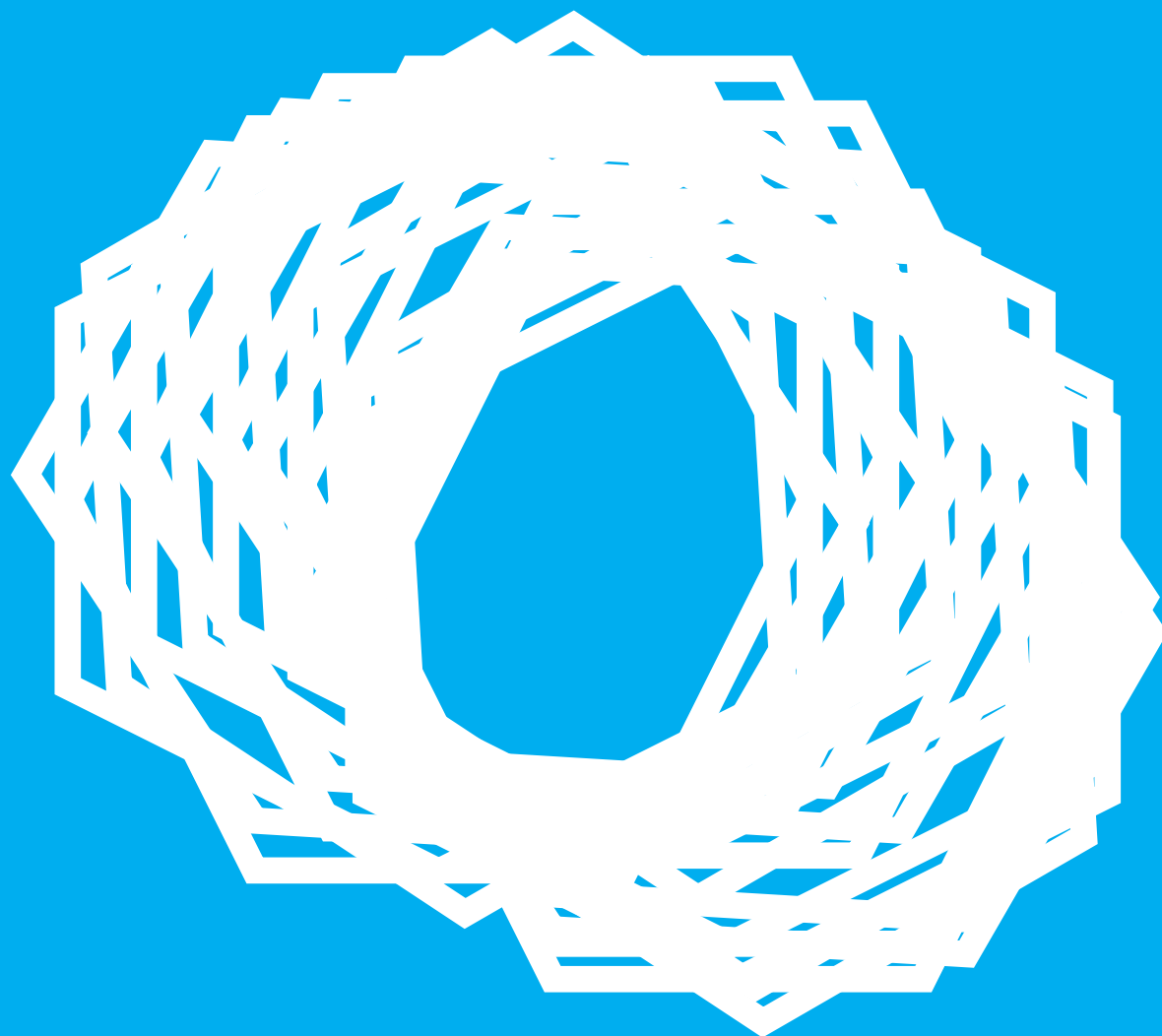
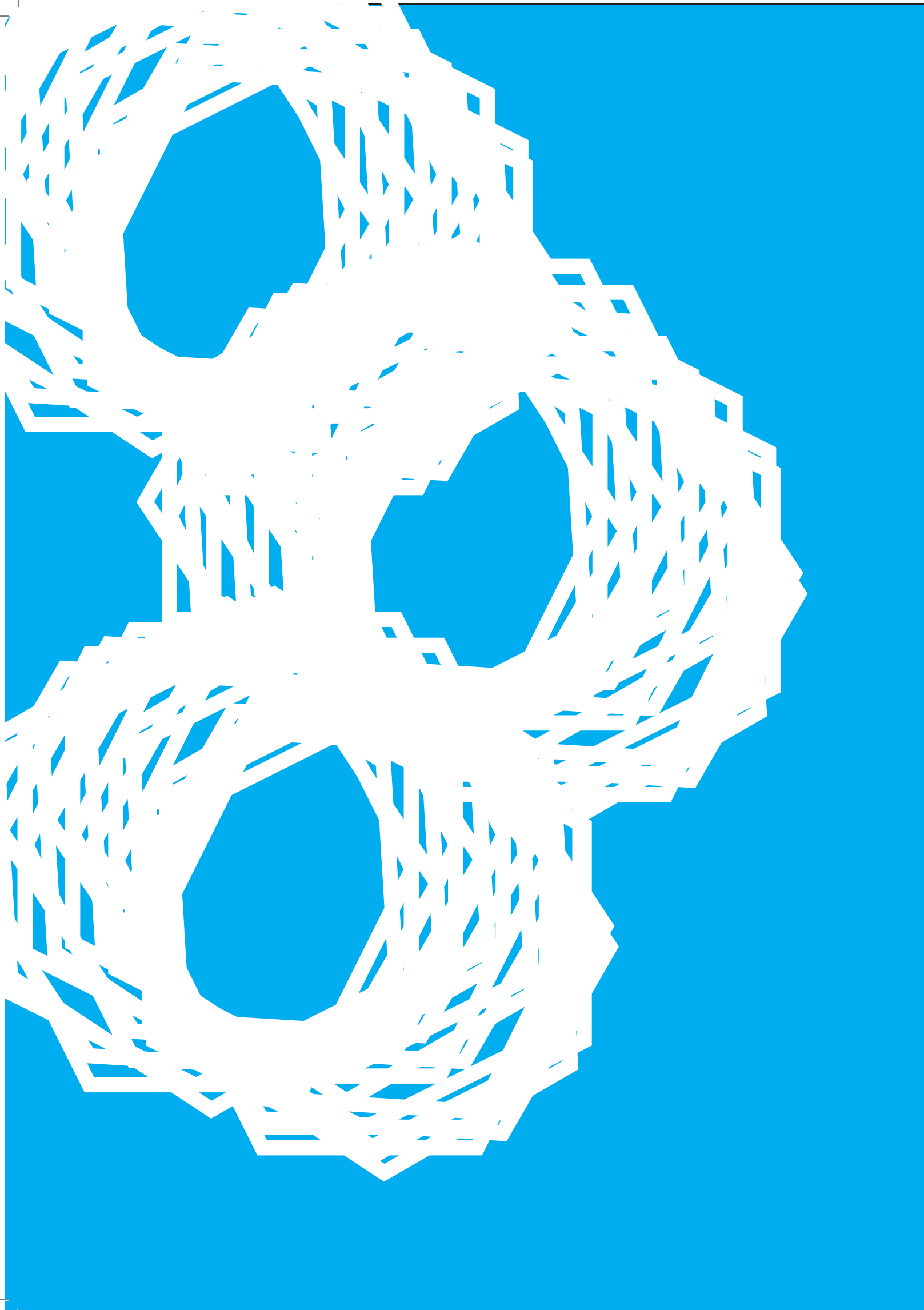
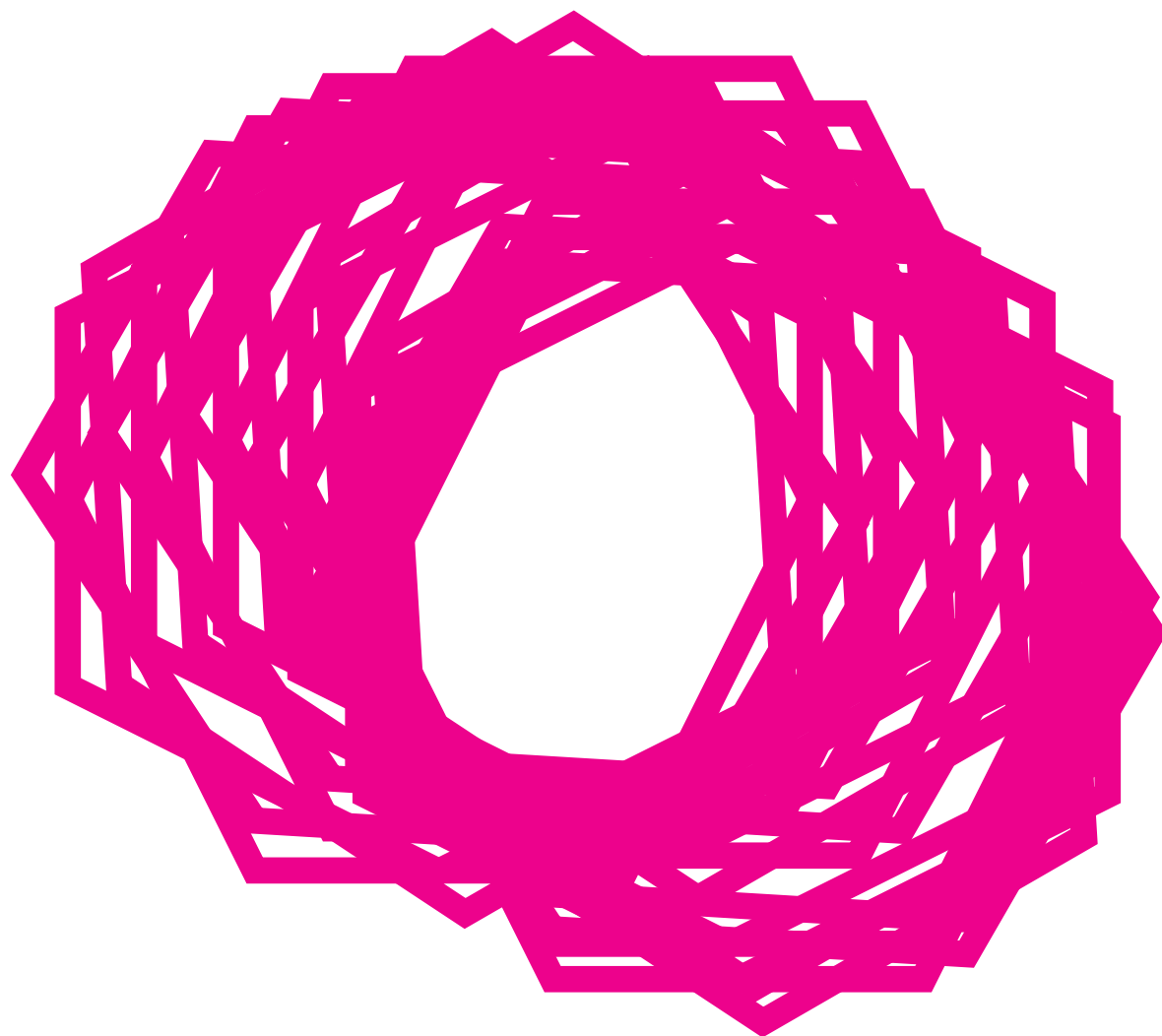


PRESUDE EUROPSKOG
SUDA ZA LJUDSKA
PRAVA VEZANA ZA
ZAŠTITU **LGBT** OSOBA





**PRESUDE EUROPSKOG
SUDA ZA LJUDSKA
PRAVA VEZANA ZA
ZAŠTITU LGBT OSOBA**



Urednik **Gordan Bosanac**

Prijevod presuda **Jelana Poštić, Marijana Bender**

Dizajn i prijelom **André von Ah**

Izdavač **Queer Zagreb – Domino, 2011**

Za izdavača **Zvonimir Dobrović**

 **ueer Zagreb**

 **This is a Domino project.**

Publikacija je nastala u suradnji sa Centrom za mirovne studije, Zagreb Pridom i Centrom za LGBT ravnopravnost.



|Centar za **mirovne** |studije|



CIP zapis dostupan u računalnome katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 805518

ISBN 978-953-7730-09-3

Zagreb, prosinac 2011.



Publikacija je nastala uz financijsku podršku Europske Unije; Europska komisija – jedinica za zapošljavanje, socijalna pitanja i jednake mogućnosti u sklopu programa financiranja Progress.

Sadržaj

Uvod • 7

Dekriminalizacija – *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* • 11

Socijalna prava – *Karner protiv Austrije* – *Kozak protiv Poljske* • 53

Gay u vojsci – *Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva* • 111

Roditeljstvo – *Salgueiro de Silva Mouta protiv Portugala* – *E.B. protiv Francuske* • 117

Brak i registrirano partnerstvo – *Schalk i Kopf protiv Austrije* • 169

Prava transrodnih osoba – *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* –
Van Kuck protiv Njemačke • 205

Pravo na slobodu okupljanja – *Platforma „Artze fur das leben“ protiv Austrije* –
Alekseyev protiv Rusije • 278

Homofobni govor mržnje – *Vejdeland i drugi protiv Švedske* • 322

Uvod

Borba za prava LGBT osoba na teritoriju Europe starija je od stotinu i pedeset godina, ako kao referentnu polaznu točku pravno-zagovaračkih aktivnosti uzmemo nastojanja pojedinaca, kao što su Karl Heinrich Ulrichs i Karl Maria Kertbeny, za dekriminalizacijom homoseksualnosti sredinom 19. stoljeća. Nešto kasnije, 1897. godine njemački seksolog Magnus Hirschfeld uputio je tadašnjem pruskom parlamentu peticiju za dekriminalizacijom homoseksualnosti koja je prikupila oko 6.000 potpisa. Homoseksualnost je u kazneno-pravnoj teoriji i praksi od samih početaka bila tretirana kao kazneno djelo i tek je kroz prosvjetiteljski pokret i reformu kaznenih zakona predviđena kazna za homoseksualnost od smrtne kazne prešla u kaznu zatvora. Ovdje treba istaknuti i pojedine teoretičare prava, kao što je Jeremy Bentham, koji su još u 18. stoljeću objašnjavali potrebu za pravnim postavkama koje će dokinuti bilo kakvo kažnjavanje homoseksualnosti, a na koje smo čekali stoljećima, dok u pojedinim zemljama svijeta na njih još uvijek čekamo.

Uloga prava u LGBT pokretu za emancipaciju i ravnopravnost LGBT osoba bila je, i još uvijek je, od velike važnosti. Posebno mjesto u toj borbi zauzima međunarodni sustav zaštite ljudskih prava. U okviru tog sustava izrazito važno mjesto ima Europski sud za ljudska prava, najučinkovitiji međunarodni mehanizam zaštite ljudskih prava. Njegova je praksa u posljednjih tridesetak godina nametnula važne standarde, ne samo u odnosu na dekriminalizaciju homoseksualnosti i ukidanje različitih dobi pristanka na seksualne odnose za homoseksualne osobe u odnosu na heteroseksualne odnose, već i u uspostavi zaštite LGBT osoba od nasilja i uznemiravanja te uživanju socijalnih prava.

Presude Suda od velike su važnosti jer utječu na zakonodavstva država članica Vijeća Europe, a unutar kojih postoje bitne kulturalne razlike po pitanju odnosa društva prema homoseksualnosti i transrodnosti. Upravo zbog snažne polarizacije unutar članica Vijeća Europe, Sud je ponekad ostavljao državama široko diskrecijsko pravo da uređuju svoje zakonodavstvo i praksu vezanu uz određena prava LGBT osoba, sukladno stajalištu većine unutar države. Ali istovremeno, u brojnim je slučajevima jasno ukazao kako diskrecijsko pravo države ne može biti apsolutno te je pomaknuo granice zakonodavne zaštite LGBT osoba u slučajevima ostvarenja različitih socio-ekonomskih prava. Princip zabrane diskriminacije LGBT osoba omogućio je Sudu da opseg prava LGBT osoba gotovo u potpunosti izjednači s opsegom prava heteroseksualnih parova. U recentnim presudama Sud ne samo da potvrđuje da je pitanje seksualne orijentacije i ostvarivanje seksualnog identiteta zaštićeno pravom na privatan život, već smatra da osobe koje žive u istospolnim zajednicama imaju pravo na obiteljski život.

