta P.br.1893/11, tekst pod nazivom „..... da se javno izvini homoseksualcima” od 10.05.2011. godine, objavljenom u dnevnom listu „Dan”, tekst pod nazivom „Parada ruganja crnogorskom ponosu” od 09.05.2011. godine, objavljenom u dnevnom listu „Dan”, Odluku o osnivanju NVO „Progres” od 10.12.2010.godine, čitaju se izmjene i dopune Statuta NVO LGBT Forum progress od 12.07.2012.godine, Statut Centra za antidiskriminaciju ekvista od 11.07.2012.godine, Odluku o osnivanju Centra za antidiskriminaciju ekvista od 29.05.2009.godine, rješenje MUP-a br.05-006/12-14659/1 od 25.09.2012. godine, pismeno obraćanje prof.dr. Blagoju Ceroviću, dekanu Filozofskog fakulteta Univerziteta od 09.05.2011.godine, u potpisu zakonskog zastupnika tužioca I reda te D.U., izvršio uvid u udžbenike „Nastava poznavanja prirode i ekologije”, u udžbenik „Poznavanje prirode za IV razred osnovne škole, u udžbenik „Priroda i društvo za treći razred osnovne škole”, autora tj. koautora tuženog.

Zakonski zastupnik tužioca prvog reda je kao parnična stranka naveo da se dana kada je istupio pred crnogorsku javnost i javno se deklarirao kao homoseksualac, zapravo tada i legitimirao kao zastupnik interesa LGBT zajednice u Crnoj Gori 2011.godine, tj. Iste godine, organizacija LGBT je pokušala organizovati povorku ponosa i upravo u procesu organizovanja povorke – parade, saznali su za sporni tekst koji je objavljen u Dnevnom listu Dan. Našao je tekst za veoma uvredljiv, jer je u tom trenutku bio jedini predstavnik LGBT zajednice u smislu da istupa u javnosti. Kao pripadnik te zajednice, našao je u navodima teksta da ga je tuženi lično prozvao, smatrajući ga bolesnim dok on sebe smatra ponosnim, a iz tvrdnji tuženog proizilazi da Cimbalević tim ponosom roditeljima djece u Crnoj Gori, zapravo nameće stav kojim njihovu djecu uništava. Upravo da se prof. S.R. bavio istraživanjima i naučnim aspektima, ne bi mogao istupiti na taj način na koji je istupio, tvreći da je homoseksualnost uzrok lošeg vaspitanja, karsarni, brodova i internata. Samim tim da je Svjetska zdravstvena organizacija, čija je i Crna Gora članica, istupila sa stavom da homoseksualnost nije bolest još prije nekih 40 godina, smatra da ovi stavovi ugledne institucije, koja iza sebe ima ugledne svjetske istraživače i doktore, svakako ne trebaju biti upitni. Vjerovatno se tuženi okrenuo na neki svoj istraživački rad i mišljenje, ističući ga u navodima u spornom tekstu Dan-a, s tim što je njegova odgovornost intenzivirana po mišljenju zakonskog zastupnika tužioca I reda, jer njegov rad znači i pedagoški uticaj, tj. vaspitni uticaj na podmladak i tuženi je zloupotrijebio svoj položaj, kako bi istakao svoj diskriminatorni stav prema LGBT populaciji, sa kojih razloga smatra Cimbalević Zdravko kao zastupnik LGBT populacije i jedini njen javni predstavnik, da je tuženi u svakom dijelu teksta diskriminisao njega i populaciju kojoj pripada. Tuženi je navedenim mišljenjem, iznijetim u tekstu podstakao homofobiju i doveo na neki način tužiočevu ličnu bezbjednost u pitanje. Nakon objavljivanja teksta, Cimbalević je dobijao prijetnje po objavljivanju teksta na socijalnoj informatičkoj mreži “Facebook”, a na kojoj mreži postoji mogućnost tzv. „linkovanja“, što znači da su skinuli tekst sa tog portala i stavljali u Zdravkov prostor na Facebook-u. Upravo su bili prisutni komentari: „Ovo govori profesor, znači da je u pravu, bolesnici ...“ i tome sl. Dodao je da je tuženi u spornom tekstu „Parada ruganja crnogorskom ponosu“ istupao sa kontradiktornim razmišljanjem, a po tužiocu homoseksualac se rađa sa tim nagonom i homoseksualnost je nezavisna od volje, da bi se neko izjasnio kao homoseksualac ne podrazumijeva da on obavezno mora imati istopolnog partnera i istupanje tuženog prof. S.R. sputava hrabrost i deklarisanje pripadnika gej populacije da se na taj način izražavaju u javnosti i svakako to ne znači da je on - Zdravko Cimbalević jedini član LGBT populacije u CG. Navodima tuženog, Cimbalević se lično osjeća prozvanim zbog homoseksualnosti, ali i drugi pojedinci koji se deklarišu ne javno na taj način i sa kojima ovaj tužilac ima svakodnevne kontakte.

Tuženi je prigovorio iskazu tužioca, jer tuženi nije tako iskazivao u spornom tekstu na način kako to tvrdi tužilac, tužilac ga nigdje nije citirao, nego je pojedine rečenice izvlačio iz konteksta. Tuženi negira da je rekao za homoseksualce da su bolesni ljudi, već tvrdi da među njima ima bolesnih ljudi, što mu je poznato obzirom da je profesor pedagoških nauka.

Zakonski zastupnik tužioca II reda Milan Šaranović, naveo je pred sudom da je organizacija koju predstavlja, organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava koji je osnovni postulat ove organizacije definisan u svim njihovim aktima. Saradnja sa tužiocem I reda je uspostavljena osnivanjem samog tužioca I reda, pošto je tužilac II reda osnovan prije njih i upravo intezivno saraduju oko pitanja zaštite i izdejstvovanja zabrane diskriminacije nad gej populacijom. Naravno da su saradivali i oko organizovanja parade ponosa, tako da su gotovo istovremeno saznali za sporni tekst i organizacija - tužilac II reda, na volonterskoj osnovi pruža mogućnost zastupanja žrtava diskriminacije, što znači da je „Centar za antidiskriminaciju - Ekvista“ pružao besplatnu pravnu uslugu u smislu zastupanja pred sudom pripadnicima LGBT populacije. Ova organizacija ima i dodatnu aktivnost - gotovo svakodnevno definiše pravilne stavove u odnosu na ljudska prava i to ih je opredijelilo da se pridruže konkretnoj tužbi, a dodatni motiv su takođe imali u gotovo svakodnevnom obraćanju pripadnika LGBT populacije, koji su se osjetili diskriminiranim objavljivanjem spornog teksta i koji su izrazili bojazan kako će ih sud i ostatak javnosti tretirati i bilo je sasvim logično da tužioci zajedno istupe antidiskriminatornom tužbom pred ovim sudom, jer im je cilj da spriječe širenje negativnih stavova u društvu protiv jednog dijela populacije a koja se izjašnjava kao LGBT populacija. Svakako, smatra da su navodi spornog teksta diskriminatorni, čak što više, u samom tekstu postoji i određena doza prijetnje, kako to ovaj tužilac zaključuje, i to iz samog kraja teksta.

Tuženi je prigovorio iskazu zakonskog zastupnika tužioca II reda, jer ga je imenovani parafrazirao, a ne citirao i tuženi negira navode da tekstom preovladava jedan ton prijetnje.