Posljednjih godina, pojavom povorki ponosa LGBT osoba u istočnoeuropskim državama, pojavio se i problem zaštite prava na slobodu izražavanja i mirnog okupljanja LGBT osoba u onim sredinama gdje je izrazito dominantna homofobija. Niti u ovom slučaju Sud nije popustio argumentu države o provokacijama manjine prema većini ili o ugrožavanju nacionalne sigurnosti zbog ostvarivanja prava na javno okupljanje, već je snažno zaštitio pravo na slobodu okupljanja i izražavanja LGBT osoba. S posebnim interesom dočekana je presuda Suda kojom se jednako tako jasno odredila granica slobode izražavanja te je ustanovljeno da govor mržnje prema homoseksualnim osobama nikako nije zaštićen slobodom izražavanja.

Ovo su samo neka od pitanja kojima se Sud bavio u svojoj dugogodišnjoj praksi, a čiji pregled donosimo kroz prijevod dvanaest presuda. Izabrane presude ocrtavaju glavne smjerove kojima se razvijala praksa Suda o pravnoj zaštiti LGBT osoba. Zbog opsežnosti teksta presuda, pojedine presude skraćene su na način da su uklonjeni dijelovi presuda koji su tehničke naravi i sadržajno ne doprinose argumentaciji strana u postupku ili konačnoj odluci Suda. U velikoj većini slučajeva izbačen je dio „Domaće pravo“ koje slijedi nakon razmatranja činjenica.

Počevši od dekriminalizacije homoseksualnosti, preko zabrane diskriminacije u uživanju socio-ekonomskih prava te zaštiti od nasilja i govora mržnje, pa do pitanja usvajanja djece i razumijevanja istospolnih životnih zajednica kao obiteljskih zajednica, kako s pozitivnim tako i s negativnim primjerima presuda, objavljene presude ocrtavaju praksu Suda u području zaštite LGBT prava. Sud će u narednom periodu zasigurno još puno razmišljati i odlučivati o potpunom izjednačavanju prava LGBT osoba i heteroseksualnih osoba, uključujući i pitanje bračnih odnosa, jer sve više istospolnih parova donosi svoje slučajeve pred Sud. Najvjerojatnije će u tim slučajevima Sud pratiti trendove unutar država članica oko izjednačavanja istospolnog s heteroseksualnim brakom, ali je već sada jasno postavio standarde koji govore kako opseg prava koji proizlazi iz braka moraju uživati i istospolni parovi bez obzira kako se njihova zajednica zove.

Ova publikacija izlazi u trenutku kada će se i u Republici Hrvatskoj voditi rasprave o reformi trenutno postojećeg Zakona o istospolnim zajednicama koji nije usklađen s praksom Suda te se nadamo kako će prevedene presude biti dodatni alat u razumijevanju pravnih standarda koji vrijede na teritoriju Vijeća Europe o zaštiti LGBT osoba, a koje je postavio Sud interpretirajući Europsku konvenciju o ljudskim pravima, čija je stranka i Republika Hrvatska.

Gordan Bosanac

Dekriminalizacija

Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva

Za razliku od doba kada su ti zakoni stupili na snagu, danas postoji bolje shvaćanje homoseksualnog ponašanja i, kao rezultat toga, povećana tolerancija do te mjere da se u većini zemalja članica Vijeća Europe više ne smatra nužnim niti prikladnim tretirati homoseksualne činove, poput ovih navedenih ovdje, kao predmetom na koji treba primjenjivati sankcije Kaznenog zakona. Sud ne može ignorirati značajne promjene koje su, u vezi s tim, ostvarene kroz domaće zakone zemalja članica.

SLUČAJ DUDGEONA PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

(Tužba broj 7525/76)

PRESUDA

STRASBOURG

22. listopada 1981.

U slučaju **Dudgeona**, donoseći svoju odluku u plenarnoj raspravi prema Odredbi 48 Sudskog poslovnika, Europski sud za ljudska prava sastavljen od slijedećih sudaca:

predsjednika, gospodina R. RYSSDALA,

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 FARINHAE,
gospodina E. GARCIAE DE ENTERRIAE,
gospodina L.-E. PETTITIJA,
gospodina B. WALSHA,
Sira VINCENTA EVANSA,
gospodina R. MACDONALDA,
gospodina C. RUSSOA,
gospodina R. BERNHARDTA,
te od sudskog registratora, gospodina M.-A. EISSENA,
i zamjenika sudskog registratora, gospodina H. PETZOLDA,
nakon što je privatno raspravljao 24. i 25. travnja, te od 21. do 23. rujna
1981., donosi slijedeću presudu usvojenu na zadnje navedeni datum:

...

ŠTO SE ČINJENICA TIČE

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 kojima je učinak što određene homoseksualne činove uz pristanak među odraslim muškarcima svrstavaju u kaznena djela.

A. Aktualni zakon u Sjevernoj Irskoj

14. Relevantne odredbe koje su na snazi u Sjevernoj Irskoj sadržane su u Zakonu o nedjelima protiv osobe 1861 („Zakon 1861“), u Zakonu o amandmanima na Kazneni zakon 1885 („Zakon 1885“), te u običajnom pravu.

Pod odsjecima 61 i 62 Zakona 1861, vršenje sodomije i pokušaj vršenja sodomije tretiraju se kao nedjela koja se kažnjavaju maksimalno doživotnim zatvorom, odnosno s deset godina zatvora. U sodomiju spadaju spolno analno općenje muškarca s muškarcem ili muškarca sa ženom, te spolno analno ili vaginalno općenje muškarca ili žene sa životinjom.

Po odsjeku 11 Zakona 1885, nedjelo 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 definirana, ali odnosi se na bilo koji čin koji uključuje spolno nećudoređe među muškim osobama; prema dokazima podnesenim Wolfendenovom odboru (vidjeti paragraf 17 niže), to obično uključuje zajedničku masturbaciju, međusobni kontakt nogama ili bedrima, ili oralno-genitalan kontakt. U običajnom pravu, sam pokušaj da se počini nedjelo samo po sebi predstavlja nedjelo, te u skladu s tim, to je nedjelo koje uključuje pokušaj činenja čina navedenog u odsjeku 11 Zakona 1885. U teoriji, u Sjevernoj Irskoj pokušaj je kažnjiv neograničenom zatvorskom kaznom (ali u vezi s tim, vidjeti paragraf 31 niže).

Pristanak se ne priznaje kao obrana za bilo koju od ovih nedjela, te se u tekstu zakona ne pravi nikakva razlika s obzirom na dob. ...

15. Homoseksualni činovi među ženama ne tretiraju se i nikada nisu bili tretirani kao nedjela, ali činom nećudorednog 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, nedjelo je, uz određene izuzetke, ako muškarac spolno opći s djevojkom koja ima manje od 17 godina.

...

B. Zakon i reformacija zakona u ostalim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva

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

1. Engleska i Wales

17. U Engleskoj i Walesu, aktualni zakon o homoseksualnim činovima među muškim osobama sadržan je u Zakonu o seksualnim nedjelima 1956 („Zakon 1956“), a nakon izmjena i dopuna, sadržan je u Zakonu o seksualnim nedjelima 1967 („Zakon 1967“).

Zakon 1956, konsolidirajući parlamentarne pertinentne zakone, proglasio je nedjelom čin bilo koje osobe koja se upušta u sodomiju s drugom osobom ili životinjom (odsjek 12), te nedjelom ukoliko muškarac počini „čin grubog nećudoređa“ s drugim muškarcem (odsjek 13).

Zakon 1967, koji je u Parlamentu predložio jedan običan zastupnik Donjeg doma Parlamenta, usvojen je kako bi se sprovodile preporuke u vezi s homoseksualnošću, navedene 1957. u Izvješću departmanskog odbora za homoseksualna nedjela i prostituciju, osnovanog pod predsjedanjem Sira Johna Wolfendena („Wolfendenov odbor“ i „Wolfendenovo izvješće“). ...

Wolfendenov odbor je zaključio da homoseksualno ponašanje među odraslim osobama uz pristanak i u privatnosti spada u područje vlastite ćudorednosti ili nećudorednosti, što kratko i ugrubo rečeno znači da se ne tiče zakona i više ne treba biti kriminalizirano.

Zakonom 1967 izmijenjeni su odsjeci 12 i 13 Zakona 1956, te je određeno da, osim u određenim izuzecima kada se radi o mentalnim pacijentima, pripadnicima oružanih snaga i pripadnicima trgovačke mornarice, sodomija i grubi nećudoredni čini u privatnosti i uz pristanak među muškarcima starim 21 godinu ili više se ne trebaju tretirati kao kaznena djela. I dalje, u svim okolnostima, izvršenje homoseksualnog čina s muškom osobom mlađom od 21 godine, tipa navedenog u gornjim odsjecima, tretira se kao nedjelo.

...

1977. godine, Gornji dom Parlamenta odbacio je prijedlog zakona za spuštanje dobne granice, dopuštene za homoseksualne čine vršene privatno i uz pristanak, na 18 godina. Naknadno, u izvješću objavljenom u travnju 1981., odbor uspostavljen od strane Ministarstva unutarnjih poslova preporučio je da najniža dobna granica dopuštena za homoseksualne odnose među muškarcima treba biti smanjena na 18. ...

2. Škotska

18. Kada je podnositelj tužbe podnio žalbu 1976., aktualni primjenjivani zakon bio je sličan zakonu koji je sada na snazi u Sjevernoj Irskoj. Odsjek 7 (škotskog) Zakona o seksualnim nedjelima 1976, koji predstavlja konsolidirajuću odredbu kojom je utvrđen odsjek 11 Zakona 1885, pokrio je nedjelo grube nečudorednosti; nedjelo sodomije već je postojalo u običajnom pravu. Međutim, javni tužitelji su tvrdili u Parlamentu da njihova politika nije goniti osobe u vezi s činovima koji ne bi bili kažnjivi da je Zakon 1967 bio primjenjivan i u Škotskoj. (Škotski) Zakon o kaznenim nedjelima 1980 („Zakon 1980“) je i formalno uskladio škotski zakon sa zakonom Engleske i Walesa. Kao i u slučaju Zakona 1967, promjena zakona nastala je kroz amandmane koje je u Parlamentu predložio jedan običan zastupnik.

C. Ustavni položaj Sjeverne Irske

19. Putem Zakona o Vladi Irske 1920, koji je donio Parlament Ujedinjenog Kraljevstva, osnovan je zaseban Parlament za Sjevernu Irsku, koji je bio ovlašten regulirati sva zakonska područja prepuštena mu tim zakonom, uključujući i kazneni i socijalni zakon. Osnovano je i izvršno tijelo, poznato kao Vlada Sjeverne Irske, s ministrima odgovornim za razna područja prepuštena tim zakonom. Sporazumno, tijekom postojanja Parlamenta Sjeverne Irske (1921 - 1972), Parlament Ujedinjenog Kraljevstva rijetko je, ako ikad, za Sjevernu Irsku regulirao područja povezana s prepuštenim ovlastima, posebice socijalna pitanja, koja su bila u nadležnosti tog bivšeg parlamenta.

20. U ožujku 1972., zamrznut je rad Parlamenta Sjeverne Irske, te je Sjeverna Irska podvrgavana izravnom vladanju iz Westminstera. ... Od tog dana, izuzev razdoblja od pet mjeseci 1974. kada su određene zakonodavne i izvršne nadležnosti prenesene na Skupštinu i Egzekutivu Sjeverne Irske, donošenje zakona u svim područjima prešlo je u

nadležnost Parlamenta Ujedinjenog Kraljevstva. U Donjem domu Parlamenta Ujedinjenog Kraljevstva, 12-ero zastupnika, od njih ukupno 635, predstavlja biračko tijelo Sjeverne Irske.

Po odredbama koje su sada na snazi, nadležnost donošenja zakona prenesena je na Njzino Veličanstvo, što se realizira kroz odluke vlade. ...

D. Prijedlozi za reformom u Sjevernoj Irskoj

21. U Parlamentu Sjeverne Irske nikada nisu predložene nikakve mjere usporedive sa Zakonom 1967, niti od strane Vlade Sjeverne Irske niti od bilo kojeg zastupnika.

22. U srpnju 1976, nakon neuspjeha Ustavne konvencije Sjeverne Irske da za Sjevernu Irsku razradi zadovoljavajući oblik vladavine koja bi se sastojala od prenesenih ovlasti, tadašnji ministar za Sjevernu Irsku najavio je da će se Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, posebice s ciljem boljeg usklađivanja zakona Sjeverne Irske sa zakonima u ostalim dijelovima zemlje, baviti intenzivno potrebom za zakonodavstvom za područja za koja se dotada 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 stajališta Stalne savjetodavne komisije za ljudska prava („Savjetodavne komisije“) te stajališta zastupnika koji u Parlamentu predstavljaju biračko tijelo Sjeverne Irske.

23. Sukladno, pozvana je bila i Savjetodavna komisija, kao neovisno izvršno tijelo, da razmatra ta pitanja. Što se homoseksualnih nedjela 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 12-ero zastupnika Sjeverne Irske u Donjem domu Parlamenta Ujedinjenog Kraljevstva.

Savjetodavna komisija je svoje izvješće objavila u travnju 1977. Savjetodavna komisija je zaključila da većina ljudi ne smatra zadovoljavajućim zadržavanje postojećih razlika među zakonima koji se odnose na homoseksualnost, te da bi se tek nekolicina suprotstavljala promjenama kojima bi zakon Sjeverne Irske bio usklađen sa zakonom Engleske i Walesa. S druge strane, nije smatrala da bi bio podržan zakon kojim bi se

išlo dalje, posebice zakon kojim bi se spustila dobna granica za homoseksualne odnose uz pristanak. Savjetodavna komisija je preporučila da se zakon Sjeverne Irske treba uskladiti sa zakonom 1967, ali da budući amandmani na Zakon 1967 ne trebaju automatski biti primjenjivani u Sjevernoj Irskoj.

24. Dana 27. srpnja 1978., Vlada je objavila prijedlog nacrtu Uredbe o homoseksualnim nedjelima 1978 (za Sjevernu Irsku), kojom bi zakon Sjeverne Irske, koji se odnosi na tu tematiku, bio uvelike usklađen sa zakonom Engleske i Walesa. Posebice, homoseksualni činovi privatno i uz pristanak između dvojice odraslih muškaraca iznad 21 godine starosti ne bi više bili kažnjivi.

...

25. Brojni komentari, upućeni Vladi kao odgovor na njen poziv tijekom i nakon formalnog razdoblja za konzultacije, razotkrili su znatne razlike u mišljenjima. Prilikom jednostavnog brojenja glasova, utvrđeno je da se velika većina pojedinaca i institucija protivi predloženom nacrtu te uredbe. Među onima koji su se protivili reformi bio je određen broj viših sudaca, okružnih vijeća, (protestantskih) Narančastih loža i drugih organizacija koje općenito imaju religijski karakter, a u nekim slučajevima sudjeluju i u aktivnostima za mlade. ... Najjače protivljenje pokazale su određene religijske skupine. Biskupi Rimokatoličke crkve prijedlog su kvalificirali 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. ... Slično, Prezbiterijska crkva u Irskoj, razumjevši argumente za promjenu, istaknula je da uklanjanje homoseksualnih činova (izvršenih privatno i uz pristanak među odraslim muškarcima) iz nadležnosti kaznenog zakona javnost može shvaćati kao implicitnu dozvolu ako ne i odobrenje za takve radnje, i kao promjenu javne politike k daljnjem labavljenju moralnih principa. ...

Najjača podrška za promjene došla je iz organizacija koje predstavljaju homoseksualce, te iz agencija za socijalni rad. Oni su tvrdili da je postojeći zakon nepotreban, te da stvara nevolje i neprilike za znatnu manjinu osoba na koje se odnosi. Urgirali su da područje morala bude odvojeno od kaznenog zakona, te da u toj sferi obzir prema osobnoj slobodi pojedinca mora biti najvažniji. ...

Tiskovna izvješća ukazala su na to da je većina političkih formacija iskazala pozitivna stajališta. Međutim, niti jedan od 12 sjevernoirskih zastupnika u Parlamentu nije javno podržao predloženu reformu, a ne-

kolicina njih otvoreno joj se usprotivilo. Ispitivanje javnog mnijenja provedeno u siječnju 1978. u Sjevernoj Irskoj pokazalo je da su ispitanici bili podjednako podijeljeni oko općeg pitanja poželjnosti reformiranja zakona o rastavama i homoseksualnosti kako bi ga se uskladilo sa zakonom Engleske i Walesa.

26. Dana 2. srpnja 1979., tadašnji je ministar za Sjevernu Irsku, obznanivši Parlamentu da Vlada ne kani raditi na predloženoj reformi, izjavio:

„Konzultacije su pokazale da u Sjevernoj Irskoj postoje čvrsta stajališta za i protiv postojećeg zakona. Iako nije moguće sa sigurnošću reći što većina ljudi u pokrajini misli, očito je da postoji znatan broj stajališta (uključujući i širok raspon religijskih i političkih stajališta) koja su protiv predloženih promjena ... Vlada je također 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 zastupnika a tek onda vlade. Stoga, Vlada zasada predlaže da sama ne vrši daljnje radnje ..., ali spremna je ponovno razmatrati pitanje ukoliko u budućnosti bude relevantnih okolnosti.“

27. U svom godišnjem izvješću za 1979. - 1980., Savjetodavna komisija ponovno je navela svoje stajalište da zakon treba reformirati. Ta je komisija iskazala uvjerenje da postoji opasnost da se s procjenom broja protivnika reforme pretjeralo.