S.R. u svom iskazu kao stranka navodi da je svoj radni vijek proveo kao predavač i pedagog i od njega je traženo, konkretno od dnevne novine „Dan“, da izrazi mišljenje po pitanju gej parade, kako to može uticati na djecu, da li to treba organizovati u tradicionalnoj Crnoj Gori i tome slično. Iza spornog teksta stoji u svakoj riječi koju je naveo, ali u tom tekstu i u sutrašnjem pojašnjenju, naveo je da homoseksualcima pripadaju ta prava na dobrovoljnoj osnovi pod uslovom da ne štete drugima. Tvrdi da je u navedenoj situaciji pošao od naučne osnove, pa mu nije jasno po osnovu čega tužioci traže da se izvini zbog objavljenog teksta. U tekstu „Parada rujanja crnogorskom ponosu“ stoji da homoseksualnost ne treba smatrati problemom sve dok ne predstavlja nasilje nad tuđim pravima. Kad je pominjao potrebu za liječenjem, mislio je na neke od njih - konkretno na pedofile i zoofile. Nastupio je pedagoški u tom tekstu, tako da se ne uoči vaspitni uticaj njegovih navoda i kao što je rekao, smatra da je to potpuno ispravno. Takođe smatra da pogrešno tužilačka strana spočitava da on - tuženi, ne razlikuje pojmove pedofilije i homoseksualnosti, jer je svakako u pitanju polni organ - čmar i nema dokumenata kojim se dokazuje suprotno. Naveo je da smatra da treba imati svoja prava ali zna da se pod kojim uslovom i tvrdi da u Crnoj Gori nema populacije homoseksualaca zvanično, zbog čega je on tuženi i prozvan. Opet tvrdi da nije bilo ništa diskriminatorno ni uvredljivo u njegovom istupanju, jer ako on lično predaje na Prirodno Matematičkom Fakultetu, metodiku nastave biologije, na Učiteljskom studiju pri Filozofskom fakultetu, predaje predmet biologija i ekologija i metodiku nastave prirode i društva koja se tiču odnosa u porodici i društvu itd. Za tuženog javno izgovorena riječ univerzitetskog profesora, znači mnogo, društvo bi trebalo, a to ne radi, da pita profesore za mnoge pojave, djelatnosti i postojeće situacije, koje se tiču cijelog društva. Isto tako, tuženi se dodatno izjasnio da je u spornom tekstu pomenuo potrebu da se zaštite djeca, da ne gledaju parade, a još veću opasnost nose i internet sadržaji, posebno koji se tiču pedofilije, koja je vid homoseksualizma, a zaštititi za tuženog znači, da djecu treba lišiti loših uticaja. Upitan dodatno, tuženi smatra da se naša omladina treba edukovati o seksualnosti i da to počne od III razreda osnovne škole, što tuženi i tretira u svom udžbeniku o porodici koji je odobren 2000.

godine, svakako mlade treba upoznavati sa pojmom seksualnosti, da je homoseksualnost jedan vid ljubavi osoba istog pola, ali se moraju objasniti uzroci toga, što bi svakako podrazumijevalo da se na taj način objašnjava i heteroseksualnost i koji su uzroci heteroseksualnosti, pa tuženi ukazuje da je jedna od pogubnih posljedica homoseksualnosti nemogućnost dobijanja potomstva, jer se radi o istopolnim osobama, a to indirektno znači opadanje stope nataliteta u državi. Ako se taj vid ljubavi više reklamira, po tuženom, dobiće široke razmjere, što će ubrzo postati društveni problem i nametnuti potrebu da se donose zakoni da se pedofilima zabrani pristup na svim mjestima na kojima mogu doći u kontakt sa djecom. Takođe, postoji opasnost po riječima tuženog, kad bi se od strane istopolnih parova usvajala djeca, jer bi se omogućio pristup pedofilu da ugrozi dijete. Na pitanje tužilaca šta po definiciji samog tuženog jeste da su prava homoseksualaca na štetu prava drugih i da predstavljaju nasilje, to je tuženi izjavio da zapravo dešavanje seksualnog čina koji nije na dobrovoljnoj osnovi, predstavlja nasilje nad tuđim pravima. Ističe da je njegov prvi kontakt sa osobama koje se aktivno bave pitanjem homoseksualnosti i koje se tako izjašnjavaju, jeste povodom ovog predmeta. Takođe je istakao da generalno homoseksualnost koja pojam nije sinonim za bolest, ima 7 od 10 vrsta homoseksualnosti i neki od vidova tih vrsta jesu bolesti, kao što je to već naveo (pedofilija, zoofilija). Takođe, na dodatno pitanje, tuženi je odgovorio da je homoseksualnost vid ljubavi između dvije osobe istog pola, ali bez nasilja. Takođe, na dodatno pitanje, tuženi ističe da nije dolazio u kontakt sa literaturom koja ne definiše pojedine vidove vrsta homoseksualizma kao bolest, opet je ponovio da je jasno da je homoseksualnost ljubav dvije osobe istog pola, ali pojedine vrste homoseksualnosti jesu bolest i to je svuda u svijetu tako, u svakoj vjeri i u Bibliji i jedna od najtežih posledica homoseksualnosti je širanje bolesti - side i širenje raznih bolesti čiji su uzročnici paraziti iz čmara.

Tužioci su prigovorili iskazu tužioca u cjelosti.

Sud je prihvatio iskaze zakonskih zastupnika tužilaca kao objektivne i uvjerljive, shodno kojima je Sud uz priloženi tekst koji je objavljen u Dnevnom listu „Dan“, ocijenio da su tužioci učinili vjerovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije, dok je iskaz tuženog ocijenjen kao sračunat na postizanje uspjeha u sporu.

Nakon ocjene svih dokaza ukupno i pojedinačno u skladu sa čl. 9 ZPP-a, a primjenom relevantnih propisa za konkretnu pravnu stvar. Sud je ustanovio sledeće:

Članom 8 st. 1 Ustava Crne Gore propisano je da je zabranjen je svaki oblik diskriminacije, po bilo kom osnovu a čl. 17 propisano je da prava i slobode ostvaruju se na osnovu Ustava i potvrđenih međunarodnih sporazuma i svi su pred zakonom jednaki, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo.

Članom 2 st. 1, 2, 3 i 5 Zakona o zabrani diskriminacije („Službeni list CG“, br. 46/2010 i br. 40/2010), propisano je da je diskriminacija je svako neopravdano, pravno ili faktičko, neposredno ili posredno pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje postupanja prema jednom licu, odnosno grupi lica, kao i isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva nekom licu u odnosu na druga lica, koje se zasniva na rasi, boji kože, nacionalnoj pripadnosti, društvenom ili etičkom porijeklu, vezi sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jeziku, vjeri ili uvjerenju, političkom ili drugom mišljenju, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, zdravstvenom stanju, invaliditetu, starosnoj dobi, imovnom stanju, bračnom ili porodičnom stanju, pripadnosti grupi ili pretpostavci o pripadnosti grupi, političkoj partiji ili drugoj organizaciji, kao i drugim ličnim svojstima. neposredna diskriminacija postoji ako se aktom, radnjom ili nečinjenjem lice ili grupa lica, u istoj ili sličnoj situaciji, dovode ili su dovedeni, odnosno mogu biti dovedeni u nejednak položaj u odnosu na drugo lice ili grupu lica po nekom od osnova iz stava 2 ovog člana, osim ako su taj akt, radnja ili nečinjenje objektivno i razumno opravdani zakonitim ciljem, uz upotrebu sredstava koja su primjerena i neophodna za postizanje cilja, odnosno u prihvatljivo srazmjernom odnosu sa ciljem koji se želi postići. diskriminacijom se smatra i podsticanje ili davanje instrukcija da se određeno lice ili grupa lica diskriminišu po nekom od osnova iz stava 1 ovog člana.

Članom 19 Zakona citiranog u stavu iznad, propisano je da svako pravljenje razlike, nejednako postupanje ili dovođenje u nejednak položaj lica po osnovu rodnog identiteta ili seksualne orijentacije, smatra se diskriminacijom. Svako ima pravo da izrazi svoj rodni identitet i seksualnu

orijentaciju. Rodni identitet i seksualna orijentacija su privatna stvar svakog lica i niko ne može biti pozvan da se javno izjasni o svom rodnom identitetu i seksualnoj orijentaciji.

Konkretan spor pred sudom, zahtijevao je i poseban osvrt na međunarodna dokumenta i to prvenstveno na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima, koju je Rezolucijom usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija dana 10 decembra 1948. godine, koja u čl. 1 propisuje da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima, ona su obdarena razumom i sviješću i treba jedni prema drugima da postupaju u duhu bratstva. Članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 04.11.1950 godine, propisuje se da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, članom 10. iste propisano je pravo slobode izražavanja koje uključuje slobodu mišljenja i slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja, bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Članom 14. ove konvencije, propisano je da 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.

Izloženi navodi tužilaca i tuženog ukazuju na dva suprotstavljena interesa - interes prava na privatnost koja je u ovom slučaju u neposrednoj vezi sa pravom okupljanja i udruživanja, koje je kao pravo garantovano čl. 11 pomenute Konvencije i interes prava na slobodu izražavanja tuženog. Kada dođe do takvih konflikata, Sud uspostavlja ravnotežu da bi uspostavio prvenstvo jednog prava u odnosu na drugo. Ravnoteža sukobljenih interesa, od kojih je jedan sloboda izražavanja, uzima u obzir i značaj drugog. Tužioci, kao nevladine organizacije, čiji su ciljevi djelovanja definirani priloženim statutima (čl. 3 Statuta „LGBT Forum Progres“ i čl.10 Statuta „Centar za antidiskriminaciju - Ekvista“) a koji se tiču, između ostalog i promovisanja i unapređenja prava pripadnika LGBTIQ populacije i unapređenja sistema za zaštitu od diskriminacije i ostvarivanje ljudskih prava i vladavine prava uopšte, smatraju da je tuženi svojim istupanjem povrijedio prava ličnosti osoba (čast, ugled i dostojanstvo) kao pripadnika navedene populacije a time i pravo na jednakost tužilaca koji djeluju na polju zaštite i promovisanju njihovih prava i interesa.

Tužilac je nesporno u tekstu pod nazivom „Parada ruganja crnogorskom ponosu“, objavljenom u dnevnom listu „Dan“ dana 09.05.2011 godine, dao svoje mišljenje u pogledu homoseksualnosti, prava homoseksualaca i gej parade, pa je naveo: „...da tog dana 31.maja, za kada je šetnja zakazana, sklone djecu i ne dozvole im da gledaju tu bruku na televiziji.S.R. upozorava da majka sinu neće moći da kaže „ti si moj ponos“, te da više neće biti nadahnutih govora sa rečenicom „bio si ponos našeg plemena“. U naslovljenom tekstu, tuženi dalje iskazuje stav: „... uzroci manifestacija nekih oblika homoseksualnosti su u nepravilnom vaspitanju (zabrana druženja ili stvorene odbojnost prema suprotnom polu), a slabije uslovima života (internati, kasarne, zatvori, sportski kolektivi, brodovi). Zašto onda reklamiramo homoseksualnost pred djecom? Zašto ne tražimo uzroke homoseksualnosti i prikladan način liječenja? Na sve homoseksualce se ne primjenjuju iste metode liječenja. Zašto moramo reklamirati takav porok i nazivati ga paradom ponosa...“. Tuženi takođe navodi: „... Zašto se homoseksualcima ne nudi pomoć da se oslobode pobune, samoće i da pronađu mogućnost lijepog, prirodnog i normalnog života...“, pa pritom navodi „... Evropa traži da na paradi ponosa budu i naši funkcioneri. Pa kako da ne! I oni su naš ponos, izuzimajući ministra manjinskih i ljudskih prava F.D.. Kod nas je homoseksualnost rijetka bolest ili porok ili prikriivena. Na zapadu, čitamo, to je prava epidemija, pa zašto da prikriivamo naš ponos. Učesnici parade nemaju adresu, a treba ih dobro zaštititi, jer treba čuvati i njegovati svoj ponos. Pa, dobro, demokratski je sve snimati da znamo ko su, ko je naš „ponos“, ocijenio je S.R. Tuženi u navedenom tekstu ističe da opšti ciljevi vaspitanja u porodici i školama, pored ostalih, trebalo bi da budu takođe „ukazivanje na biološke aspekte seksualnih odnosa, pojave i probleme homoseksualnosti,praviilan pogled o odnosu polova, te da se osujeti pojava seksualne abnormalnosti i utiče da razvijaju se mladim ljudima osigura zdrava zabava, duhovna hrana i da im odrasli daju dobar primjer.“ Nije sporno da tuženi u okviru teksta, u podnaslovu „Niko nije voljom homoseksualac“, takođe iskazuje: „... Mnogu su postali homoseksualci zarad zarade. Nikada homoseksualci bez obzira na pol, nisu bili bez jednakih prava, kao i ostali ljudi, niko se nije bunio protiv njih, jer taj „porok“ čini srećnim milione ljudi na zemlji...“. Tuženi isto tako, pod istim podnaslovom navodi:“... Heteroseksualci ne vide da su pra-

va građanstva više ugrožena homoseksualcima nego prostitutkama. Niko nije homoseksualac postao voljom, jer to nisu seksualni nagoni prema održavanju vrste, već zadovoljenje instinkta. Odnosi između osoba istog pola teku bez ikakvog prikrivanja i kažnjavanja“. Tokom postupka, tuženi je istakao da stoji iza svake svoje riječi u tekstu jer su njegovi stavovi naučno utemeljeni, da nije iznio diskriminatorni stav, naveo je da bolesti zofiliju i pedofiliju smatra vidovima vrsta homoseksualnosti kojih ima od 7 do 10. Svoje stavove, tuženi, na kome je teret dokazivanja, pravda svojim dugogodišnjim radnim angažmanom kao pedagog (prof.dr. S.R. sada predaje metodiku nastave biologije, na Učiteljskom studiju pri Filozofskom fakultetu, predaje predmet biologija i ekologija i metodiku nastave prirode i društva koje se tiču odnosa u porodici i društvu itd), pa je dostavio sudu tri udžbenika čiji je i autor: „Nastava poznavanja prirode i ekologije“ (Metodika nastave poznavanja prirode i ekologije -posebna interdisciplinarna naučna disciplina), u kojoj knjizi na str. 45 i 46 u pogledu ciljeva i ishoda obrazovanja kao jedan od osnovnih principa obrazovanja, tuženi kao autor postavlja toleranciju među ljudima te važnost saradnje, uvažavanja i poštovanja drugih, u udžbeniku „Poznavanje prirode za IV razred osnovne škole“, tuženi kao koautor predstavlja osnovnu koncepciju čovjekove građe u anatomskom smislu i principe održavanja higijene, dok u udžbeniku „Priroda i društvo za treći razred osnovne škole“, tuženi takođe kaoautor, na str.82 izlaže koncept porodice i proces nastanka potomstva.

Shodno prednje izloženom, Sud zaključuje da tuženi u naslovljenom tekstu nesumnjivo iznosi sopstveni vrednosni sud u odnosu na homoseksualnost, prava homoseksualaca i gej paradu, ali sud nije prihvatio da se radi o naučno utemeljenim stavovima i Sud nalazi da je tuženi izlaganjem svog vrednosnog suda i javno saopštenim mišljenjem, počinio diskriminaciju homoseksualaca.