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

E. Provedba zakona u Sjevernoj Irskoj

29. Prema općem pravu, svi, dakle i pojedinci, imaju pravo podnijeti tužbu za homoseksualna nedjela, u skladu s ovlastima ravnatelja Javnog tužiteljstva da preuzima vođenje postupka ili da obustavi isti ukoliko to smatra prikladnim. Podaci o procesima protiv homoseksualnih nedjela između 1972. i 1981. pokazuju da u tom razdoblju niti jedan proces nije pokrenut od strane fizičke osobe.

30. U Sjevernoj Irskoj tijekom razdoblja od siječnja 1972. do listopada 1980. bila su 62 procesa protiv homoseksualnih nedjela. Velika većina ovih slučajeva uključivala je maloljetne osobe, dakle osobe

mlade od 18 godina, a nekoliko njih je uključivalo osobe stare 18 do 21, mentalne pacijente i zatvorenike. Po saznanjima države na osnovi pregleda spisa, tijekom navedenog razdoblja niti jedna osoba u Sjevernoj Irskoj nije procesuirana za čin koji očigledno ne bi bio tretiran kao nedjelo u Engleskoj i Walesu. Međutim, ne postoji politika kojom se garantira da takvi činovi neće biti procesuirani. Po objašnjenju države Sudu, direktivama koje vrijede u uredu ravnatelja Javnog tužiteljstva zadržava se pravo da ravnatelj, u dogovoru s javnim tužiteljem, osobno odluči da li pokrenuti ili ne postupak prilikom svakog pojedinačnog slučaja, te, nakon razmatranja svih činjenica i okolnosti slučaja, jedini kriterij za tu odluku je ocjena o tome da li bi postupak bio u javnom interesu.

31. Prema državi, najveće propisane kazne po Zakonima 1861 i 1885 su prikladne samo za najgore slučajeve tih nedjela, te u praksi niti jedan sud ne bi nikad ni pomislio izreći maksimalnu kaznu za nedjela počinjena od strane suglasnih strana privatno ili javno. Nadalje, 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 nedjelo, dakle općenito, izrečena kazna bila bi znatno manja. U svim slučajevima homoseksualnih nedjela, izrečena kazna ovisit će o pojedinačnim okolnostima.

F. Osobne okolnosti podnositelja tužbe

32. Podnositelj tužbe, prema vlastitom iskazu, po svojoj volji je homoseksualac od svoje četrnaeste godine. Već neko vrijeme, on i drugi provode kampanju kojoj je cilj uskladiti zakon koji je na snazi u Sjevernoj Irskoj sa zakonom koji je na snazi u Engleskoj i Walesu, te, ukoliko bude moguće, smanjiti dozvoljenu dob za homoseksualne odnose uz pristanak na manje od 21 godinu.

33. Dana 21. siječnja 1976., policija je otišla na adresu gospodina Dudgeona da bi izvršila nalog izdan po Zakonu o zloporabi droga iz 1971. godine. Pretresom kuće pronađena je određena količina kanabisa, nakon čega je jedna druga osoba optužena za nedjelo vezano uz droge. Osobni zapisi, uključujući i pisma i dnevnike podnositelja tužbe, u kojima su opisane njegove homoseksualne aktivnosti, također su bili pronađeni i oduzeti. Radi toga, pozvan je na policijsku postaju gdje su ga zbog tih papira ispitivali oko četiri i pol sata o njegovom seksualnom životu. Policijski zapisnik o toj istrazi poslan je ravnatelju tužiteljstva. To je bilo razmotreno s namjerom podnošenja tužbe za tešku povredu

morala među muškarcima. Ravnatelj je, nakon konzultacija s javnim tužiteljem, odlučio da ne bi bilo u javnom interesu pokrenuti postupak. Gospodin Dudgeon je o tome obaviješten u veljači 1977., te su mu papiri, sa zabilješkama ispisanim po njima, vraćeni.

POSTUPAK PRED KOMISIJOM

34. U svom podnesku predanom Komisiji 22. svibnja 1976., gospodin Dudgeon je tvrdio da:

- postojanje odredbi u aktualnom kaznenom zakonu Sjeverne Irske po kojima različite radnje muških homoseksualaca mogu biti tretirane kao nedjela, te policijska istraga u siječnju 1976. predstavljaju neopravdano kršenje njegova prava na poštovanje privatnoga života, što je protivno članku 8 Konvencije;

- je, po sadržaju članka 14 Konvencije, bio podvrgnut diskriminaciji na temelju spolne orijentacije, seksualnosti i prebivališta.

...

35. Po svojoj odluci od 3. ožujka 1978., Komisija je proglasila prihvatljivim pritužbe podnositelja tužbe u vezi s aktualnim zakonima Sjeverne Irske, po kojima su zabranjeni homoseksualni čini (i pokušaji činjenja istih) među muškarcima, ali neprihvatljivim njegove pritužbe u vezi s postojećom kategorizacijom u običajnom pravu Sjeverne Irske, po kojoj određeni čini predstavljaju nedjela.

U svom izvještaju usvojenom 13. ožujka 1980. (na temelju Članka 31 Konvencije), Komisija je izrazila mišljenje da:

- pravna zabrana privatnih homoseksualnih činova uz pristanak među muškim osobama mlađim od 21 godine nije kršenje prava podnositelja tužbe ni po članku 8 (osam glasova prema dva), ni po članku 14 iščitanom u kombinaciji s člankom 8 (osam glasova prema jedan, uz jedan suzdržan);

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

- nije potrebno razmotriti pitanje da li potonja zabrana također krši članak 14 iščitan u kombinaciji s člankom 8 (devet glasova prema

jedan).

Izvještaj sadrži jedno zasebno mišljenje.

...

...

ŠTO SE ZAKONA TIČE

I. NAVEDENO KRŠENJE ČLANKA 8

A. Uvod

37. Podnositelj tužbe pritužio se da bi on, uslijed zakona koji su na snazi u Sjevernoj Irskoj, mogao biti podvrgnut kaznenom progonu zbog svoje homoseksualne orijentacije, te da je doživljavao i proživljavao strah, patnje i psihološki stres, uključujući i strah od šikaniranja i ucjenjivanja, izravno prouzrokovanih samim postojanjem spomenutih zakona. Nadalje, pritužio se da je nakon pretresa njegove kuće u siječnju 1976. bio ispitan u policiji o određenim homoseksualnim aktivnostima, te da su prilikom tog pretresa njegovi osobni papiri bili oduzeti i da mu nisu bili vraćeni dulje od godinu dana.

Naveo je da je uslijed toga pretrpio i nastavlja trpjeti neopravdano kršenje njegova prava na poštovanje privatnog života, što je suprotno članku 8 Konvencije.

38. Članak 8 glasi:

„1. Svatko ima pravo na poštovanje svog privatnog i obiteljskog 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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

39. Iako sama homoseksualnost nije zabranjena zakonom već određeni činovi povrede morala i sodomija među muškarcima (vidjeti

paragraf 14 gore), nema sumnje da homoseksualne radnje čija je zabrana povod pritužbi podnositelja tužbe spadaju u okvir nedjela kažnjivih spornim zakonima; to je osnova ovog slučaja, o kojoj su Država, podnositelj tužbe i Komisija predstavili svoje argumente. Nadalje, po tim zakonima smatra se da je nedjelo počinjeno bez obzira da li je čin izvršen privatno ili javno, bez obzira na dob ili odnose dionika, i bez obzira na pristanak. Ipak, iz podnesaka gospodina Dudgeona vidljivo je da se njegove pritužbe u osnovi odnose na činjenicu da su po zakonu Sjeverne Irske homoseksualni činovi, koje bi on mogao napraviti s drugim muškarcima koji mogu dati valjan pristanak, ubrojeni u nedjela.

B. Postojanje kršenja prava iz članka 8

40. Komisija nije našla razlog za sumnju u navode podnositelja tužbe, koji se odnose na strah i stres, koje je on proživljavao uslijed postojanja spomenutih zakona. Komisija je jednoglasno ustvrdila da zakoni na koje se pritužbe odnose krše pravo podnositelja tužbe na poštovanje privatnog života, što je zajamčeno stavkom 1 članka 8, budući su tim zakonima zabranjeni homoseksualni činovi izvedeni privatno i uz pristanak među muškarcima (vidjeti paragrafe 94 i 97 izvještaja Komisije).

Država nije potvrdila tu tezu, ali nije osporila to da ti zakoni izravno pogađaju gospodina Dudgeona, kao niti to da on, po članku 25 Konvencije, ima pravo tvrditi da je „žrtva tih zakona“. Također, Država nije osporila ni gore navedeni zaključak Komisije.

41. Sud ne vidi nikakav razlog za neslaganje sa stajalištima Komisije budući da, prema sadržaju stavka 1 članka 8, važenje tih osporenih zakona predstavlja kršenje prava podnositelja tužbe na poštovanje privatnog života (što uključuje i njegov seksualni život). Kada se radi o situaciji u kojoj se podnositelj tužbe nalazi, samo postojanje tih zakona trajno i izravno pogađa njegov privatni život (vidjeti, uz nužne izmjene, presudu Marckx od 13. lipnja 1979., Serija A broj 31, stranica 13, paragraf 27); dakle, njemu su ostavljena dva izbora: ili poštovati zakon i ne biti dionik u zabranjenim seksualnim činovima s drugim muškarcima (čak ni privatno i uz pristanak), kojima je on sklon uslijed svojih homoseksualnih sklonosti, ili biti dionik u takvim činovima i tako postati meta kaznenog progona.

Ne može se reći da su spomenuti zakoni, koji reguliraju ovo područje, mrtvo slovo na papiru. Ti zakoni su bili primjenjivani te i su dalje primjenjivani za progon osoba mlađih od 21 godine, koje privatno i

uz pristanak sudjeluju u homoseksualnim činovima (vidjeti paragraf 30 gore). Iako se čini da posljednjih godina nije bilo pokrenutih procesa protiv muškaraca starijih od 21 godine, koji su sudjelovali u takvim činovima (izuzev u slučajevima mentalnih pacijenata), ne postoji deklarirana politika vlasti da neće primijeniti zakon u ovakvim slučajevima. Nadalje, osim mogućnosti progona od strane ravnatelja javnog tužiteljstva, i dalje ostaje mogućnost privatne tužbe (vidjeti paragraf 29 gore).

Štoviše, policijska istraga u siječnju 1976. bila je izričit način primjene spomenutih zakona, bez obzira što nije došlo do pokretanja postupka, te je to podnositelju tužbe izravno narušilo pravo na poštovanje privatnog života (vidjeti paragraf 33 gore). To samo po sebi pokazuje da su za njega prijetnje koje proizlaze iz tog zakona bile stvarne.

C. Postojanje opravdanja za kršenje prava, koju je Sud utvrdio

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

43. Kršenje prava zajamčenih člankom 8 neće biti u skladu sa stavkom 2 tog članka, ako to kršenje „nije u skladu sa zakonom“, te ako cilj po tom stavku nije legitiman i „nužan u demokratskom društvu“ (vidjeti, uz nužne izmjene, presudu Young, James i Webster od 13. kolovoza 1981., Serija A broj 44, stranica 24, paragraf 59).

44. Ni jedna strana nije izjavila da prvi uvjet nije bio ispunjen. Kao što je to Komisija istaknula u paragrafu 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 paragraf 14 gore).

45. Nadalje treba biti ustanovljeno da li je kršenje bilo radi „zaštite ćudoređa“ 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 poimanje spolnoga morala. Tada su oni vrijedili za Englesku i Wales te cijelu Irsku koja nije bila podijeljena, a zakon 1885 je vrijedio i za Škotsku (vidjeti paragraf 16 gore). Zadnjih godina, zakonom iz 1967. u Engleskoj i Walesu smanjen je okvir tih zakona, a kasnije zakonom 1980 to je učinjeno i u Škotskoj; uz određene iznimke,

više nije nedjelo da dvojica muškaraca iznad 21 godine privatno i uz pristanak budu dionici u homoseksualnim činovima (vidjeti paragrafe 17 i 18 gore). Za razliku od toga, zakon u Sjevernoj Irskoj ostao je nepromijenjen. Sud prihvaća da je odluka obznanjena u srpnju 1979. da se ne poduzmu daljnji koraci u vezi s prijedlogom za izmjenu postojećeg zakona bila potaknuta onime što je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva karakterizirala kao snagu osjećaja u Sjevernoj Irskoj protiv predloženih izmjena, te posebice kao snagu stajališta da bi te izmjene ozbiljno štetile tkivu morala društva u Sjevernoj Irskoj (vidjeti paragrafe 25 i 26 gore). Uslijed toga, opći 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 zaštititi mladih osoba od nepoželjnih i štetnih pritisaka i pažnji, istovremeno je usmjeren i prema „zaštiti prava i sloboda drugih“. Sud priznaje da jedna od svrha zakonodavstva jest pružati zaštitu za ranjive članove društva, kao što su mladi, protiv posljedica homoseksualnih aktivnosti. Ipak, bilo bi nekako umjetno da se u ovom kontekstu pravi stroga razlika između „zaštite prava i sloboda drugih“ i „zaštite morala“. „Zaštita morala“ može podrazumijevati zaštitu moralnog etosa društva ili standarda morala društva kao cjeline (vidjeti paragraf 108 izvještaja Komisije), ali također može, kao što je to Država istaknula, pokrivati zaštitu moralnih interesa i dobrobiti specifičnog dijela društva, kao što su na primjer školarci (vidjeti presudu *Handyside* od 7. prosinca 1976., Serija A broj 24, stranica 25, paragraf 52 (sažeto) u odnosu na stavak 2 članka 10 Konvencije.) Stoga, „zaštita prava i sloboda drugih“ kada to predstavlja zaštitu moralnih interesa i dobrobit specifičnih pojedinaca ili skupina, kojima je potrebna posebna zaštita uslijed razloga kao što su još nedostignuta zrelost, mentalna zaostalost ili stupanj zavisnosti, također predstavlja i jedan aspekt „zaštite morala“ (vidjeti, uz nužne izmjene, presudu *The Sunday Times* od 26. travnja 1979., Serija A broj 30, stranica 34, paragraf 56). Sud će se zato obazirati na ova dva cilja ove osnove.

48. Kao što je to Komisija s pravom navela u svom izvještaju (u paragrafu 101), u ovom slučaju glavna sporna točka prema članku 8 je do koje je mjere „nužno“, odnosno da li je uopće „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 regulirati homoseksualno ponašanje među muškarcima, baš kao što je to nužno i za sve druge oblike seksualnog ponašanja. Prema riječima Wolfend-

enovog izvješća (pogledati paragraf 17 gore), krajnja svrha Kaznenog zakona za ovo područje jest „čuvati javni red i ćudoređe, te zaštititi građanina od onoga što je uvredljivo ili štetno.“ Nadalje, ova nuđa za određenim oblikom nadzora može dalje obuhvaćati i privatne činoe uz pristanak, prvenstveno kada je to potrebno „kako bi se osigurala dovoljna zaštita protiv iskorištavanja i kvarenja drugih, to jest kako bi posebno bili šticeeni oni koji su posebice ranjivi uslijed toga što su mladi, fizički ili mentalno slabi, neiskusni, ili zavisni o drugima fizički, pravno ili ekonomski“. Zapravo, sve države ćlanice Vijeća Europe imaju zakon koji to regulira, ali ono po ćemu se zakon u Sjevernoj Irskoj razlikuje od zakona u velikoj većini država ćlanica jest to da su njime općenito i u svim okolnostima zabranjeni nećudoredni ćinovi meću muškarcima i analni spolni odnosi. Prihvaćajući „nuđu“ za nekim oblikom zakonske regulacije ovog područja radi zaštite određenih skupina kao i moralnog etosa društva u cjelini, pitanje u ovom konkretnom slučaju je da li su sporne odredbe zakona u Sjevernoj Irskoj i provedba istih unutar granica koje se u demokratskom društvu mogu smatrati nužnim za postizanje tih ćiljeva.

50. U prijašnjim presudama Suda navedeni su brojni relevantni principi za ocjenu „nužnosti“ mjera za podržavanje ćiljeva koji su prema Konvenciji legitimni „u demokratskom društvu“.

51. Prvo, rijeć „nužan“ u ovom kontekstu nema fleksibilnost koju imaju rijeći kao što su „koristan“, „razuman“ ili „poželjan“ nego podrazumijeva postojanje „neodgodive potrebe društva“ za spomenutim narušavanjem prava (vidjeti gore navedenu presudu Handyside, stranica 22, paragraf 48).