Naime, svojim stavom u tekstu: „Parada ruganja crnogorskom ponosu“, tuženi je neopravdano napravio razliku u odnosu na populaciju homoseksualaca i dao prednost heteroseksualnoj populaciji (u podnaslovu „Niko nije voljom homoseksualac“ tuženi eksplicitno ukazuje: „... Heteroseksualci ne vide da su prava građanstva više ugrožena homoseksualcima nego prostitutkama...“) i po ocjeni suda, svojim stavovima u tekstu, tuženi osim što je izvršio neposrednu diskriminaciju, dao je i podsticaj da se ovaj dio populacije diskriminiše po osnovu seksualne orijentacije. Iz teksta nesumnjivo proizilazi da po tuženom, homoseksualci ne mogu služiti za primjer u zajednici, jer osobe ovakve seksualne orijentacije ne mogu služiti za ponos ni roditelju ni zajednici, pravo okupljanja homoseksualaca u paradi, koja se organizuje da bi pripadnici ove populacije poslali poruku društvu da su njeni ravnopravni članovi i da uživaju sva prava koja se garantuju ljudskom biću, i mogućnost prenosa iste preko medija naziva „brukom na televiziji“ i tuženi poziva roditelje da djeci ne dozvole da gledaju medijski prenos parade i poručuje roditeljima da zabrane djeci da kada gej parada bude zakazana da ih sklone, čime je nesumnjivo po mišljenju Suda, takođe dao podsticaj za diskriminaciju populacije homoseksualaca. Tuženi isto tako, u spornom tekstu izlaže stav „da je kod nas homoseksualnost rijetka bolest ili porok...“, čime je neposredno diskriminisao populaciju homoseksualaca. Valja podsjetiti da je Svjetska zdravstvena organizacija dana 17. maja 1992. godine uklonila homoseksualnost sa liste mentalnih oboljenja, pa u desetoj reviziji Međunarodne klasifikacije bolesti (ICD-10) objavljenj 1992. godine homoseksualnost ne postoji, a Američko psihijatrijsko udruženje je homoseksualnost izbacilo iz grupe poznatih psiholoških poremećaja još prije 40 godina, tačnije 1973 godine. Takođe, tuženi je izvršio neposrednu diskriminaciju homoseksualaca svojim izlaganjem u pogledu uzroka homoseksualnosti: „... uzroci manifestacija nekog oblika homoseksualnosti su u nepravilnom vaspitanju (zabrana druženja ili stvorena odbojnost prema suprotnom polu), a slabije uslovima života (internati, kasarne.zatvori, sportski kolektivi, brodovi). Zašto onda reklamiramo homoseksualnost pred djecom? Zašto ne tražimo uzroke homoseksualnosti i prikladan način liječenja? Na sve homoseksualce se ne primjenjuju iste metode liječenja. Zašto moramo reklamirati takav porok i nazivati ga parodom ponosa...“. Međutim, na 21. okupljanju Evropskog neurološkog društva u Lisabonu, izložen je naučni stav da „Seksualna orijentacija nije stvar izbora već je neurobiološka karakteristika data na rođenju“. Na navedeni način, karakterišući homoseksualnost dodatno, uz sve navedeno, kao seksualnu abnormalnost čiju pojavu treba osujetiti i pozivajući da se mladima kroz vaspitanje da „pravilan pogled o odnosu

polova“, uz potenciranje da odnosi između osoba istog pola teku bez ikakvog prikrivanja i kažnjavanja, kao i da gej paradu svakako treba snimati da se vidi, ko je naš „ponos“, kako to navodi tuženi, učinio je i neposrednu diskriminaciju tužilaca kao organizacija, i zbog njegovih navoda su tužiocima neopravdano dovedeni ili bi mogli biti neopravdano dovedeni u nejednak položaj u odnosu na druga lica, jer se bave aktivno bave pitanjem unapređenja ljudskih prava a samim tim i prava LGBT populacije, što po tuženom, kao pedagogu, nije preporučljivo u tom domenu. Međutim, Sud je stanovišta da pitanje homoseksualnih prava, nije ekskluzivno vezano za ljude homoseksualne orijentacije i pomenuta prava nisu nikakva specijalna prava već su dio opštih ljudskih prava, kako to garantuju međunarodni pravni akti a eksplicitno Deklaracija o ljudskim pravima, seksualnoj orijentaciji i rodnom identitetu, kao neobavezujući akt, donesen je na plenarnoj sjednici Generalne skupštine UN-a održane 4. juna 2009. godine kao i Rezolucija Savjeta za ljudska prava UN-a o ljudskim pravima, seksualnoj orijentaciji i rodnom identitetu donijeta 15. juna 2011. godine.

Sud je prihvatio i tvrdnju tužilaca, da je tuženi, osim što je propagirao svoj stav putem javnog glasila, počinio teži oblik diskriminacije shodno čl.20 tač.2 Zakona o zabrani diskriminacije, jer je u toku postupka istakao da stoji iza svake riječi koje je naveo u tekstu „Parada ruganja crnogorskom ponosu“, te dodatno istakao navode u postupku „da homoseksualac ima malo prilika za avanturu, što najčešće uzrokuje da ne kontroliše polni nagon, postaje silovatelj, pedofil, nekrofil zoofil i dr“, a takođe je naveo, iako se saglasio da je homoseksualnost definicija za ljubav između dvije osobe istog pola ((Homoseksualnost je grčko-latinska kovanica, od grčkog „homo“ („isti“) i latinskog „seksus“ („pol“)), da zoofiliju i pedofiliju svakako smatra vrstama homoseksualnosti kojih ima 7 do 10, za što Sud opet nalazi da nema naučnog utemeljenja za takve stavove iako je tuženi tvrdio suprotno. U Wikipediji (slobodna enciklopedija na više od 200 svjetskih jezika, zaštićeni Licencom za slobodnu dokumentaciju GNU-a i koja je putem globalne informatičke mreže- Interneta dostupna 2,1 milijardi korisnika u svijetu), pedofilija se definiše kao seksualna nastranost koja se ogleda u seksualnoj privlačnosti ka djeci istog, suprotnog, ili oba pola i zbog težine posledica, ovakva nastranost je strogo zakonski kažnjiva u svim zemljama, dok se zoofilija definiše kao doživljavanje seksualnog zadovoljstva sa životinjom, a neseksualna zoofilija je termin koji se koristi da se objasni odnos koji se uglavnom smatra tolerantnim. Međutim, termin zoofilija se uglavnom koristi za definisanje pomenutog seksualnog odnosa. Naveden pojmovi su gotovo na istovjetan način definisani u većem broju stručnih, medicinskih leksikona novijeg datuma, iz čega proizilazi da tuženi neutemeljeno zastupa tezu da se pedofilija i zoofilija isključivo vezuju za pojam homoseksualnosti te populaciju homoseksualaca.

Sve prethodno navedeno te pravno - činjenična analiza slučaja, opredjelila su Sud za uzimanja stanovišta da se načelu zaštite slobode izražavanja (čl.10. Konvencije) ne može dati prevaga u konkretnom slučaju, jer je tuženi svojim stavovima povrijedio pravo na privatnost građan_ki iz čl. 8 .Konvencije (seksualna privatnost) posredno i čl.11. iste konvencije (pravo na okupljanje), kao i čl.14 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim članom se propisuje zabrana diskriminacije, pa prava tužilaca moraju imati prvenstvo u odnosu na načelo slobode izražavanja sve i da se ovakvim saopštavanjem tuženog, nije počinila diskriminacija, a u ovom slučaju jeste. Prethodno navedeno, opravdava i postojeća praksa Evropskog suda za ljudska prava – predmet Karner protiv Austrije (2003), Simpson protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1986), V.J. i D.P. protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1987) i dr, u kojim slučajevima preovladava stav Suda da pravo na poštovanje privatnog seksualnog života pruža osnov da se govori o kršenju člana 8. zbog širine i apsolutnog karaktera, i u prilog kojem stavu idu i slučajevi istog osnova, procesuirani pred Sudom pravde.

Osim što je Sud utvrdio počinjenu diskriminaciju od strane tuženog, koji jeste pasivno legitimisan, iako je tuženi tvrdio suprotno, i zabranio tuženom ponavljanje radnje diskriminacije objavljivanjem tekstova iste ili slične sadržine putem medija, kako je to predstavljeno st. I i II izreke presude. Sud je prihvatio zahtjev tužilaca i odlučio da se presuda objavi u mediju putem koga je učinjena diskriminacija, kako je to predstavljeno st. III izreke presude. U ovom dijelu, Sud je vodio računa da je ovo jedan od mogućih zahtjeva predviđenih čl.26 Zakona o zabrani diskriminacije, tj. u pitanju je publicijski antidiskriminatorni zahtjev, kojim se traži da se presuda kojom je utvrđena

povreda prava na jednakost, objavi u medijima na trošak tuženog i poseban uslov za usvajanje ovog zahtjeva za objavljivanje presude je da je do diskriminacije došlo putem medija (štampanih, printanih, elektronskih), odnosno medija bilo koje vrste. Odredbe našeg antidiskriminatornog zakona ne sadrži norme kojima se bliže razrađuju pravila o objavljivanju presude u medijima. Stoga je Sud shodno načelu pravičnosti te postojeće prakse nastale primjenom i tumačenjem u čl.199 ranije važećeg ZOO –a, naložio objavu u skladu sa odredbama Zakona o medijima, osnivaču dnevnog lista „Dan“, koji nesporno nije stanka u ovom postupku, ali je nalaganje ovakve činidbe opravdano shodno specifičnosti podnijete tužbe za zaštitu kolektivnog interesa. Naime, putem ove tužbe širi se svijest javnosti o tome šta je diskriminacija, tako da ista ima preventivno i edukacijsko djelovanje. Značaj kolektivne tužbe za zaštitu od diskriminacije ogleda se u tome što ova tužba omogućava razvijanje koncepta strateškog parničnja koji ima za cilj da se kroz postizanje uspjeha u jednom slučaju podstaknu promjene u ostvarivanju spornog prava. Strateški predmeti su oni predmeti koji imaju potencijal da podstaknu izmjene ili dosljednu primjenu zakona, odnosno da dovedu do promjene u društvu. Zbog toga strateški predmeti imaju značaj za širu društvenu zajednicu budući da šire pravno obrazovanje i svijest javnosti, odnosno razvijaju civilno društvo.

Nediskriminacija je sama po sebi ljudsko pravo, ali i najbitniji element svih drugih ljudskih prava.

Sud je znači nesumnjivo utvrdio da je tuženi počinio diskriminaciju nad tužiocima, kao i nad građanima koji su homoseksualne orijentacije, kako to propisuje čl. Zakona o zabrani diskriminacije CG, a kojim se jasno normira da svako pravljenje razlike, nejednako postupanje ili dovođenje u nejednak položaj lica po osnovu rodnog identiteta ili seksualne orijentacije, smatra se diskriminacijom, svako ima pravo da izrazi svoj rodni identitet i seksualnu orijentaciju a rodni identitet i seksualna orijentacija su privatna stvar svakog lica i niko ne može biti pozvan da se javno izrazi o svom rodnom identitetu i seksualnoj orijentaciji.

Sud je shodno čl. 152 st. 1 ZPP-a i čl. 153 ZPP-a, tužiocima na teret tuženog koji je izgubio u sporu, dosudio troškove postupka na ime sastava tužbe u iznosu od 75 eura, zastupanja na tri održana ročišta iznos od po 75 eura - ukupno 225 eura, sastava dva obrazložena podneska u iznosu od po 75 eura - ukupno 150 eura, pristupa na četiri odložena ročišta iznos od po 37,50 eura ukupno 150 eura, a što sveukupno čini troškove postupka u visini od 600 eura i koji uvećani po tarifnom broju 11 važeće ATCG, ukupno čini troškove postupka u visini od 900 eura, koje je tuženi dužan platiti osnovom vođenja ove parnice.

Sa svega izloženog, odlučeno je kao u izreci presude.

OSNOVNI SUD U PODGORICI
Dana, 17.05.2013.godine

S U D I J A
Ana Perović-Vojinović, s.r

PRAVNA PORUKA: Protiv ove presude, dozvoljena je žalba, u roku od 15 dana od dana donošenja iste Višem sudu u Podgorici, a preko ovog suda.

Za tačnost prepisa ovjerava,
I.V

VIŠI SUD U PODGORICI, u vijeću sastavljenom od sudija: Dragane Đuranović, kao predsjednice vijeća, Kataine Đurđić i Ranka Vukića, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužilaca „LGBT Forum progres“ sa sjedištem u Podgorici, ul. Bratstva i jedinstva br.57/1, koga zastupa direktor Zdravko Cimbalević i „Centar za antidiskriminaciju Ekvista“ sa sjedištem u Podgorici, ... koga zastupa generalni direktor Milan Šaranović, a njih oboje punomoćnik Daliboka Knežević, advokat iz Podgorice, protiv tuženog S.R. iz Nikšića, ul. ..., zbog diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije, odlučujući po žalbi protiv presude Osnovnog suda u Podgorici, Pbr, 1882/11 od 17.05.2013. godine, na sjednici vijeća dana 08.04.2014. godine donio je

PRESUDU

ODBIJA SE žalba tuženog, kao NEOSNOVANA i presuda Osnovnog suda u Podgorici Pbr, 1882/11 od 17.05.2013.godine, POTVRĐUJE.

Obrazloženje:

Presudom Osnovnog suda u Podgorici Pbr, 1882/11 od 17.05.2013.godine odlučeno je :

„UTVRĐUJE SE povreda prava na jednakost tužilaca „LGBT Forum Progres“ i „Centar za antidiskriminaciju - Ekvista“, učinjena radnjom tuženog S.R. iz Nikšića, putem objavljivanja teksta dana 09.05.2011.godine u dnevnim novinama „Dan“ pod nazivom „Parada rугanja crnogorskom ponosu“ rubrika – povodi, strana 11, u vidu iznošenja stavova koji vrijeđaju čast i ugled i dostojanstvo ličnosti, ugrožavajući slobode i prava građana_ki pripadnika homoseksualne orijentacije, a koji stavovi predstavljaju akt diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije.

ZABRANJUJE se tuženom ponavljanje radnje diskriminacije objavljivanjem tekstova iste ili slične sadržine putem medija.

NALAŽE SE „YU Media mont“ doo Podgorica, kao osnivaču dnevnog lista „Dan“, putem kojeg počinjena diskriminacije, da u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude, objavi istu u cjelosti u prvom narednom broju dnevnog lista „Dan“ a na trošak tuženog.

DUŽAN JE tuženi isplatiti tužiocima troškove postupka u visini od 900 eura, u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti presude pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

Protiv navedene presude tuženi je blagovremeno izjavio žalbu zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka, sa predlogom da se pobijana odluka preinači ili ukine.

U žalbi ističe: da tužioci ne mogu biti stranka u ovoj parnici, jer su pravna lica, ali i da je tačno to što navode to se ne odnosi na ta pravna lica; da u pobijanoj odluci samo jedan građanin Crne Gore ističe da je LGGBT osoba, pa nema populacije kojoj su upućene navedene kvalifikacije; da tuženi nikog nije uvrijedio, već je iznio svoj stav u javnosti o navedenoj pojavi na zahtjev dnevne novine; da se ne zna koje radnje tuženi ne smije da ponavlja u budućnosti, jer nema pripadnika na koje se one odnose; da prvostepeni sud nije stučan bez vještaka da cijeni i zaključuje pojave vezane za homoseksualnost, da je neutemeljen stav prvostepenog suda koji ne prihvata da se radi o naučno utemeljenim stavovima tuženog, već njegovim ličnim stavovima, jer je za takav zaključak potrebna analiza stručnih lica i da prvostepeni sud povezuje rezoluciju OUN od 15.06.2011.godine, iako je tuženi dao svoju izjavu 09.05.2011.godine.