52. Drugo, nacionalne vlasti, uz stupanj diskrecije, imaju prednost ocijeniti neodgodive potrebe društva u svim pojedinaćnim slučajevima (vidjeti na istom mjestu). Ipak, njihova odluka podliježe razmatranju od strane Suda (na istom mjestu, stranica 23, paragraf 49).

Kao što je to ilustrirano u presudi Sunday Times, stupanj diskrecije nije identićan za svaki ćilj kojim se opravdava krnjenje određenog prava (stranica 36, paragraf 59). Iz presude Handyside Država je zaključila da će stupanj diskrecije biti veći kada se radi o zaštiti ćudoređa. Kao što je to Sud naveo u presudi Handyside, neosporna je ćinjenica da stajalište o mehanizmima zaštite ćudoređa, posebice u našem dobu, varira s vremenom na vrijeme te od područja do područja, te budući da su državne vlasti u izravnom i stalnom kontaktu s ključnim snagama u svojim zemljama, one su u pravilu u boljem položaju od mećunarodnih sudaca oformiti svoje mišljenje o toćnom sadržaju tih mehanizama (stranica

22, paragraf 48).

Ipak, na opseg diskrecije neće utjecati samo priroda cilja restrikcije već i priroda samih aktivnosti. Aktualni slučaj odnosi se na najintimniji aspekt privatnog života. Stoga, moraju postojati ozbiljni razlozi da bi narušavanje određenog prava od strane javnih vlasti bilo legitimno po stavku 2 članka 8.

53. Konačno, u članku 8, kao i u nekoliko drugih članaka Konvencije, poimanje „nužnosti“ vezano je uz poimanje „demokratskog društva“. Prema prijašnjim slučajevima Suda, restrikcija određenog prava iz Konvencije ne može se smatrati „nužnom u demokratskom društvu“, glavne karakteristike koje su tolerancija i širokounnost, ako je, između ostalog, nerazmjerna legitimnoj ciljnoj svrsi (vidjeti gore navedenu presudu Handyside, stranica 23, paragraf 49, te gore navedenu presudu Young, James i Webster, stranica 25, paragraf 63).

54. Dužnost Suda je da na temelju gore navedenih principa ocijeni da li su ponuđeni razlozi, kojima se želi opravdavati kršenje određenog prava, relevantni i zadovoljavajući po stavku 2 Članka 8 (vidjeti gore navedenu presudu Handyside, stranice 23 - 24, paragraf 50). Nije dužnost Suda ocijeniti 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 stavku 2 članka 8 (vidjeti paragraf 35 gore).

56. Prvo, Država je skrenula pozornost Suda na to što je ona opisala kao temeljne razlike u stavovima i javnom mnijenju o moralu između Sjeverne Irske i Velike Britanije. Rečeno je da je sjevernoirsko društvo konzervativnije i da više obraća pozornost na religijske čimbenike, što je iskazano restriktivnijim zakonima čak i za područje heteroseksualnog ponašanja (vidjeti paragraf 15 gore).

Iako je podnositelj tužbe kvalificirao ovu tvrdnju preuveličanom, Sud prihvaća to da takve razlike u nekoj mjeri postoje te da su one relevantan čimbenik. Kao što su to naglasile i Komisija i Država, prilikom ocjenjivanja spornih mjera zaštite ćudoređa u Sjevernoj Irskoj, one moraju biti razmatrane u kontekstu sjevernoirskog društva.

Činjenica da se slične mjere ne smatraju nužnim u drugim dijelovima

Ujedinjenog Kraljevstva ili u drugim zemljama članicama Vijeća Europe ne znači da one nisu nužne u Sjevernoj Irskoj (vidjeti, uz nužne izmjene, gore navedenu presudu Sunday Times, stranice 37 - 38, paragraf 61; usporediti i s gore navedenom presudom Handyside, stranice 26 - 28, paragrafi 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 čimbenika koji nacionalna vlast može legitimno uzeti u obzir kod vršenja svoje diskrecije. Sud prihvaća da postoji snažno protivljenje koje proizlazi iz iskrenog i nepatvorenog uvjerenja velikog broja relevantnih članova sjevernoirske zajednice da bi izmjena dotičnog zakona ozbiljno štetila moralnom tkivu njihovog društva (vidjeti paragraf 25 gore). Ovo protivljenje odražava, kao što to na jedan drugi način odražavaju i preporuke Savjetodavne komisije iz 1977. (vidjeti paragraf 23 gore), stajališta o moralnim standardima u Sjevernoj Irskoj i o mjerama koje zajednica smatra nužnima za očuvanje tih prevladavajućih moralnih standarda.

Neovisno o tome da li je to stajalište ispravno ili neispravno, te iako može biti da ono nije u skladu sa stavovima u drugim zajednicama, njegovo postojanje u tako značajnom dijelu sjevernoirskog društva svakako je značajno u interpretaciji stavka 2 članka 8.

58. Država je nadalje obrazložila da je ovaj zaključak dodatno poduprt posebnim ustavnim položajem Sjeverne Irske (opisanim gore u paragrafima 19 i 20). U razdoblju od 1921. (kada je parlament Sjeverne Irske zasjeo prvi put) do 1972. (kada je zasjeo zadnji put), smatralo se da je zakonodavstvo za socijalno područje isključivo domena prepuštena tom parlamentu. Bilo je rečeno da će kao rezultat uvođenja „izravnog vladanja“ iz Westminstera, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva imati posebnu dužnost da, prije donošenja zakona o takvim pitanjima, u potpunosti uzme u obzir želje žitelja Sjeverne Irske.

U današnjim okolnostima izravnog vladanja jasna je potreba za oprezom i senzibilitetom prema javnom mnijenju u Sjevernoj Irskoj. Međutim, za interpretaciju Konvencije u ocjenjivanju „nužnosti“ za održavanjem osporenih zakona, Sud ne smatra odlučujućim faktorom to da odluku o tome nisu donijeli bivša vlada i bivši parlament Sjeverne Irske već vlasti Ujedinjenog Kraljevstva tijekom razdoblja izravnog vladanja, za koje se nadaju da će biti samo privremeno.

59. Bez ikakve sumnje, suočena s ovim različitim vidovima, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva djelovala je oprezno i s dobrim namjerama; štoviše, primijenila je svaki napor da bi, uslijed različitih stajališta, 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 daljnje mjere (vidjeti, na primjer, paragrafe 24 i 26 gore). Ipak, to samo po sebi ne može biti odlučujuće za miješanje u privatni život podnositelja tužbe, što je bilo rezultat osporenih mjera (vidjeti gore navedenu presudu Sunday Times, stranica 36, paragraf 59). Bez obzira na opseg diskrecije koja je raspoloživa nacionalnim vlastima, dužnost je Suda donijeti konačnu ocjenu o tome da li su razlozi, za koje je Sud zaključio da su relevantni, bili valjani u tim okolnostima, te posebice o tome da li je kršenje prava, o čemu se podnositelj tužbe pritužio, bilo razmjerno iznesenoj potrebi društva (vidjeti paragraf 53 gore).

60. Osporena je svrsishodnost zakona kojima je tužena Država dužna zaštititi esencijalnu privatnu ljudsku osobnost (vidjeti paragraf 52, treći odlomak gore).

Za razliku od doba kada su ti zakoni stupili na snagu, danas postoji bolje shvaćanje homoseksualnog ponašanja i, kao rezultat toga, povećana tolerancija do te mjere da se u većini zemalja članica Vijeća Europe više ne smatra nužnim niti prikladnim tretirati homoseksualne činove, tipa ovih navedenih ovdje, same po sebi predmetom na koji treba primjenjivati sankcije Kaznenog zakona; Sud ne može ignorirati značajne promjene koje su, u vezi s tim, ostvarene kroz domaće zakone zemalja članica (vidjeti, uz nužne promjene, gore navedenu presudu Marckx, stranica 19, paragraf 41, te presudu Tyrer od 25. travnja 1978., Serija A broj 26, stranice 15 - 16, paragraf 31). U samoj Sjevernoj Irskoj, potonjih godina vlasti su se suzdržavale od provedbe spornih zakona kada se radilo o homoseksualnim činovima među muškarcima starijim od 21 godine, koji mogu dati valjan pristanak (vidjeti paragraf 30 gore). Nikakvi dokazi, koji bi ukazali na to da je to štetno za standarde morala u Sjevernoj Irskoj, ili da postoje zahtjevi javnosti za striktnijom provedbom zakona, nisu se pojavili.

U navedenim okolnostima, ne može se prihvatiti da postoji „nužna potreba društva“ da takvi činovi budu tretirani kao nedjela, budući da ne postoji valjano opravdanje da postoji opasnost da će oni ugrožavati ranjive dijelove društva, kojima je potrebna zaštita, niti da će oni imati štetne učinke na javnost. Što se pitanja razmjernosti 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 podnositelj tužbe. Iako određeni članovi društva, koji homoseksualnost smatraju nemoralnom pojavom, mogu bivati šokirani, uvrijeđeni ili uznemireni pravom drugih na privatne homoseksualne odnose uz pristanak, to samo po sebi ne može opravdati primjenu sankcija Kaznenog zakona na odrasle osobe uključene u takvim odnosima.

61. Sukladno tomu, razlozi koje je Država iznijela, iako su relevantni, nisu dostatni za opravdanje održavanja spornog zakona budući da je njegov opći učinak kriminalizacija privatnih homoseksualnih odnosa među odraslim muškarcima sposobnim davanja valjanog pristanka. Posebice, moralni stavovi prema muškoj homoseksualnosti u Sjevernoj Irskoj, te zabrinutost da će bilo kakvo popuštanje putem zakona voditi eroziji postojećih standarda morala ne mogu, bez bitnijih čimbenika, opravdavati miješanje u tolikoj mjeri u privatni život podnositelja tužbe. „Dekriminalizacija“ ne znači odobravanje, te zabrinutost da će, reformom zakona, neki sektori društva biti zavedeni i da će doći do krivih zaključaka, ne pruža valjanu podlogu za održavanje na snazi tih zakona i njihovih neopravdanih obilježja.

Ukratko, restrikcije kojima je gospodin Dudgeon podvrgavan po zakonu Sjeverne Irske uslijed širine i apsolutnosti karaktera tog zakona, posve neovisno o težini predodređenih mogućih kazni, nerazmjerne su ciljevima čijem se postizanju teži.

62. Prema mišljenju Komisije, kršenje prava, na što se podnositelj tužbe pritužio, ukoliko to onemogućava njemu ili bilo kom drugom muškarcu imati spolne odnose s mladim muškarcima ispod 21 godine, može se opravdati kao nužno radi zaštite prava drugih (vidjeti posebno paragrafe 105 i 116 izvještaja). Ovaj je zaključak prihvaćen i usvojen od strane Države, ali je osporen od strane podnositelja tužbe, koji je izjavio da dopuštena dobna 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 aktualnom zakonu Sjeverne Irske (vidjeti paragraf 15 gore).

Sud je već prihvatio legitimitet nužde u demokratskom društvu za određenim stupnjem nadzora nad homoseksualnim ponašanjem, prvenstveno radi primjene zaštitnih mehanizama protiv kvarenja drugih i iskorištavanja onih koji su posebno ranjivi uslijed toga što su na primjer mladi (vidjeti paragraf 49 gore). Međutim, u prvoj instanci, pravo je

nacionalnih vlasti odrediti prirodu prikladnih mjera potrebnih za zaštitu čudoređa u njihovu društvu, te posebice odrediti dobnu granicu na osnovi koje mladi ljudi trebaju biti zaštićeni odredbama Kaznenog zakona (vidjeti paragraf 52 gore).

D. Zaključak

63. Gospodin Dudgeon bio je izlagan te i je dalje izlagan neopravdanom kršenju njegovog prava na poštovanje njegovog privatnog života. Stoga, postoji kršenje članka 8.

II. NAVOĐENO KRŠENJE ČLANKA 14 INTERPRETIRANOG U KOMBINACIJI S ČLANKOM 8

64. Članak 14 glasi:

„Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

65. Podnositelj tužbe pritužio se da je žrtva diskriminacije koja predstavlja kršenje članka 14 interpretiranog u kombinaciji s člankom 8, time što je, po osporenom Kaznenom zakonu, izlagan većem uplitanju u njegov privatni život nego što su to homoseksualci u ostalim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva te heteroseksualci i homoseksualke u samoj Sjevernoj Irskoj. Posebno, u svojoj tužbi traži da po članku 14 dopuštena dob za spolne odnose uz pristanak treba biti ista za sve oblike spolnih odnosa.

66. Prilikom razmatranja predmeta po članku 14, i Komisija i Država pravile su razliku između homoseksualnih činova među muškarcima starijim i onim mlađim od 21 godine. Sud je već ustvrdio da, što se članka 8 tiče, u prvoj instanci pravo je nacionalnih vlasti odrediti dob na osnovi koje mladi ljudi trebaju biti zaštićeni odredbama Kaznenog zakona (vidjeti paragraf 62 gore). Aktualni 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 dobna granica i ukoliko to osporava određena druga strana, tek tada to može postati predmet za razmatranje po članku 14, dakle, nije dužnost

Suda odlučiti o nečemu što trenutno nije predmet razmatranja.

67. Budući da se tužbom pozvalo na članak 8 (kao primarni članak), te na članak 8 u kombinaciji s člankom 14 (kao sekundarnom članku), te budući da je ustanovljeno da je prekršen primarni članak (članak 8), u pravilu nije potrebno da Sud razmotri predmet i po sekundarnom članku (članku 14), iako bi situacija bila drugačija kada bi očito nejednak tretman prema ostvarivanju određenog prava predstavljao fundamentalan aspekt slučaja (vidjeti presudu Airey od 9. listopada 1979., Serija A broj 32, stranica 16, paragraf 30).

68. Ovaj potonji uvjet, koji se odnosi na diskriminaciju uslijed postojanja različitih zakona u različitim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva, koji se odnose na homoseksualne činiove među muškarcima, nije ispunjen (vidjeti paragrafe 14, 17 i 18 gore). Štoviše, sam gospodin Dudgeon je izjavio da ako Sud ustvrdi da je prekršen članak 8, ovo zasebno pitanje neće dalje imati istu važnost.

69. Prema podnositelju tužbe, glavni aspekt njegove pritužbe po članku 14 jest to da su u Sjevernoj Irskoj homoseksualni činiovi među muškarcima, za razliku od heteroseksualnih činova i homoseksualnih činova među ženama, predmet kaznenih sankcija čak i kada su vršeni privatno među odraslim muškarcima.

Središnja sporna točka u ovom slučaju doista proizlazi iz postojanja zakona u Sjevernoj Irskoj, po kojima su određeni homoseksualni činiovi kazneno kažnjivi u svim okolnostima. Usprkos tomu, ovaj aspekt pritužbe po članku 14, iako je ovdje promatran s drugog kuta od strane podnositelja tužbe, ustvari predstavlja isti aspekt koji je Sud već razmotrio po članku 8; dakle ne postoji potreba dodatno ocijeniti određenu točku koja je dio šire točke koja je već razmotrena (vidjeti, uz nužne izmjene, presudu Deweer od 27. veljače 1980., Serija A broj 35, stranice 30 - 31, paragraf 56, sažeto). Kada je već ocijenjeno da restrikcija prava na poštovanje privatnog seksualnog života podnositelja tužbe predstavlja kršenje članka 8 uslijed širine i karaktera te restrikcije (vidjeti paragraf 61, sažeto, gore), dalje ne postoji korisna pravna svrha ocijeniti da li je podnositelj tužbe bio diskriminiran u odnosu na druge osobe izlagane manjim restrikcijama istog prava. Uslijed navedenih razloga, ne može se reći da to očito nejednako tretiranje predstavlja fundamentalan aspekt ovog slučaja.

70. Sukladno tomu, Sud ne smatra potrebnim razmatrati slučaj i po članku 14.

III. PRIMJENA ČLANKA 50

71. Pravni zastupnik podnositelja tužbe izjavio je da će, ukoliko Sud ocijeni da je Konvencija prekršena, njegov klijent tražiti pravednu zadovoljštinu po članku 50 zbog triju razloga: prvo, zbog uznemirenosti, paćenja i tjeskobe, uslijed policijske istrage u siječnju 1976; drugo, zbog općeg straha i nespokojstva, koje je trpio od 17. godine; te konačno, za pravne i ostale troškove. Pravni savjetnik je naveo iznose od 5.000 funti za prvu stavku, 10.000 funti za drugu, te 5.000 funti za treću.

Država je sa svoje strane zamolila Sud da to pitanje ostavi za kasnije.

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

IZ NAVEDENIH RAZLOGA, SUD

1. uz petnaest glasova za i četiri protiv, drži da je prekršen članak 8 Konvencije;

2. uz četrnaest glasova za i pet protiv, drži da nije potrebno razmatrati slučaj i po članku 14 u kombinaciji s člankom 8;

3. jednoglasno drži da se još ne može odlučiti o pitanju primjene članka 50;

(a) sukladno tomu, odgađa odlučivanje o navedenom pitanju;

(b) navedeno pitanje upućuje natrag Sudskom vijeću prema stavku 4 odredbe 50 Sudskog poslovnika.

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

Za predsjednika

John Cremona, sudac

Marc-André Eissen, registrar

Sljedeća zasebna mišljenja pridodana su ovoj presudi u skladu sa stavkom 2 članka 51 Konvencije te stavkom 2 odredbe 50 Sudskog poslovnika:

- nesuglasno mišljenje gospodina Zekiae;
- nesuglasna mišljenja gospode Evrigenisa i García de Enterría;
- nesuglasno mišljenje gospodina Matschera;
- nesuglasno mišljenje gospodina Pinheiroa Farinha;
- djelomično nesuglasno mišljenje gospodina Walsh.

John Cremona

Marc-André Eissen

NESUGLASNO MIŠLJENJE SUCA ZEKIAE

...

Dakle, odlučujuće središnje pitanje u ovom predmetu je da li su, u demokratskom društvu, odredbe gore navedenih zakona, kojima se kriminaliziraju homoseksualni odnosi, bile nužne za zaštitu čudoređa te prava i sloboda drugih, budući da, po članku 8 § 2 Konvencije, takva nužda predstavlja preduvjet za opravdano postojanje takvih odredbi.

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

1. Kršćanstvo i Islam ujedinjeni su u osudi homoseksualnih odnosa i sodomije. Moralna poimanja temelje se u velikoj mjeri na religijskim uvjerenjima.

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

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

...

Premda me se s jedne strane može smatrati pristranim što sam ciparski sudac, s druge strane može me se smatrati osobom koja je u boljem položaju zamisliti proteste i nemire, koji bi uslijedili kada bi takvi zakoni bili ukinuti ili izmijenjeni u korist homoseksualaca bilo u Cipru bilo u Sjevernoj Irskoj. I u Cipru i Sjevernoj Irskoj ljudi su religiozni, te se drže moralnih standarda, koji su stoljeća stari.

3. Kada razmatramo poštovanje privatnog života homoseksualaca po članku 8 § 1, moramo imati na umu i ne smijemo zaboraviti da se trebaju poštovati i ljudi koji imaju suprotna stajališta, posebice ondje gdje veliku većinu čine upravo ljudi koji su potpuno protiv neprirodnih nečudorednih seksualnih odnosa. Dakako, i većina ljudi u demokratskom društvu, po člancima 8, 9 i 10 Konvencije i po članku 2 Aneksa broj 1, također ima pravo na poštivanje njihovih religijskih uvjerenja i uvjerenja o moralu, te ima pravo poučavati i odgajati svoju djecu u skladu sa svojim religijskim i filozofskim uvjerenjima.

U demokratskom društvu vlada volja većine. Prilikom razmatranja

nužnosti poštovanja nečijeg privatnog života, čini mi se nekako čudno i zbunjujuće podcijeniti nužnost održavanja zakona radi zaštite ćudoređa kojeg se većina ljudi uvelike drži.

Izmjena zakona, kojom bi se legalizirale privatne homoseksualne aktivnosti među odraslim muškarcima, najvjerojatnije bi prouzročila mnoge nemire u dotičnom društvu. Tužena Država opravdano je zaključila da u svom zakoniku treba zadržavati dotične zakone kako bi zaštitila ćudoređe te da bi sačuvala javni mir.

4. Kada bi homoseksualac izjavio da pati uslijed fizioloških, psiholoških ili drugih razloga, te kada bi zakon ignorirao te okolnosti, onda bi on mogao postati kandidat za oslobađanje od krivice ili ublažavanje sankcija, sukladno tomu da li su njegove sklonosti izlječive ili neizlječive. Ništa od toga nije navedeno i ništa od toga nije osporeno. Da je to podnositelj tužbe učinio, onda je trebao iscrpiti i sve ostale domaće sudske instance. Ustvari, podnositelj tužbe nije ni optužen za ikakvo nedjelo.

Iz procedure oko ovog slučaja očigledno je da podnositelj tužbe, uz pomoć članka 8 §§ 1 i 2 Europske konvencije o ljudskim pravima, traži biti slobodan upuštati se u homoseksualne odnose.

Mnogo je rečeno o malom broju slučajeva koji su sudski procesuirani na osnovi odredbi zakona, kojima su homoseksualni činovi 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 nedjela. Međutim, ista činjenica može ukazivati i na jako mali broj počinjenih homoseksualnih nedjela, te također na nepotrebitost i neprikladnost izmjene zakona.

5. Za određivanje prirode i obujma morala te za određivanje stupnja nužnosti njegove zaštite po člancima 8, 9 i 10 Europske konvencije o ljudskim pravima, koji će biti protuteža nacionalnom zakonu, jurisprudencija ovog Suda već nam je dala smjernice:

„A“ Poimanje morala mijenja se kroz vrijeme i razlikuje se od mjesta do mjesta. Ne postoji jedinstveno europsko poimanje morala. Državne vlasti su u boljem položaju od međunarodnih sudaca dati mišljenje o tome koji su prevladavajući standardi morala u njihovoj zemlji; (presuda Handyside od 7. prosinca 1976., Serija A broj 24, stranica 22, § 48).

Ne može se osporiti da je u Sjevernoj Irskoj moralna klima protiv izmjene dotičnih zakona, te kada bi ti zakoni bili izmijenjeni, učinak toga, na jedan ili drugi način, bio bi dozvoljavanje nemorala.

„B“ Državne vlasti također su u boljem položaju procijeniti stupanj do kojeg nacionalno zakonodavstvo nužno treba ograničiti određena prava radi zaštite morala u društvu te zaštite prava drugih, koja su zajamčena odgovarajućim člancima Konvencije.

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

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

NESUGLASNO MIŠLJENJE SUDACA EVRIGENISA I GARCÍAE DE ENTERRÍAE

Budući mišljenja da je predmet također trebao biti razmotren i po članku 14 u kombinaciji s člankom 8, no bez prejudiciranja s naše strane o zaslugama procesa, osjetili smo da smo dužni glasati protiv operativne odluke broj 2 u presudi ovog Suda uslijed slijedećih razloga:

Barem je razlika između tretmana homoseksualaca i tretmana homoseksualki i heteroseksualaca u Sjevernoj Irskoj (vidjeti paragrafe 65 i 69 presude), na koju se oslonio podnositelj tužbe prilikom svoje argumentacije, trebala biti razmotrena i po članku 14 u kombinaciji s člankom 8. Čak i prihvaćajući restriktivnu formulaciju iz presude Airey, koju je Sud primijenio za odlučivanje o ovoj točki (u paragrafu 67: „očito nejednak tretman“ predstavljao bi „fundamentalni aspekt slučaja“), teško bi bilo tvrditi da u navedenim okolnostima nije jasno zadovoljeno tom uvjetu. U svakom slučaju, tumačenje članka 14 na tako restriktivan način kao u presudi Airey ovoj fundamentalnoj odredbi u velikoj mjeri umanjuje

sadržinu i funkciju u sustavu supstantivnih odredbi Konvencije.

NESUGLASNO MIŠLJENJE SUCA MATSCHERA

I. Što se tiče navodenog kršenja jednog od prava iz članka 8;

Premda se slažem s općim načinom rasuđivanja Suda, činjenice ovog slučaja vidim nekako drugačije. Zato, ne mogu se složiti sa zaključcima presude da je prekršen članak 8 Konvencije. Stoga ću svoja stajališta iznijeti niže.

Članak 8 uopće ne nalaže da Država treba smatrati homoseksualnost (bez obzira u kojem se obliku pojavljuje) alternativom koja je ekvivalentna heteroseksualizmu, te da ih iz tog razloga treba zakonski tretirati jednako. Dakako, to je u presudi posve ispravno dotaknuto u nekoliko navrata.

S druge strane, (izuzev u posebnim situacijama kao na primjer kada je bilo zlorabljenja nečije zavisnosti, ili kada su homoseksualni čini izvršeni u određenim posebnim okolnostima zajedničkog življenja kao na primjer u domovima, vojarnama, i slično) iz gore navedenog i po sadržaju članka 8 § 2 ne vidi se da je kazneni progon za homoseksualne činiove među muškarcima, vršene privatno i uz pristanak, „nužno“ za zaštitu onih vrijednosti koje određeno društvo legitimno (također prema sadržaju Konvencije) želi čuvati. Stoga, u konkretnom slučaju, što se tiče tumačenja članka 8 i posebice njegovog drugog stavka, slažem se s općim načinom rasuđivanja prilikom donošenja presude.

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

U paragrafu 51 rečeno je da pridjev „nužan“ podrazumijeva postojanje „neodgodive potrebe društva“ za spomenutim narušavanjem prava (uz referiranje na presudu Handyside od 7. prosinca 1976., Serija A broj 24, § 48). Po meni, međutim, kada se jedanput prihvati da je cilj legitiman u okviru članka 8 § 2, svaka mjera kojom se teži ostvarenju tog cilja je nužna ako bi nepoduzimanje takve mjere predstavljalo opasnost da cilj neće biti ostvaren. Samo se u ovom kontekstu može procijeniti nužnost određene mjere te, kao dodatan faktor, razmjernost omjera između vrijednosti polagane na cilj i ozbiljnosti mjere (vidjeti paragrafe 54 i 60, sažeto). 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 tomu napravljeno u presudi kada je riječ „nužan“ povezana s riječima „neodgodiva potreba društva“.

Nadalje, prema drugom odlomku paragrafa 60, nisu se pojavili nikakvi dokazi koji bi pokazivali da je tolerantni stav zauzet u praksi od strane vlasti u Sjevernoj Irskoj bio štetan za standarde morala u toj regiji. Tu ne mogu ništa drugo nego to čisto smatrati spekulativnim argumentom bez ikakvog temelja 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 podnositelj tužbe pritužio da je realno bio žrtva te da je i dalje potencijalna žrtva uslijed postojanja tih osporenih zakona.

(a) Država je izjavila da već dugo vrijeme (preciznije, između 1972. i 1980.) nije bilo kaznenih procesuiranja slučajeva sličnih ovom. Nitko nije osporio ovu tvrdnju, štoviše se više nego čini da je to slika stvarnog stanja. Istina je da po običajnom pravu sudski progon može pokrenuti i pojedinac, što bi ovisilo o odluci ravnatelja Javnog tužiteljstva o nastavku ili prekidu procesa. Međutim, tijekom navedenog razdoblja, nije bilo primjera progona ovakve vrste (paragrafi 29 - 30).

Iz ovoga zaključujem da u praksi nije bilo procesuiranja homoseksualnih činova vršenih privatno i uz pristanak među odraslim muškarcima. Nepostojanju progona bilo kakve vrste čini se ide u prilog i postojanje broja udruga koje zagovaraju homoseksualnost (Komisija je navela barem pet njih u paragrafu 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 ostaloga, aktivne u kampanji za legalizaciju homoseksualnosti, te se može pretpostavljati da neki njihovi članovi ako ne i većina njih imaju homoseksualne sklonosti, a u jednoj od njih je sam podnositelj tužbe tajnik.

U ovakvim okolnostima, postojanje „straha, paćenja i psihološke uznemirenosti“ kojima je podnositelj tužbe bio i je izlagan, u što ni Komisija ni Sud nisu vidjeli nikakav razlog za sumnju (paragrafi 40 - 41), i što je navodno izravna posljedica postojanja spomenutih zakona, meni se pak čini posve malo vjerojatnim.

Da sažmem, 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 temeljito različita od one u slučaju Marckx (paragraf 27 presude od 13. lipnja 1979., Serija A broj 31), na koji se

aktualna presuda poziva (u paragrafu 41); u slučaju Marckx, osporene odredbe belgijskoga građanskoga prava izravno su bile primjenjivane na podnositeljicu tužbe koja je njihove posljedice pretrpjela u svom obiteljskom životu, dok u aktualnom slučaju, osporeni zakoni su samo formalno na snazi, ali činjenično se ne primjenjuju kada se radi o aspektima koji su predmet ove tužbe. S obzirom na to, podnositelj tužbe i drugi poput njega mogu svoj privatni život organizirati onako kako žele bez ikakvog uplitanja od strane vlasti.

Naravno, ovom prilikom, podnositelj tužbe i udruge koje stoje iza njega traže više: traže izričito ukinuće zakona 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, spolno obrazovanje). Međutim, članak 8 Konvencije to ni na koji ne nalaže.

(b) Na policijsku akciju izvršenu 21. siječnja 1976. (paragrafi 30 - 31) protiv podnositelja tužbe može se gledati i iz drugog kuta: u dotičnim okolnostima, policija je izvršavala nalog izdan po Zakonu o zloporabi droga 1971. Tijekom pretrage, policija je pronašla papire koji upućuju na njegove homoseksualne sklonosti. Jedan od razloga zbog kojeg je policija sprovela istragu vjerojatno je bio i to da provjeri da li je možda podnositelj tužbe imao homoseksualne odnose i s maloljetnicima. Dakako, dobro je poznato da je to rasprostranjena sklonost u homoseksualnim krugovima, te činjenica da je sam podnositelj tužbe tada bio uključen u kampanji za smanjenje dopuštene dobne granice za homoseksualne odnose među muškarcima upućuje na isti smjer. Štoviše, spomenuta istraga bila je sastavni dio još veće policijske akcije kojoj je svrha bila locirati 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). Nadalje, nadležne sudske vlasti zatvorile su spis slučaja podnositelja tužbe.

Ova ukupna evaluacija činjenica vodi me na stav da podnositelj tužbe nema osnovu tvrditi da postoji uplitanje u njegov privatni život. Iz tog razloga zaključujem da, u konkretnom slučaju, članak 8 Konvencije nije prekršen.

II. Što se tiče navođenog kršenja članka 14 interpretiranog u kombinaciji s člankom 8;

Podnositelj tužbe je naveo da je članak 14 interpretiran u kombinaciji

s člankom 8 prekršen na tri (ili čak četiri) različita načina: (a) postojanjem različitih zakona u različitim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva; (b) razlikama dopuštene dobi za heteroseksualne i homoseksualne odnose među ženama; (c) i (d) razlikama u Kaznenom zakonu po kojem se drugačije tretira homoseksualnost među muškarcima a drugačije homoseksualnost među ženama, te razlikama između odnosa prema homoseksualnosti i heteroseksualnosti.

Što se tiče dobne granice za dopuštene spolne odnose [(b)], Sud s pravom navodi (u paragrafu 66, drugom odlomku) da, u prvoj instanci, određivanje te granice spada u djelokrug nacionalnih vlasti. Rezoniranje većine članova Suda je bilo kako slijedi: u Sjevernoj Irskoj, homoseksualnost među muškarcima je kažnjiva po Kaznenom zakonu bez obzira na dob uključenih pojedinaca, zato, tek kada se dobna granica za takve odnose odredi, to može postati predmet za rješavanje po članku 14. To rezoniranje je koherentno, i tu se nema što dodati.

Po meni, nadležne vlasti ustvari prave razliku prema dobi kako bi ostali tolerantni, ali isključivo, prema homoseksualnosti uz pristanak među odraslim muškarcima. Iz razloga koji su toliko očiti da bi bilo kakvo objašnjenje bilo suvišno, to pravljenje razlike smatram savršeno legitimnim prema članku 14, te to ne predstavlja diskriminaciju.

Što se drugih pritužbi [(a), (c) i (d)] tiče, većina članova Suda smatra da kada se ustanovi primarno kršenje određenog članka Konvencije, općenito nije potrebno razmatrati i sekundarno kršenje drugih članaka (u ovom slučaju, članka 14), s tim da bi situacija bila drugačija samo kada bi očigledno nepravedan tretman osobe u ostvarivanju određenog prava predstavljao bitan aspekt slučaja (referiranje na presudu Airey od 9. listopada 1979., Serija A broj 32, paragraf 30). Zaključeno je da ovaj potonji uvjet nije ispunjen u okolnostima konkretnog slučaja. Štoviše, u presudi se ističe da ne postoji potreba prosuditi o određenoj spornoj točki koja je dio veće sporne točke koja je već razmotrena i o kojoj je već prosuđeno (referiranje na presudu Deweer od 27. veljače 1980., Serija A broj 35, paragraf 56, sažeto), te da ista navedena situacija postoji i u konkretnom procesu. U ovakvim okolnostima, većina članova Suda prosudila je da ne postoji korisna pravna svrha ocijeniti da li je podnositelj tužbe bio dodatno diskriminiran u odnosu na druge osobe na koje se odnose manja ograničenja.