Odgovora na žalbu nije bilo.

Ispitujući pravilnost i zakonitost pobijane presude shodno čl.379 ZPP-a, Viši sud zaključuje da je žalba tuženog neosnovana.

Prvostepeni sud, je odlučujući u ovoj pravnoj stvari pravilno i potpuno utvrdio činjenično stanje i bez počinjenih bitnih povreda odredaba parničnog postupka, na koje ovaj sud pazi po službenoj dužnosti, kao i one na koju se žalbom ukazuje, ispravno primjenio materijalno pravo, kao i dao ubjedljive i jasne razloge, koje u cjelosti prihvata i ovaj Sud na njih upućuje žalioca.

Neosnovani su navodi iz žalbe tuženog, da tužioci u ovoj pravnoj stvari ne mogu biti stranka u postupku, jer su pravna lica, iz razloga što su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi u pogledu aktivne legitimacije tužilaca iz čl.30 st.1 i 2 u vezi čl.26. st. 1, 2 i 4 Zakona o zabrani diskriminacije, jer je Zdravko Cimbalević, kao javno deklarirano lice po osnovu predmetne

seksualne orijentacije dao saglasnost za podnošenje ove tužbe, koja je dostavljena uz podnesak tužilaca od 27.12.2012.godine.

Odredbom čl.19 Zakona o zabrani diskriminacije, propisano je da svako pravljenje razlike, nejednako postupanje ili dovođenje u nejednak položaj lica po osnovu rodnog identiteta ili seksualne orijentacije smatra se diskriminacijom (st.1), dok svako ima pravo da izrazi svoj rodni identitet i seksualnu orijentaciju (st.2) i da rodni identitet i seksualna orijentacija su privatna stvar svakog lica i niko ne može biti pozvan da se javno izjasni o svom rodnom identitetu i seksualnoj orijentaciji (st.3).

U tekstu objavljenom u dnevnom listu "Dan" pod naslovom „Parada ruganja crnogorskom ponosu“ navedene su sledeće kvalifikacije od strane tuženog na račun lica čija prava štite i zastupaju tužioci i to: „da tog dana 31. maja, za kada je šetnja zakazana, sklone djecu i ne dozvole im da gledaju tu bruku na televiziji... da majka više neće moći da kaže svom sinu ti si moj ponos, te da više neće biti nadahnutih govora sa rečenicom bio si ponos našeg plemena... uzroci manifestacija nekih oblika homoseksualnosti su u nepravilnom vaspitanju (zabrana druženja ili stvorena odbojnost prema suprotnom polu) a slabije uslovima života (internati, kasarne, zatvori, sportski kolektivi, brodovi). Zašto onda reklamiramo homoseksualnost pred djecom? Zašto ne tražimo uzroke homoseksualnosti i prikladan način liječenja? Na sve homoseksualce se ne primjenjuju iste metode liječenja. Zašto moramo reklamirati takav porok i nazivati paradom ponosa..... Zašto se homoseksualcima ne nudi pomoć da se oslobode pobune, samoće i da pronadu mogućnost lijepog, prirodnog i normalnog života....Evropa traži da na paradi ponosa budu i naši funkcioneri. Pa, kako da ne! I oni su naš ponos, izuzimajući ministra manjinskih i ljudskih prava F.D. Kod nas je homoseksualnost rijetka bolest i porok ili prikrivena. Na zapadu. Čitamo, to je prava epidemija, pa zašto da prikrivamo naš ponos. Učesnici parade nemaju adresu, a treba ih dobro zaštititi, jer treba čuvati i njegovati svoj ponos....da opšti ciljevi vaspitanja u porodici i školama, pored ostalih trebalo bi da budu ukazivanje na biološke aspekte seksualnih osnosa, pojava i probleme homoseksualnosti, jer pravilan pogled o odnosu polova, te da se osujeti pojava seksualne abnormalnosti i mladim ljudima osigura zdrava zabava, duhovna hrana i da im odrasli daju primjer“. U podnaslovu „Niko nije voljom homoseksualac“ tuženi tvrdi „Mnogi su postali homoseksualci zarad zarade. Nikada homoseksualci, bez obzira na pol, nisu bili bez jednakih prava, kao i ostali ljudi, niko se nije bunio protiv njih, jer taj porok čini srećnim milione ljudi na zemlji..... Heteroseksualci ne vide da su prava građanstva više ugrožena homoseksualcima nego prostitutkama. Niko nije homoseksualac postao voljom, jer to nisu seksualni nagoni prema održanju vrste već zadovoljenje instinkta. Odnosi između osoba istog pola teku bez ikakvog prikrivanja i kažnjavanja.“

Sve prethodne navode tuženi je učinio nespornim. Postavlja se pitanje da li je navedenim kvalifikacijama tuženi koristeći svoje pravo na slobodno izražavanje iznio svoje mišljenje o javnoj demonstraciji lica homoseksualne orijentacije, uzroku ove pojave, njenim posledicama na moral i vaspitanje i stavove sredine u kojoj se čitav događaj odvija ili je riječ o diskriminaciji lica te seksualne orijentacije, imajući u vidu da u desetoj reviziji Međunarodne klasifikacije bolesti (ICD-10) objavljenj 1992.godine homoseksualnost ne postoji?

Prvostepeni sud zaključuje da je riječ o diskriminaciji, jer tuženi smatra da je riječ o bolesti, a ne neurobiološkoj karakteristici koja je data na rođenju, kako je navedenu u naučnom stavu na 21. Okupljanju Evropskog neurobiološkog društva u Lisabonu i da su diskriminatorne izjave tuženog u dijelu teksta gdje navodi: „uzroci manifestacija nekih oblika homoseksualnosti su u nepravilnom vaspitanju (zabrana druženja ili stvorena odbojnost prema suprotnom polu) a slabije uslovima života (internati, kasarne, zatvori, sportski kolektivi, brodovi). Zašto onda reklamiramo homoseksualnost pred djecom? Zašto ne tražimo uzroke homoseksualnosti i prikladan način liječenja? Na sve homoseksualce se ne primjenjuju iste metode liječenja. Zašto moramo reklamirati takav porok i nazivati paradom ponosa“, a posebno u dijelu gdje zaključuje „Odnosi između osoba istog pola teku bez ikakvog prikrivanja i kažnjavanja.“

I po mišljenju ovog suda pravilan je zaključak prvostepenog suda da je tuženi iznoseći predmetne kvalifikacije izvršio akt diskriminacije prema licima navedene seksualne orijentacije, iz razloga što se sloboda izražavanja ne može zloupotrebjavati na način što će se ljudima koji imaju sasvim drugačije seksualne sklonosti biti ograničeno pravo na okupljanje i

takav njihov privatni život nazivati bolešću, kada je zvanična medicina još 1992.godine ovu seksualnu orijentaciju izbrisala sa liste bolesti, što tuženom nije moglo ostati nepoznato, jer se radi o univerzitetskom profesoru.

Zabrana vršenja radnje od koje prijete diskriminacija, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije, pravilno je određena u pobijanoj presudi u dijelu izreke pod stavom drugim, imajući u vidu odredbu čl.26. st.1. tač.2. Zakona o zabrani diskriminacije, jer je u stavom prvom u dovoljnoj mjeri identifikovana radnja tuženog, pa su navodi iz žalbe tuženog u kojima se suptotno tvrdi neprihvatljivi.

Sa pravom ukazuje prvostepeni sud da su seksualna orijentacija i rodni identitet sastavni dio korpusa ljudskih prava u mnogim međunarodnim dokumentima i konvencijama što je regulisano Ustavom Crne Gore i najzad Zakonom o zabrani diskriminacije, pa je prednost u konkretnom slučaju dao pravu na zaštitu ovih prava u odnosu na pravo na slobodno izražavanje tuženog o homoseksualnosti u Crnoj Gori povodom „Parade ponosa“.