Žalim što se ne mogu složiti s tom prosudbom. Po mojem mišljenju, kada se Sudu podnese tužba koja je prihvaćena od strane Suda i u kojoj su navedene sporne točke kroz koje tužitelj tvrdi da je Konvencija prekršena, što u ovom slučaju tvrdi podnositelj tužbe a Država to

osporava, dužnost je Suda donijeti odluku o svakoj spornoj točki te obrazložiti svoje odluke. Sud ne može izbjegavati ovu dužnost tako da se služi formulama kojima se reducira opseg nekog drugog članka Konvencije (u ovom slučaju članka 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 osnovi sadržaja članka 14 ne bi bilo moguće razlučiti tu diskriminaciju, a uz to katkada bi moglo biti otežano ponuditi objektivno i racionalno objašnjenje za takvu razliku u tretmanu. Samo u tim okolnostima, po mojem mišljenju, maksima „sudac se ne bavi sitnicama“ bila bi prihvatljiva (vidjeti, uz nužne izmjene, moje zasebno mišljenje pridodano presudi Marckx, stranica 58). Međutim u konkretnom slučaju ne vidim da postoje takve okolnosti, dakle Sud je trebao zauzeti odlučan stav glede navedenih pritužbi podnositelja tužbe, koje se odnose na kršenje članka 14.

(a) Razlike u domaćim zakonima, što su karakteristika saveznih država, same po sebi ne mogu nikada predstavljati diskriminaciju, stoga ne postoji potreba obrazlagati razlike takve vrste. Tvrditi drugačije bilo bi potpuno zanemarivanje biti savezništva.

...

(c) i (d) Razlike u karakteru između homoseksualnih i heteroseksualnih odnosa čine se očitim, te moralna i društvena pitanja koja odatle proizlaze nisu uopće ista. Slično tomu, postoji istinska razlika u karakteru i u stupnju moralnih i društvenih problema koji nastaju kroz mušku i onih koji nastaju kroz žensku homoseksualnost. Stoga, različito tretiranje tih dviju vrsta homoseksualnosti u Kaznenom zakonu je, po mojem sudu, temeljeno na posve objektivnim razlozima.

Sukladno gore navedenom, što se tiče svake od pritužbi podnositelja tužbe, zaključujem da nije bilo kršenja članka 14 protumačenog u kombinaciji s člankom 8.

NESUGLASNO MIŠLJENJE SUCA PINHEIROE FARINHA

Ne mogu se složiti sa stajalištima i zaključcima svojih istaknutih kolega, izloženih u vezi s konkretnim slučajem, da je Ujedinjeno Kraljevstvo prekršilo članak 8 Konvencije.

Po mom mišljenju, tu nije bilo žrtve, te Sud nije nadležan utvrđivati kršenje Konvencije na osnovi pritužbe od strane nekoga tko nije žrtva.

Policijska akcija je izvršena radi primjene Zakona o zloporabi droga 1971 a ne radi kaznenog procesuiranja podnositelja tužbe zbog homoseksualnosti (paragraf 33).

Policijska 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 (nesuglasno mišljenje suca Matschera) te nije poslužila za podizanje ikakve kaznene optužnice (paragraf 41).

Predmet je zatvoren od strane tužiteljstva usprkos činjenici da je podnositelj tužbe bio tajnik jedne udruge koja je vodila kampanju za legalizaciju homoseksualnosti i usprkos dokazima o njegovim homoseksualnim sklonostima.

Budući da dotični zakoni nisu primijenjeni na podnositelja tužbe i budući da se ti zakoni ne primjenjuju izravno, već tek nakon formalne odluke vlasti, zaključujem da podnositelj tužbe nije bio žrtva.

Budući da nije bilo žrtve, zaključak mora biti da nije bilo kršenja članka 8 kao niti članka 14 protumačenog u kombinaciji s člankom 8.

Nadalje bih naglasio da određen stupanj reguliranja 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 stupnjem nadzora homoseksualnih činova vršenih privatno i uz pristanak“ (paragraf 49).

DJELOMIČNO NESUGLASNO MIŠLJENJE SUCA WALSHA

Da li je podnositelj tužbe žrtva prema sadržaju članka 25?

1. Zakon Sjeverne Irske ne tretira homoseksualnost kao nedjelo te ne tretira sve homoseksualne aktivnosti kao nedjela. Zakon 1885 je jedan od ukupno dva zakona osporenih u ovom procesu za koji se može tvrditi da regulira isključivo homoseksualne aktivnosti. Taj zakon

kriminalizira vršenje nećudorednih činova među muškim osobama bez obzira na to da li su izvršeni privatno ili u javnosti. Odredbe Zakona 1861, koje su također osporene od strane podnositelja tužbe, odnose se jednako na heteroseksualne i homoseksualne aktivnosti. Pritužba podnositelja tužbe odnosi se samo na primjenjivanje odredbi Zakona 1861 na homoseksualne aktivnosti tipa navedenih u osporenom dijelu. Od svega navedenoga, uistinu postoji samo jedna sporna točka koja zahtijeva donošenje odluke od strane Suda, a to je dakle pitanje sodomije među muškim osobama.

2. Zakonom 1885 nije definiran niti jedan čin teške povrede morala specifično već njim je jednostavno zabranjeno „grubo nećudoređe“. Činovi nećudoređa među muškim osobama sami po sebi nisu nedjela, nego su to samo oni činovi koji se kvalificiraju kao „grubo nećudoređe“. Za koje se čino ve iz bilo kojeg danog slučaja smatra da predstavljaju grubo nećudoređe ovisi o sudu odnosno realno o poroti koja prosuđuje o činjenicama svakog pojedinačnog slučaja.

3. Podnositelj 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 temelji na tome da ako on odluči upuštati se 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 zajamčeno člankom 8 Konvencije. Ustvari, vlasti nikad nisu poduzele nikakve mjere protiv njega na osnovi bilo koje od dotičnih 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 nedjela po osporenim odredbama. Dokazni materijal, koji je bio povod policijskom zanimanju, pronađen je prilikom izvršenja naloga za pretres, koji je izdan po zakonima kojima se zabranjuje zlouporaba droga. Policija je od podnositelja tužbe zatražila da ode s njima u policijsku postaju kako bi, između ostaloga, nastavili ispitivanje o njegovim homoseksualnim aktivnostima, u što su posumnjali. Podnositelj tužbe se dobrovoljno složio otići s njima u policijsku postaju. Da su ga odveli u policijsku postaju mimo njegove volje samo da bi ga ispitivali o njegovim navodnim homoseksualnim aktivnostima bio bi žrtva neopravdanog zadržavanja, te je po zakonima Sjeverne Irske mogao zatražiti odštetu na nadležnim civilnim sudovima. Iz onoga što se vidi iz pruženih dokaza, to nije napravljeno niti je podnositelj tužbe razmišljao to napraviti, te ni na koji način nije sugerirano da od-

lazak podnositelja tužbe u policijsku postaju nije bio čisto dobrovoljan. Po uobičajenoj praksi, podnositelj tužbe mora da je u policijskoj postaji bio informiran od strane policije da nije dužan odgovarati na pitanja niti davati ikakve izjave. Usprkos tomu, podnositelj tužbe dobrovoljno je dao izjavu čiji sadržaj nije predstavljen Sudu. Sudu nije poznato da li je ta izjava bila inkriminirajuća ili oslobađajuća. Niti od strane policije niti od strane ravnatelja Javnog tužiteljstva nije nikad pokrenut nikakav proces protiv podnositelja tužbe u vezi s bilo kojom od njegovih navodnih protuzakonitih homoseksualnih aktivnosti.

Što se privatnosti tiče, ništa sporno ne proizlazi u vezi s upadom u kuću podnositelja tužbe budući da je upad izvršen po valjanom nalogu za pretres u vezi sa zloporabom droga, te nije bilo nikakvih pritužbi u vezi s nalogom ili u vezi s upadom. Neki osobni papiri podnositelja 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 nedjela 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 podnositelja tužbe po naravi više odgovara „slučaju za ostvarivanje interesa određene skupine posredstvom suda“. Kada se radi o njemu osobno, njegov slučaj jedva jedvice može biti prihvaćen na temelju 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 ovlasti deklarativnog karaktera u segmentu koji nije povezan sa stvarno nanesenom štetom ili sa stvarnom štetom za koju bilo koji tužitelj tvrdi da mu je nanesena. Po mojem mišljenju, ukoliko bi Sud to napravio i u slučajevima poput ovog, gdje podnositelj tužbe nije bio žrtva niti mu prijeti realna opasnost da to postane, posljedice toga bile bi dalekosežne u svakoj od zemalja članica.

6. Po mojem mišljenju, podnositelj tužbe po sadržaju članka 25 Konvencije nije pokazao da je žrtva, te stoga ne može se donijeti odluka u korist onoga što on traži.

Navođeno kršenje članka 8

7. Ako se po sadržaju članka 25 smatra da je podnositelj tužbe žrtva, onda se treba razmatrati i primjenjivanje članka 8 na njegov slučaj.

Stavak 1 članka 8 glasi: „Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.“. U ovom slučaju, ne postoji nikakva naznaka koja ukazuje na povredu obiteljskoga života. Stoga, cilj njegove pritužbe je u biti 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 stavka 1 članka 8. Možda najbolju i najsažetiju pravnu definiciju privatnosti sročili su Warren i Brandeis, koja glasi: to je „pravo biti ostavljen na miru“. Pitanje je da li, po članku 8 § 1, pravo na nepovredivost nečijeg privatnoga života treba biti protumačeno kao apsolutno pravo bez obzira na prirodu aktivnosti vršenih kao dio privatnoga života, te kao pravo koje je zabranjeno narušiti u svim situacijama izuzev u onim pokrivenim stavkom 2 članka 8. S obzirom na presudu, čini se da jest, te da je upravo to tumačenje Suda.

Ne bi bilo posebno drugačije ustvrditi da je „privatni život“, koji je štićen člankom 8 § 1, ograničen na privatno očitovanje ljudske osobnosti. U bilo kojem danom slučaju, određena ljudska osobnost može u privatnom životu očitovati opasne ili zlobne sklonosti iskalkulirane za postizanje loših učinaka prema sebi ili prema drugima. Čini se da Sud nije uzeo u obzir činjenicu da takvo očitovanje može uključivati više od jedne osobe, to jest sudjelovanje više osoba, a da se i dalje to očitovanje smatra aktivnošću u privatnom životu. Ako se radi ovog slučaja ova pretpostavka i prihvati, onda slijedi pitanje da li se navodeno narušavanje privatnoga života može opravdati po stavku 2 članka 8. Po redoslijedu, to pokreće temu da su, po članku 8, neodvojive društvene dimenzije privatnoga života ili „privatnoga ćudoređa“ ograničene unutar okvira stavka 2 članka 8. Neupitno je da je dotično narušavanje privatnoga života podnositelja tužbe, ukoliko je toga bilo, bilo u skladu sa zakonom. Pitanje koje proizlazi iz stavka 2 članka 8 jest 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 debatirali i profesor H.L.A. Hart i lord Devlin. Općenito govoreći, profesor H.L.A. prihvaća filozofiju koju je prošloga stoljeća 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 te 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 opstojе zajedno, a ako nema jednoga nestane i ono drugo.“ On ističe da Kaznenim zakonom Engleske ne samo da su otpočeta bila zaštićena moralna načela već se njime kontinuirano nastavlja njihova zaštita. ...

10. Moglo bi se reći da je Ujedinjeno Kraljevstvo, u situacijama za koje bi bilo potrebno, spremno donositi zakone protiv nećudoređa. Čini se da je u modernom zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva nekoliko kaznenih zakona temeljeno na moralnim načelima, te da je funkcija tih kaznenih sankcija zakonski osiguravati moralna načela. ...

11. Suprotno stajalište, koje se u engleskom pravu može pripisati Johnu Stuartu Millu, jest da zakon ne treba biti upleten u sferu osobnoga morala više no što je potrebno za očuvanje javnoga reda i za zaštitu građana od onoga što je štetno i uvredljivo, te da postoji sfera osobnoga 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 među odraslim muškarcima, djelomično su se oslanjale na to stajalište. O ovom aspektu pitanja, Wolfendenov odbor je izjavio:

„Ostaje još jedan dodatni protuargument za koji vjerujemo da je odlučujući, to jest važnost koju društvo i zakon trebaju u praksi dati osobnoj slobodi izbora kada se radi o osobnom moralu. Ukoliko društvo ne želi namjerno pokušati posredstvom zakona izjednačiti nedjela s grijesima, tada mora ostati određeno područje osobnoga morala i nemorala, koje ukratko i ugrubo nije posao zakona. Govoriti to ne znači opravdavati ili podupirati osobno nećudoređe.“

Ovaj aspekt izvještaja Wolfendenovog odbora očigledno je bio cijenjen od strane Suda (vidjeti paragrafe 60 i 61 presude).

12. Sud se također slaže sa zaključkom u Wolfendenovom izvještaju o tome da je nužan određen stupanj nadzora čak i kada se radi o činovima uz pristanak vršenim privatno, prvenstveno kada je potrebno „osigurati dostatnu zaštitu protiv iskorištavanja i kvarenja drugih, osobito za one koji su posebno ranjivi zato što su mladi, fizički ili mentalno slabi, neiskusni, ili specifično fizički, pravno ili ekonomski za-

visni o drugima“ (vidjeti paragraf 49 presude). Sud nadalje prihvaća da su potrebni i određeni zakoni koji zaštićuju ne samo određene skupine društva već i moralni sustav vrijednosti i ponašanja društva kao cjeline (vidjeti 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 netko pristane biti sudionik u homoseksualnom činu nije dokaz da je takav pojedinac prirodno seksualno orijentiran u tom smjeru. Mora se praviti razlika između homoseksualaca koji su takvi uslijed neke prirodne sklonosti ili patološke konstitucije, za koje se smatra da su neizlječive, i onih čije su sklonosti posljedica nedostatka normalnoga seksualnoga 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 suosjećanjem i tolerancijom, koji se zahtijevaju kako te osobe ne bi bile viktimizirane uslijed svojih sklonosti koje ne mogu nadzirati, i za koje osobno nisu krive. Međutim, nova pitanja se pojavljuju kada te sklonosti rezultiraju aktivnostima. Kvarenje, protiv kojeg Sud prihvaća 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 sudionika 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 uslijed neizlječivih sklonosti nego zbog same seksualne uzbudljivosti takvih aktivnosti. Ipak, treba priznati da je slučaj podnositelja tužbe činjenično predstavljen kao slučaj pojedinca koji je po prirodi homoseksualno predodređen ili orijentiran. Sud je, u nedostatku dokaza da je u pitanju druga opcija, prihvatio te argumente kao osnovu slučaja podnositelja tužbe, te je presuda o njemu donesena isključivo smatrajući ga pojedincem koji je po prirodi homoseksualno orijentiran (vidjeti, na primjer, paragrafe 32, 41 i 60 presude).

14. Ako se prihvati da Država ima valjan interes sprečavati tu vrstu kvarenja drugih te zaštititi moralni etos svojega društva, onda ona ima pravo usvojiti takve zakone za koje razumno smatra da su nužni za postizanje tih ciljeva. Sama vladavina zakona o moralu ovisi o konsenzusu u zajednici, te se u demokraciji ne može priuštiti da se zakonom ignorira konsenzus zajednice o moralu, budući da svako udaljavanje od konsenzusa i težnja bilo kojem drugom cilju dovodi do nepoštovanja zakona. Krepost se ne može ostvarivati usvojenim zakonima, ali suprotno stanje može ukoliko su zakoni takvi da suviše otežavaju postizanje kreposti. Takva bi situacija mogla imati erozivan učinak na moralni etos

zajednice. Glavno opravdanje za postojanje zakona jest da zakon služi ostvarivanju moralnih ciljeva. ...

Štoviše, ne smije se previdjeti ni to da je veći dio osnove za preporuku Wolfendenovog odbora da se trebaju dekriminalizirati homoseksualni odnosi među odraslim muškarcima bio formuliran na temelju vjerovanja da je teško primjenjivati taj zakon, te vjerovanja da bi, i kada bi se taj zakon primijenio, to najvjerojatnije prouzročilo više zla nego koristi tako što bi to potaknulo druga zla kao što je ucjenjivanje. Očito je da to nužno nema sveopću valjanost. ...

15. Spolno ćudoređe je samo jedan dio cjelokupnoga područja ćudoređa, te pitanje koje se ne može izbjeći jest da li se spolno ćudoređe kategorizira „samo kao osobno ćudoređe“, ili to ima i neodvojivu društvenu dimenziju. Seksualno ponašanje je više određivano kroz kulturni utjecaj nego kroz instinktivne potrebe. Kulturni trendovi i kulturna očekivanja mogu stvarati porive koje određeni ljudi mogu nesvjesno kvalificirati kao urođene instinktivne nagone. Uspostavljeni zakonski okvir i naputci koji reguliraju seksualno ponašanje su vrlo važni formativni čimbenici u oblikovanju kulturnih i društvenih institucija.

16. Referiranje od strane Suda na činjenicu da se u većini zemalja članica Vijeća Europe homoseksualni čini vršeni privatno među muškarcima više ne svrstavaju u nedjela, po mojem mišljenju, uistinu ne pridonosi argumentima (paragraf 60 presude). Zemlje (21 zemlja, 1981.) koje čine Vijeće Europe zemljopisno se prostiru od Turske do Islanda, i od Mediterana do Arktičkog pojasa, te obuhvaćaju znatnu raznolikost kultura i moralnih vrijednosti. Sud tvrdi da ne može ignorirati znatne izmjene zakona koji se odnose na homoseksualno ponašanje u državama članicama (vidjeti u istom paragrafu). Bilo bi nesretno 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. Populacija Sjeverne Irske ima jako čvrsta religijska vjerovanja, što izravno utječe na stajališta i poglede velike većine ljudi ondje o pitanjima spolnoga ćudoređa. Kada se radi o homoseksualnosti, a posebice o sodomiji, može se činiti da takav stav o spolnom ćudoređu odvaja ljude Sjeverne Irske od mnogih drugih društava u Europi, ali pitanje da li ta činjenica predstavlja promašaj, u najmanju ruku, jest podložno raspravi. Takva stajališta o protuprirodnim seksualnim odnosima realno se ne razlikuju od onih koja su predodredila moralni etos kršćanskih, židovskih i islamskih kultura kroz čitave njihove povijesti.

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 vjerojatno biti suočene s različitim moralnim i društvenim zahtjevima (paragraf 56 presude). Sud također prihvaća da se sporne odredbe trebaju promatrati u okviru sjevernoirskog društva (isti paragraf). Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, budući nadležna za izmjene zakona u svim jurisdikcijama Ujedinjenog Kraljevstva, oglasila se mišljenjem u Sjevernoj Irskoj o ovom pitanju izmjene zakona o homoseksualnim nedjelima. Iako je moguće da je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva krivo 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 procijeniti tu situaciju. Kaznene sankcije možda nisu najpoželjniji način rješavanja situacije, ali se to ipak tek treba ocijeniti u kontekstu čimbenika koji uistinu prevladavaju u Sjevernoj Irskoj. U svim kulturama, pitanja spolnoga ćudoređa su posebno osjetljive točke, te je posljedice određenih oblika spolnoga nećudoređa teže jednako točno i objektivno procjenjivati nego što je to kada su u pitanju posljedice zločina kao što su mučenje, ili ponižavajuće i neljudsko postupanje. ...

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 Vijeća Europe, 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 zasada zabranjene zakonom. Usudim se iznijeti stajalište da je tužena Država, nakon razmatranja situacije, u boljem položaju od ovog Suda procijeniti to što je prethodno navedeno, pogotovo uslijed toga što sam Sud priznaje nadležnost Države da zakonski regulira to područje, ali osuđuje posljedice stvorene postojećim zakonima.

20. Uloga zakona je utjecati na moralne stavove, te ako tužena Država smatra da bi tražene izmjene zakona imale štetan utjecaj na moralne stavove, onda, po mojem mišljenju, ima pravo održavati zakone koje sada ima. Presuda Suda ne predstavlja deklaraciju u kojoj se tvrdi da određene homoseksualne aktivnosti, koje su kažnjive dotičnim spornim odredbama, praktički spadaju u osnovna ljudska prava. Međutim, to neće sprečavati one koji se trude činiti nejasnom razliku između heteroseksualnih i homoseksualnih aktivnosti da ovu presudu

prikazuju takvom.

21. Čak i u Wolfendenovom izvještaju stoji da je jedna od funkcija Kaznenog zakona čuvati javni red i ćudoređe te osigurati dovoljnu zaštitu protiv iskorištavanja i kvarenja drugih, te je stoga u izvještaju preporučeno da „i dalje treba biti klasificirano kao nedjelo ako treća strana ostvari ili pokuša ostvariti čin nećudoređa među muškim osobama bez obzira na to da li ostvareni čin ili pokušaj ostvarivanja istog predstavlja kazneno nedjelo ili ne“. I odrasli muškarci, čak i kada se radi o činovima uz pristanak, mogu biti potkupljivi i iskorištavani uslijed njihovih vlastitih slabosti. Prema mojem stajalištu, to je područje u kojem zakonodavstvo ima velik opseg diskrecije ili slobode, koji ne treba poremetiti osim kada bi bilo posve 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 te u vezi s jamčenjem 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 kojima se težilo nadzirati bračne seksualne aktivnosti uključujući i sodomiju. Ipak, ti su sudovi odbili ustavnim jamstvima privatnosti, koja vrijede za bračne parove, obuhvaćati i homoseksualne aktivnosti te heteroseksualnu sodomiju izvan braka. Efekt ovoga jest da se javnom politikom privatnost u braku i privatnost bračnih seksualnih aktivnosti smatraju praktički apsolutnima.

Kako je obitelj 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 nemoralnima ili iskvarenima. Za slične aktivnosti izvan bračne zajednice ne postoji tako nužan interes za privatnošću koja, uslijed prirode dotičnih aktivnosti, treba biti njihova popratna komponenta.

23. Treba zamijetiti da članak 8 § 1 Konvencije govori o „privatnom i obiteljskom životu“. Ako se primijeni pravilo interpretiranja onoga što je navedeno u okviru onoga što je navedeno, onda se ta odredba treba protumačiti u okviru privatnog života što uključuje, na primjer, pravo odgajati djecu prema vlastitim filozofskim i religijskim svjetonazorima, te neometeno vršenje uobičajenih aktivnosti koje su slične onima koje se vrše u privatnosti obiteljskoga života i kao takve su dio uobičajenih ljudskih prava i osnovnih ljudskih prava. Za homo-

seksualne aktivnosti to isto se ne može tvrditi.

24. Po mojem mišljenju nije bilo kršenja članka 8 Konvencije.

Članak 14

25. Slažem se s presudom Suda u vezi s člankom 14.

Socijalna prava

Karner protiv Austrije

Cilj zaštite obitelji u tradicionalnom smislu prilično je apstraktan i postoji širok spektar konkretnih mjera koje se mogu iskoristiti za njegovo ostvarivanje. U slučajevima u kojima su diskrecijske ovlasti država sužene, kao kad se radi o situaciji gdje se razlika u postupanju temelji na spolu ili seksualnoj orijentaciji, načelo razmjernosti ne zahtjeva da odabrana mjera bude samo u načelu primjerena ostvarivanju željenog cilja. Mora se također pokazati da je, u svrhu postizanja tog cilja, određene kategorije ljudi – u ovom slučaju osoba koje žive u homoseksualnom odnosu - bilo neophodno isključiti iz područja primjene članka 14 Zakona o najmu stanova. Sud ne vidi da je Vlada navela ikakav argument koji bi omogućio donošenje takvog zaključka.

Kozak protiv Poljske

Postizanje ravnoteže između zaštite tradicionalne obitelji i prava seksualnih manjina prema Konvenciji je, po prirodi stvari, težak i osjetljiv zadatak koji od Države može zahtijevati da izgladi suprotna stajališta i interese za koje zainteresirane stranke smatraju da su fundamentalno oprečni. Međutim, vodeći računa o ograničenim diskrecijskim ovlastima Države u primjeni mjera koje imaju za posljedicu razliku zasnovanu na seksualnoj orijentaciji, apsolutno isključivanje osoba koje žive u homoseksualnom odnosu iz nasljeđivanja prava na najam Sud ne može prihvatiti kao neophodno za zaštitu obitelji promatrane u tradicionalnom smislu.

PRVI ODJEL

PREDMET KARNER PROTIV AUSTRIJE

(Zahtjev br. 40016/98)

PRESUDA

STRASBOURG

24. srpnja 2003.

KONAČNA

24/10/2003

U predmetu Karner protiv Austrije,

Europski sud za ljudska prava (Prvi odjel), zasjedajući kao Vijeće sastavljeno od:

G. C. L. Rozakis, *Predsjednik*,
G. P. Lorenzen,
G. G. Bonello,
Gđa. N. Vajić,
Gđa. S. Botoucharova,
G. V. Zagrebelsky, *suci/sutkinje*,
Mr C. Grabenwarter, *ad hoc sudac*,
i Mr S. Nielsen, *Zamjenik tajnika Odjela*,

Nakon vijećanja zatvorenih za javnost 7. studenog 2002. i 3. srpnja 2003. godine donosi sljedeću presudu, koja je usvojena potonjeg datuma:

....

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

10. Podnositelj zahtjeva je rođen 1955. godine i živi u Beču.

11. Od 1989. godine podnositelj zahtjeva je s gospodinom W., s kojim je bio u homoseksualnoj vezi, živio u stanu u Beču kojeg je g. W. unajmio godinu dana ranije. Troškove oko stana su dijelili.

12. Godine 1991. g. W. je otkrio da je zaražen virusom HIV-a. Njegov odnos s podnositeljem zahtjeva se nastavio. 1993. godine, kada su se kod g. W. razvili simptomi side, podnositelj zahtjeva ga je njegovao. 1994. godine g. W. je umro, prethodno određivši podnositelja zahtjeva

za svog nasljednika.

13. Godine 1995. najmodavac je pokrenuo postupak protiv podnositelja zahtjeva radi raskidanja ugovora o najmu stana. Okružni sud Favoriten (*Bezirksgericht*) je 6. siječnja 1996. godine odbacio taj zahtjev. Sud je smatrao da se članak 14, stavak 3 Zakona o najmu stanova (*Mietrechtsgesetz*), kojim se propisuje da članovi/ce obitelji imaju pravo naslijediti pravo najma, primjenjuje i na homoseksualni odnos.

14. Zemaljski građanski sud u Beču (*Landesgericht für Zivilrechtssachen*) je 30. travnja 1996. godine odbacio žalbu najmodavca. Sud je zaključio da je namjera članka 14, stavka 3 Zakona o najmu stanova zaštita osoba koje su dugo vremena živjele zajedno, bez da su stupile u brak, od iznenadnog beskućništva. Taj se zakon primjenjuje i na homoseksualne osobe i na osobe suprotnog spola.

15. Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*) je 5. prosinca 1996. uvažio žalbu najmodavca, poništio odluku nižih sudova i prekinuo valjanost ugovora o najmu. Vrhovni sud je zaključio da pojam “životnog/e suputnika/ce” (*Lebensgefahrte*) u članku 14, stavku 3 Zakona o najmu stanova treba tumačiti onako kako je bio tumačen u trenutku stupanja na snagu tog Zakona, a namjera zakonodavca 1974. godine nije bila da obuhvati i osobe istog spola.

16. Podnositelj zahtjeva je umro 26. rujna 2000. godine.

17. Odvjetnik podnositelja zahtjeva je 11. studenog 2001. obavijestio Sud o smrti podnositelja zahtjeva kao i o tome da se majka podnositelja zahtjeva odrekla prava na nasljeđivanje ostavine. On je, međutim, zatražio od Suda da ne izbriše zahtjev s liste predmeta prije nego što javni bilježnik koji vodi postupak ostavine iza podnositelja zahtjeva ne pronađe druge nasljednike/ce.

18. Odvjetnik podnosioca zahtjeva je 10. travnja 2002. godine obavijestio Sud da je javni bilježnik započeo proces istrage kako bi utvrdio ima li možda nekih nasljednika/ca za koje se ranije nije znalo, a koji bi željeli naslijediti ostavinu.

II. RELEVANTNO DOMAĆE PRAVO

19. Članak 14 Zakona o najmu stanova (*Mietrechtsgesetz*) glasi kako slijedi:

“Pravo na najam stana u slučaju smrti

(1) Smrću najmodavca/ke ili najmoprimca/ke ne raskida se ugovor o najmu stana.

(2) U slučaju smrti glavnog/e najmoprimca/ke stana, osobe koje su u stavku 3. ovog članka navedene kao osobe koje imaju nasljedno pravo na najam to će svoje pravo i ostvariti, isključujući druge osobe koje imaju nasljedno pravo na ostavinu, ukoliko u roku od 14 dana nakon smrti glavnog najmoprimca ne obavijeste najmodavca da ne žele nastaviti najam. U slučaju nasljeđivanja ugovora o najmu, novi/e najmoprimci/ke će preuzeti obvezu plaćanja najamnine i sve obveze koje su se pojavile tokom trajanja najma preminulog/e glavnog/e najmoprimca/ke. Ukoliko pravo nasljeđivanja ima više od jedne osobe, one će zajedno preuzeti najam i snositi će zajedničku i solidarnu odgovornost.

3) Sljedeće osobe imaju nasljedno pravo na najam u svrhu stavka 2.: supružnik/ca, životni suputnik/ca, srodnici/ce u prvoj nasljednoj liniji uključujući usvojenu djecu, kao i braća i sestre bivšeg/e najmoprimca/ke, u mjeri u kojoj te osobe imaju hitnu potrebu za osiguranjem stambenog prostora i već su živjele u zajedničkom stanu sa najmoprimcem kao članovi/ce istog domaćinstva. “Životni suputnik” u značenju koje se primjenjuje u ovom zakonu označava osobu koja je živjela u istom stanu s bivšim/om najmoprimcem/kom sve do najmoprimčeve/kine smrti i to najmanje tri godine dijeleći domaćinstvo na istim ekonomskim osnovama na kojima počiva brak; smatrat će se da je životni/a suputnik/ca živio/la u stanu tri godine ukoliko su se on ili ona s bivšim najmoprimcem/kom uselili/e u stan od početka najma.”

PRAVO

I. NADLEŽNOST SUDA

20. Vlada je zahtijevala da se zahtjev briše s liste predmeta u skladu sa člankom 37, stavkom 1 Konvencije, budući da je podnositelj zahtjeva umro i da nema nasljednika koji bi željeli nastaviti postupak pred Sudom.

21. Odvjetnik podnositelja zahtjeva je naglasio da se ovaj predmet tiče jednog vrlo značajnog pitanja u austrijskom pravu i da poštovanje ljudskih prava zahtjeva da se postupak nastavi, u skladu sa člankom 37, stavkom 1 *in fine*. Članak 37, stavak 1 Konvencije glasi kako slijedi:

„1. Sud može u svakom stadiju postupka odlučiti da izbriše neki zahtjev s liste predmeta kada okolnosti dovode do zaključka

a) da podnositelj ne namjerava ustrajati u svojem zahtjevu, ili

b) da je predmet riješen, ili

c) da iz nekog drugog razloga koji utvrdi Sud više nije opravdano nastaviti s daljnjim ispitivanjem zahtjeva.

Međutim, Sud će nastaviti ispitivanje zahtjeva ako to traže interesi poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima.“

22. Sud konstatira da je u izvjesnom broju slučajeva u kojima se dogodilo da podnositelj/ica zahtjeva premine tokom trajanja postupka on uzimao u obzir izjave nasljednika/ca podnositelja/ica zahtjeva ili bliskih članova/ica obitelji koji/e su izrazili/e želju da nastave postupak pred Sudom (vidjeti, *Deweer protiv Belgije*, presuda od 27. veljače 1980., Series A br. 35, str. 19-20, stavci 37.-38.; *X protiv Velike Britanije*, presuda od 5. studenog 1981., Series A br. 46, str. 15, stavak 32.; *Vocaturu protiv Italije*, presuda od 24. svibnja 1991., Series A br. 206-C, str. 29, stavak 2.; *G. protiv Italije*, presuda od 27. veljače 1992., Series A br. 228-F, str. 65, stavak. 2.; *Pandolfelli i Palumbo protiv Italije*, presuda od 27. veljače 1992., Series A br. 231-B, str. 16, stavak 2.; *X protiv Francuske*, presuda od 31. ožujka 1992, Series A br. 234-C, str. 89, stavak 26.; i *Raimondo protiv Italije*, presuda od 22. veljače 1994., Series A br. 281-A, str. 8, stavak 2.).

23. S druge strane, praksa Suda je da s liste predmeta briše zahtjeve ako nema nasljednika/ca ili bliskih srodnika/ca koji/e su izrazili/e želju da nastave postupak pred Sudom (vidjeti predmet *Scherer protiv Švicarske*, presuda od 25. ožujka 1994., Series A br. 287, str. 14-15, stavak 31.; *Öhlinger protiv Austrije*, br. 21444/93, izvještaj Komisije od 14. siječnja 1997., stavak 15., neobjavljen; *Malhous protiv Republike Češke* (umro) (GC), br. 33071/96, ECHR 2000-XII). Prema tome, Sud treba utvrditi da li u ovom slučaju zahtjev također treba brisati s liste predmeta. Prilikom formuliranja prikladnog odgovora na ovo pitanje, moraju se uzeti u obzir cilj i svrha sustava Konvencije kao takvog.