Kvalifikacija o homoseksualnosti kao bolesti i navod da je neprihvatljivo omogućavati takvim licima pravo na okupljanje, navedeni tekst tuženog čine diskriminatornim prema pripadnicima te seksualne orijentacije, jer homoseksualnost nije bolest, ok o pravu na javno okupljanje lica te seksualne orijentacije odlučuje nadležni državni organ u skladu sa zakonom.

Za izvođenje zaključaka o diskriminaciji u konkretnom slučaju nije potrebno vještačenje po vještacima odgovarajuće struke iz razloga što homoseksualna orijentacija nije bolest prema desetoj reviziji Međunarodne klasifikacije bolesti (ICD-10) objavljenoj 1992.godine, pa su navodi iz žalbe kojima se ovo posebno ističe bez ikakvog uticaja na presuđenje.

Ovaj sud je cijenio i ostale navode iz žalbe tuženog, ali je našao da su bez uticaja na drugačije odlučivanje o ovoj pravnoj stvari.

Kako ovakvima navodima iz žalbe tuženog, razlozi pobijane odluke ničim nisu dovedeni u sumnju, valjalo je žalbu odbiti kao neosnovanu i potvrditi prvostepenu tužbu.

Sa izloženog, a na osnovu čl.ZPP-a, odlučeno je kao u izreci.

VIŠI SUD U PODGORICI

Dana 08.04.2014.godine

PREDSJEDNICA VIJEĆA-SUDIJA:

Dragana Đuranović s.r.

U IME CRNE GORE

OSNOVNI SUD U BARU, kao prvostepeni krivični, sudija Ljiljana Joković, kao sudija pojedinac, sa zapisničarem Amirom Nikičić, u krivičnom predmetu okrivljenog P.M, zbog krivičnog djela – ugrožavanje sigurnosti iz čl. 168.st. 1. Krivičnog zakonika, po optužnom predlogu Osnovnog državnog tužilaštva u Baru, Kt, br. 711/12 od 19.10.2012. godine, nakon održanog glavnog, javnog pretresa u prisustvu zastupnika optužbe savjetnika kod Osnovnog državnog tužioca u Baru Predraga Djikanovića I okrivljenog P.M., dana 31.01.,2013. godine donio je i istog dana javno objavio

PRESUDU

Okrivljeni

P.M. JMBG ..., od oca ... i majke ..., rođene ..., rođen u Podgorici, stalno nastanjen u Baru, ul., državljanin Crne Gore, pismen, student, neoženjen, srednjeg imovnog stanja, neosuđivan

Kriv je

Što je :

Dana 02.10.2012.godine, u Baru, ugrozio sigurnost Zdravka Cimbalevića, prijetnjom da će napasti na njegov život i tijelo, na način što je sa svog računara putem mreže “Facebook” (naveden link profila - primjedba urednika) Zdravku Cimbaleviću na njegov “Facebook” profil uputio sljedeće riječi: “Pederčino ljigava što sramiš Crnu Goru i ovaj napaćeni narod. Kidnapovaću te i ima da ti okinem to malo kurca što imaš. Sram te bilo ti baljega ljudska. Pitaj tatu kako je lijepo kad vodiš ljubav sa ženom. Idi liječi se ili pucaj sebi u glavu... Samo toliko SOTONO! STOP PARADI GREŠNIKA!!!“

- čime je izvršio krivično djelo – ugrožavanje sigurnosti iz čl. 168. stav 1. Krivičnog zakonika.

Pa mu sud primjenom člana 4, 32, 36, 42, 52, 53 i 54 Krivičnog zakonika i člana 369., 370. i 374. izriče

USLOVNU PRESUDU

Kojom mu utvrđuje kaznu zatvora u trajanju od 3 (tri) mjeseca i istovremeno određuje da se kazna neće izvršiti ukoliko okrivljeni u roku od 2 (dvije) godine, po pravosnažnosti presude ne učini novo krivično djelo.

Oštećeni Cimbalević Zdravko se radi ostvarivanja imovinsko pravnog zahtjeva upućuje na parnični postupak.

Okrivljeni je dužan da plati troškove krivičnog postupka u iznosu od 70,00 eura u roku od 15 dana od pravosnažnosti presude, pod prijetnjom izvršenja.

O b r a z l o ž e n j e

Optužnim predlogom Osnovnog državnog tužilaštva u Baru, Kt br. 711/12 od 19. oktobra 2012.godine, kojeg je zastupnika optužbe precizirao na glavnom pretresu dana 31. januara 2013. godine, stavljeno je na teret okrivljenom izvršenje krivičnog djela bliže opisanog u izreci presude.

Okrivljeni P.M. je u prethodnom postupku izjavio da su tačni navodi u krivičnoj prijavi da je dana 02. oktobra 2012.godine iz svog stana u Baru, koji se nalazi u ulici, sa svog računara putem mreže „Facebook” Zdravku Cimbaleviću na njegov“Facebook” profil uputio

sljedeće riječi: “Pederčino ljigava što sramiš Crnu Goru i ovaj napaćeni narod. Kidnapovaću te i ima da ti okinem to malo kurca što imaš. Sram te bilo ti baljega ljudska. Pitaj tatu kako je lijepo kad vodiš ljubav sa ženom. Idi liječi se ili pucaj sebi u glavu... Samo toliko SOTONO! STOP PARADI GREŠNIKA!!!“.

Bio je iznerviran sa izjavom Cimbalevića kako planira da održi gej paradu u Crnoj Gori i njega i ostale građane svrstava u populaciju ljudi, tako što je naveo da je 90% muške populacije naklonjeno muškom polu. Njega je to jako iznerviralo, te je dotičnom Cimbaleviću odgovorio na prozivku i to ne smatra prijetnjom. Kaje se što je ovo uradio ali je bio, kako je to već naveo, revoltiran izjavom dotičnog Cimbalevića i njegovih pristalica. Na glavnom pretresu 31. januara 2013. godine je izjavio da su tačni navodi iz optužnog akta, naime, tačno je da je dana 02. oktobra 2012.godine, preko svog računara, preko mreže “Facebook” Zdravku Cimbaleviću preko njegovog “Facebook” profila uputio riječi: „Pederčino ljigava, kidnapovaću te, i ima da ti okinem to malo kurca što imaš”, misli da su to bile te riječi, nije se puno time bavio. Naime, osjećao se isprovocirano, sjedio je sa društvom, vidio je nešto na tv, bio je isprovociran i u afektu poslao riječi navedene iz optužnog akta. Riječi koje je uputio oštećenom Cimbaleviću su bile u afektu, nema namjeru da zaista prijetnju koju je uputio i ostvari. Dalje je izjavio da je nakon što je čuo iskaz oštećenog tačno da je oštećenom poslao poruku sadržine koje je u svom iskazu naveo oštećeni.

U dokaznom postupku provedeni su sljedeći dokazi: saslušan je oštećeni Cimbalević Zdravko, pročitana je izvod iz KE UP PJ Podgorica, br. 29-245/12-29046/2-4425 od 06.11.2012. godine za okrivljenog P.M.

Oštećeni Cimbalević Zdravko je izjavio da se dana 02. oktobra 2012.godine ulogovao na njegov “Facebook” profil i zatekao u inboks poruku od P.M., sljedeće sadržine : “Pederčino ljigava što sramiš Crnu Goru i ovaj napaćeni narod. Kidnapovaću te i ima da ti okinem to malo kurca što imaš. Sram te bilo ti baljega ljudska. Pitaj tatu kako je lijepo kad vodiš ljubav sa ženom. Idi liječi se ili pucaj sebi u glavu... Samo toliko SOTONO! STOP PARADI GREŠNIKA!!!“. Osjetio se ugroženim za njegovu bezbjednost zbog upućenih riječi, osjetio je nesigurnost, to je bila prijetnja upućena na njegov život, pominjanjem djelova njegovog tijela, ponižavanje a samim tim u samoj poruci su pomenuti i njegovi roditelji, tako da se osjetio ugrožen i za njegov život i za njegovu bezbjednost. Dakle ovu poruku je shvatio ozbiljno obzirom da je poruka došla od osobe koja se nije prikrivala sa njegovog profila, znao je identitet tog lica, i odmah je otišao u policiju i prijavio. Pridružio se krivičnom gonjenju i postavio imovinsko pravni zahtjev.

Iz navoda iz KE UP PJ Podgorica br. 29-245/12-29046/2-4425 od 06. novembra 2012. godine za okrivljenog P.M. utvrđeno je da okrivljeni P.M. nije osuđivan.

Ocjenom izvedenih dokaza utvrđeno je da je okrivljeni P.M. učinio krivično djelo koje mu se stvalja na teret. U postupku je nesumnjivo utvrđeno da je okrivljeni dana 02. oktobra 2012.godine, u Baru, ugrozio sigurnost Zdravka Cimbalevića, prijetnjom da će napasti na njegov život i tijelo, na način što je sa svog računara putem mreže “Facebook” Zdravku Cimbaleviću na njegov “Facebook” profil uputio sljedeće riječi: “Pederčino ljigava što sramiš Crnu Goru i ovaj napaćeni narod. Kidnapovaću te i ima da ti okinem to malo kurca što imaš. Sram te bilo ti baljega ljudska. Pitaj tatu kako je lijepo kad vodiš ljubav sa ženom. Idi liječi se ili pucaj sebi u glavu... Samo toliko SOTONO! STOP PARADI GREŠNIKA!!!“.

Okrivljeni je u svojoj odbrani priznao određene činjenice vezane za izvršenje krivičnog djela, u bitnom navodeći da je dana 02. oktobra 2012.godine, preko svog računara, preko

mreže “Facebook”, Zdravku Cimbaleviću preko njegovog “Facebook” profila uputio poruku sadržine bliže opisane u izreci presude, pravdajući se da je bio prethodno isprovociran nekom televizijskom emisijom, te da je to napisao u afektu ali da mu nije bila namjera da zaista prijetnju koju je uputio I ostvari. Sud je u odbranu okrivljenog cjenio kao neosnovanu i sračunatu na izbjegavanje krivice.

Naime, iz iskaza svjedok oštećenog Cimbalević Zdravka, koji iskaz je sud cijenio kao jasan, istinit i uvjerljiv, nesporno je utvrđeno da je okrivljeni dana, 02. oktobra 2012.godine preko “Facebook” profila oštećenom poslao poruku sljedeće sadržine: “Pederčino ljigava što sramiš Crnu Goru i ovaj napačeni narod. Kidnapovaću te i ima da ti okinem to malo kurca što imaš. Sram te bilo ti baljgo ljudska. Pitaj tatu kako je lijepo kad vodiš ljubav sa ženom. Idi liječi se ili pucaj sebi u glavu... Samo toliko SOTONO! STOP PARADI GREŠNIKA!!!“. Isti svjedok je pojasnio da se zbog navedene poruke osjetio ugroženim za svoj život, jer je to bila prijetnja upućena na njegov život, pominanjem djelova njegovog tijela, te da je to bilo i ponižavanje, i u samoj poruci su pomenuti i njegovi roditelji, tako da se osjetio ugrožen. Ovu poruku je shvatio ozbiljno, obzirom da je poruka došla od osobe koja se nije prekrivala sa njegovog profila, jer je znao identitet okrivljenog. U konačnom ni sam okrivljeni u svojoj odbrani nije sporio da je kritične prilike oštećenom poslao poruku sadržine koje je u svom iskazu naveo oštećeni.

Za postojanje krivičnog djela ugrožavanje sigurnosti neophodno je da prijetnja napadom na život i tijelo oštećenog bude ozbiljna. Prijetnje kao radnja izvršenja krivičnog djela ugrožavanje sigurnosti mora da bude objektivno ostvarljiva da bi stvorila strah kod oštećenog. Posljedica krivičnog djela jeste strah kod oštećenog, koji mora biti takvog inteziteta da se usljed njega stvara osjećaj lične nesigurnosti i ugroženosti. Usljed ponašanja okrivljenog, oštećeni Cimbalević Zdravko je osjetio ugroženost za svoj život i tijelo. Radnje okrivljenog koji je putem mreže “Facebook” oštećenom Zdravku Cimbaleviću na njegov “facebook” profil, uputio poruku prijeteeće sadržine koja je bliže opisana u izreci presude, a kod činjenice da je oštećeni po sopstvenom kazivanju bio u ubjeđenju da će okrivljeni tu prijetnju i ostvariti jer nije krio svoj identitet, u subjektivnom i u objektivnom smislu predstavljaju ozbiljne prijetnje, imajući u vidu tok događaja, kao i cjelokupno ponašanje okrivljenog, a u sklopu svih okolnosti koje je detaljno u svom iskazu prezentovao oštećeni Cimbalević Zdravko. Okrivljeni je krivično djelo izvršio sa direktnim umišljajem. Pravno kvalifikujući utvrđeno krivično stanje sud je našao da je okrivljeni P.M. izvršio krivično djelo ugrožavanje bezbjednosti iz čl. 168. st.1.Krivičnog zakonika.

Odlučujući se za krivičnu sankciju prema okrivljenom sud je imao u vidu sve okolnosti iz čl.42 Krivičnog zakonika. Od olakšavajućih okolnosti na strani okrivljenog sud je cijenio činjenicu da je okrivljeni izdržavano lice, student, kao i raniji život okrivljenog jer nije osuđivan. Otežavajućih okolnosti na strani okrivljenog nije bilo. Imajući u vidu kvalitete olakšavajućih okolnosti, a u nedostatku otežavajućih sud je okrivljenom izrekao uslovnu osudu, jer je ocijenjeno da prema okrivljenom nije potrebno izricanje efektivne kazne zatvora, da će se izricanje uslovne osude u potpunosti postići svrha izricanja uslovne osude i na taj način dovoljno uticati na okrivljenog da ubuduće ne vrši krivična djela.

Shodno čl. 239. st.2. ZKP-a oštećeni Cimbalević Zdravko se radi ostvarivanja imovinsko pravnog zahtjeva upućuju na parnični postupak. Oštećeni je postavio imovinsko pravni zahtjev, ali isti nije precizirao, a kako podaci krivičnog postupka ne pružaju pouzdan osnov ni za potpuno, ni za djelimično presuđenje, a njihovo pribavljenje vodilo znatnom odugovlačenju postupka, sud je oštećenog uputio da imovinsko pravni zahtjev može u cjelosti ostvariti u parničnom postupku.

Odluka o troškovima krivičnog postupka zasniva se na odredbi iz člana 229 ZKP-a. Okrivljeni je dužan da plati troškove krivičnog postupka koji se odnose na troškove rada suda koji su određeni prema trajanju, složenosti postupka i imovinskim prilikama okrivljenog.

Na osnovu izloženog odlučeno je kao u izreci presude.

OSNOVNI SUD U BARU
Dana 31. januara 2013.godine

ZAPISNIČAR
Amira Nikičić
S U D I J A
Ljiljana Joković

PRAVNA PORUKA: Protiv ove presude se može izjaviti žalba Višem sudu u Podgorici, 8 dana od dana prijema Pismenog otpravka, preko ovog suda u dva primjerka .

Presuda je postala pravosnažna dana 6. marta 2013. godine.