24. Sud ponovno naglašava da, iako članak 33 ... Konvencije dozvoljava svakoj državi Ugovornici da ukaže Sudu “na svaku navodnu povredu” odredaba Konvencije od strane druge države Ugovornice, osoba, nevladina udruga ili grupa pojedinaca/ki, da bi mogla podnijeti zahtjev u smislu članka 34 ... mora tvrditi da „je žrtva kršenja ... prava ustanovljenih Konvencijom ili dodatnim protokolima. ... Članak 34 za pojedince/ke ne uvodi neku vrstu *actio popularis* kada se radi o tumačenju Konvencije; on ne dopušta pojedincima/kama da prigovaraju protiv zakona *in abstracto* samo zato što smatraju da je zakon u suprotnosti s Konvencijom (vidjeti *Norris protiv Irske*, presuda od 26. listopada 1988., Series A br. 142, str. 15-16, stavak 31. i predmet *Sanles Sanles protiv Španjolske* (preminuo), br. 48335/99, ECHR 2000-XI).

25. Iako je prema članku 34 Konvencije za pokretanje zaštitnih mehanizama Konvencije neophodno postojanje “žrtve kršenja”, odnosno, pojedinačnog/e podnositelja/ice zahtjeva koji/a je osobno pogođen/a navodnim kršenjem prava ustanovljenog Konvencijom, ovaj se kriterij ne može primjenjivati na rigidan, mehanički i nefleksibilan način tokom cijelog postupka. U pravilu, a posebno u predmetima koji se primarno tiču materijalne štete i, stoga, na prenosiva potraživanja, postojanje drugih ljudi na koje se to potraživanje prenosi jest važan kriterij, ali ne može biti jedini kriterij. Kao što je Sud naglasio u predmetu *Malhous* (gore navedena presuda), predmeti koji se tiču ljudskih prava i nalaze se pred ovim Sudom obično imaju i moralnu dimenziju koja se mora uzeti u obzir kada se razmatra treba li nastaviti razmatranje nekog zahtjeva nakon smrti podnositelja/ice zahtjeva. Ovo je važno utoliko više ukoliko ključno pitanje koje je pokrenuto predmetom premašuje i nadilazi osobne interese samog/e podnositelja/ice zahtjeva.

26. Sud je više puta ponovio da njegove “*presude u suštini ne služe samo da se odluči o predmetima koji su mu povjereni, već, mnogo uopćenije, da se razjasne, zaštite i razviju pravila koja su ustanovljena Konvencijom, čime doprinosi tome da Države poštuju obveze koje su kao ugovorne stranke preuzele*” (vidjeti gore navedenu presudu u predmetu *Irska protiv Velike Britanije*, str. 62, stavak 154. i *Guzzardii protiv Italije*, presuda od 6. studenoga 1980., Series A br. 39, str. 31, stavak 86.). Iako je primarna svrha sustava Konvencije da osigura pojedinačnu pomoć i zaštitu, istovremeno, njegova je misija da utvrdi koja su pitanja, u smislu javne politike, od zajedničkog interesa, podižući tako opće standarde zaštite ljudskih prava i šireći jurisprudenciju ljudskih prava cijelom zajednicom država ugovornica Konvencije.

27. Sud smatra da pitanje o kojem se radi u podnesenom zahtjevu - razlika u postupanju prema homoseksualnim osobama u pogledu nasljeđivanja prava na najam stana po austrijskom zakonu - sadrži jednu značajnu temu koja je od općeg interesa ne samo za Austriju, već i za druge države ugovornice Konvencije. S tim u vezi, Sud ukazuje i na podneske koje su uputili ILGA-Europe, Liberty i Stonewall, kojima je intervencija u postupak, u svojstvu trećih stranaka, odobrena budući da ukazuje na opću važnost ovog pitanja. Samim time, daljnje razmatranje ovog zahtjeva će doprinijeti razjašnjavanju, očuvanju i razvijanju

standarda zaštite temeljem Konvencije.

28. U ovim specifičnim okolnostima, Sud zaključuje da poštivanje ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima nalaže da se nastavi razmatranje ovog predmeta (članak 37, stavak 1 *in fine* Konvencije) te stoga, odbacuje zahtjev Vlade da se zahtjev briše sa liste predmeta.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 14 KONVENCIJE U VEZI S ČLANKOM 8

29. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da je bio žrtva diskriminacije na temelju svoje seksualne orijentacije kada mu je Vrhovni sud, u svojoj presudi od 5. prosinca 1996. godine, osporio status “životnog suputnika” pokojnog g. W. u smislu članka 14 Zakona o najmu stanova, čime ga je spriječio da nakon g. W. naslijedi pravo najma. Podnositelj zahtjeva se pozvao na članak 14 Konvencije u vezi s člankom 8 koji propisuju kako slijedi:

Članak 14

„Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

Članak 8

“1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog [i] obiteljskog života ...

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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

A. Primjenjivost članka 14

30. Podnositelj zahtjeva je naveo da predmetno pitanje spada u okvir članka 8, stavka 1 u pogledu elemenata privatnog života, obiteljskog života i doma.

31. Vlada je, pozivajući se na predmet *Röösli protiv Njemačke* (br. 28318/95, odluka Komisije od 15. svibnja 1996., Decisions and Reports 85-A, str. 149), navela da pitanje na koje se ovaj predmet odnosi ne spada u područje primjene članka 8, stavka 1 u pogledu elemenata „privatnog i obiteljskog života“. Može se ostaviti otvorenim pitanje spada li ovaj predmet u područje primjene elementa „doma“ zbog toga što, u svakom slučaju, nije bilo povrede članka 14 Konvencije u vezi s člankom 8.

32. Sud ponavlja da je članak 14 komplementaran drugim materijalnim odredbama Konvencije i dodatnih protokola. Taj članak ne postoji neovisno budući da on ima učinak isključivo u vezi s „pravima i slobodama“ zajamčenim tim odredbama. Iako primjena članka 14 ne podrazumijeva povredu jedne ili više takvih odredaba, i u tom je smislu autonoman, ne može biti prostora za njegovu primjenu ukoliko činjenično stanje predmeta ne spada u područje primjene jedne ili više tih odredaba (vidjeti predmet *Petrovic protiv Austrije*, presuda od 27. ožujka 1998., Reports of Judgements and Decisions 1998-II, str. 585, stavak 22.).

33. Sud treba razmotriti spada li pitanje na koje se ovaj predmet odnosi u područje primjene članka 8. Sud ne nalazi nužnim da sadržajno određuje pojmove „privatni život“ ili „obiteljski život“ zbog toga što se prigovor podnositelja zahtjeva, u svakom slučaju, odnosi na način na koji je navod-

na razlika u postupanju negativno utjecala na ostvarivanje njegovog prava na poštovanje doma, zajamčenog člankom 8 Konvencije (vidjeti presudu u predmetu *Larkos protiv Cipra* [GC], br. 295515/95, stavak 28., ECHR 1999-I). Podnositelj zahtjeva je živio u stanu koji je bio iznajmljen gospodinu W. i da se nije radilo o njegovom spolu ili, bolje rečeno, seksualnoj orijentaciji bio bi prihvaćen kao životni suputnik koji ima pravo naslijediti ugovor o najmu, sukladno članku 14 Zakona o najmu stanova.

Prema tome, članak 14 Konvencije je primjenjiv.

B. Poštovanje članka 14 u vezi s člankom 8

34. Podnositelj zahtjeva je naveo da je svrha članka 14 Zakona o najmu stanova da nadživjelim izvanbračnim partnerima/icama osigura socijalnu i financijsku zaštitu od beskućništva i nema svrhu obiteljske ili socijalne politike. S obzirom na to, ne postoji opravdanje za razliku u postupanju prema homoseksualnim i heteroseksualnim partnerima. Stoga je on bio žrtva diskriminacije na temelju svoje seksualne orijentacije.

35. Vlada je prihvatila da se, u pogledu nasljeđivanja prava na najam, prema podnositelju zahtjeva postupalo različito na temelju seksualne orijentacije. Vlada je tvrdila da je razlika u postupanju imala objektivno i razumno opravdanje budući da je cilj odgovarajuće odredbe Zakona o najmu stanova zaštita tradicionalne obitelji.

36. ILGA-Europe, Liberty i Stonewall su kao umješaci naveli da je potrebno vrlo jako opravdanje kada je temelj za razliku seksualna orijentacija. Istaknuli su da sve veći broj nacionalnih sudova u europskim i drugim demokratskim društvima zahtjeva jednako postupanje prema izvanbračnim partnerima/cama različitog i izvanbračnim partnerima/

cama istog spola, kao i da je takvo stajalište poduprto preporukama i zakonodavstvom europskih institucija, kao što je Protokol br. 12 uz ovu Konvenciju, preporuke Parlamentarne skupštine Vijeća Europe (Preporuke 1470. (2000.) i 1474. (2000.)), rezolucije Europskog parlamenta (Rezolucija o jednakim pravima za homoseksualce i lezbijke u EZ, OJ C 61, 28. veljače 1994, str. 40; Rezolucija o poštovanju ljudskih prava u Europskoj uniji 1998-1999, A5-0050/00, stavak 57., 16. ožujka 2000.) i direktive Vijeća Europske unije (Direktiva 2000/78/EC, OJ L 303/16, 27. studenoga 2000.).

37. Sud naglašava da je, u smislu članka 14, razlika u postupanju diskriminatorna ukoliko za nju nema objektivnog i razumnog opravdanja, to jest, ukoliko se njome ne teži ostvarivanju legitimnog cilja i ukoliko ne postoji razuman odnos razmjernosti između poduzetih mjera i cilja koji se želi postići (vidjeti gore navedenu presudu u predmetu *Petrovic*, str. 586, stavak 30.). Nadalje, moraju se predložiti jako ozbiljni razlozi da bi Sud razliku u postupanju isključivo na temelju spola mogao smatrati sukladnom Konvenciji (vidjeti *Burghartz protiv Švicarske*, presuda od 22. veljače 1994, Series A br. 280-B, str. 29, stavak 27.; *Karlheinz Schmidt protiv Njemačke*, presuda od 18. srpnja 1994., Series A br. 291-B, str. 32-33, stavak 24.; *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, br. 33290/96, stavak 29., ECHR 1999-IX; *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 33985/96 i 33986/96, stavak 94., ECHR 1999-VI; *Fretté protiv Francuske*, br. 36515/97, stavak 34. i stavak 40; ECHR 2002-I; i *S.L. protiv Austrije*, br. 45330/99, stavak 36., ECHR 2003-I). Baš kao i razlike koje se temelje na spolu, tako i razlike koje se temelje na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju izuzetno ozbiljne razloge koji bi ih opravdali (vidjeti gore navedeni predmet *Smith and Grady*, stavak 90., i *S.L. protiv Austrije*, prethodno navedenu, stavak 37.).

38. U ovom predmetu, nakon smrti gospodina W. podnositelj zahtjeva je želio iskoristiti pravo u smislu članka 14, stavka 3 Zakona o najmu stanova koji mu, kako je istaknuo, kao nadživjelom partneru daje pravo nasljeđivanja najma. Prvostupanjski sud je odbacio zahtjev najmodavca za raskidanjem ugovora o najmu stana, a Zemaljski sud u Beču je odbacio žalbu. Taj Sud je utvrdio da dotična odredba štiti osobe koje su dugo vremena živjele zajedno, bez da su stupile u brak, od iznenadnog beskućništva i primjenjuje se kako na homoseksualne, tako i na heteroseksualne osobe.

39. Vrhovni sud, koji je na kraju usvojio zahtjev najmodavca za raskidanjem ugovora o najmu, nije tvrdio da postoje važni razlozi za ograničavanje prava nasljeđivanja najma kod heteroseksualnih parova. Umjesto toga, taj sud je naveo da namjera zakonodavca, kada je 1974. godine donosio članak 14, stavak 3 Zakona o najmu stanova, nije bila da obuhvati zaštitu istospolnih parova. Vlada je sad tvrdila da je svrha odredbe o kojoj se radi bila zaštita tradicionalne obitelji.

40. Sud može prihvatiti da je zaštita obitelji u tradicionalnom smislu, načelno uvjerljiv i legitiman razlog kojim bi se mogla opravdati razlika u postupanju (vidjeti *Mata Estevez protiv Španjolske* (preminula) br. 56501/00, ECHR 2001-VI, i reference navedene u tom predmetu). Tek treba utvrditi je li, u okolnostima ovog predmeta, poštovano načelo razmjernosti.

41. Cilj zaštite obitelji u tradicionalnom smislu prilično je apstraktan i postoji širok spektar konkretnih mjera koje se mogu iskoristiti za njegovo ostvarivanje. U slučajevima u kojima su diskrecijske ovlasti država sužene, kao kad se radi o situaciji gdje se razlika u postupanju temelji na spolu ili seksualnoj orijentaciji, načelo razmjernosti ne zahtjeva da odabrana mjera bude samo načelno primjerena ostvarivanju željenog cilja. Mora se također pokazati da je, u svrhu postizanja tog cilja, određene kategorije ljudi – u ovom slučaju osoba koje žive u homoseksualnom odnosu - bilo neophodno isključiti iz područja primjene članka 14 Zakona o najmu stanova. Sud ne vidi da je Vlada navela ikakav argument koji bi omogućio donošenje takvog zaključka.

42. Prema tome, Sud smatra da Vlada nije pružila uvjerljive i snažne razloge kojima bi opravdala usko tumačenje članka 14, stavka 3 Zakona o najmu stanova koji bi sprečavali nadživjelog/u partnera/icu istospolnog para u pozivanju na tu odredbu.

43. Stoga, došlo je do kršenja članka 14 Konvencije u vezi s člankom 8.

III. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

44. Članak 41 Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutar pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranici.”

A. Šteta

45. Odvjetnik podnositelja zahtjeva potraživao je iznos od 7267 eura (EUR) na ime materijalne štete izazvane time što je podnositelj zahtjeva morao vratiti stan, koji je prethodno renovirao, morao se obratiti agentu za nekretnine i renovirati novi stan. Potraživao je i iznos od 7267 eura na ime nematerijalne štete s obzirom na bol i strepnju koje je podnositelj zahtjeva pretrpio.

...

47. Sud smatra da se u odsutnosti povrijeđene stranke ne može izvršiti nikakva isplata potraživanja na ime materijalne i nematerijalne štete u smislu članka 41. Sukladno tome, Sud odbacuje taj zahtjev.

B. Troškovi i izdaci

48. Odvjetnik podnositelja zahtjeva je potraživao 13027.75 eura na ime troškova i izdataka nastalih u postupku temeljem Konvencije.

49. Vlada je ovaj zahtjev smatrala pretjeranim ...

50. Sud, izvršivši procjenu na pravičnoj osnovi, odlučuje da će 5000 eura biti pridodano ostavini podnositelja zahtjeva na ime troškova i izdataka, uvećano za iznos bilo kojeg poreza koji bi se mogao zaračunati.

C. Zatezna kamata

51. Sud smatra primjerenim da se zatezna kamata temelji na najnižoj kamatnoj stopi Europske središnje banke kojoj treba dodati tri postotna boda.

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. *Odbacuje*, sa šest glasova prema jedan, Vladin zahtjev da se zahtjev briše sa liste predmeta;
2. *Presuđuje*, sa šest glasova prema jedan, da je došlo do kršenja članka 14 Konvencije u vezi s člankom 8.
3. *Presuđuje*, sa šest glasova prema jedan,
 - (a) da tužena Država, u roku od tri mjeseca od dana kad presuda postane konačna u smislu članka 44, stavka 2 Konvencije, treba ostavini podnositelja zahtjeva pridodati EUR 5000 (pet tisuća eura) na ime troškova i izdataka, uvećano za iznos bilo kojeg poreza koji bi se mogao zaračunati;
 - (b) da se od proteka naprijed navedena tri mjeseca do namirenja plaća obična kamata na gore navedene iznose prema stopi koja je jednaka najnižoj kamatnoj stopi Europske središnje banke, uvećanoj za tri postotna boda;

4. *Odbija*, jednoglasno, ostatak zahtjeva za pravednu naknadu.

Sačinjeno na engleskom jeziku i objavljeno u pismenom obliku 24. srpnja 2003. godine, sukladno pravilu 77 stavcima 2. i 3. Poslovnika Suda.

Søren Nielsen
Zamjenik Tajnika

Christos Rozakis
Predsjednik

U skladu s člankom 45, stavkom 2 Konvencije i pravilom 74, stavkom 2 Poslovnika Suda, ovoj presudi prilaže se izdvojeno mišljenje gospodina Grabenwartera.

C.L.R.

S.N.

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUCA GRABENWARTERA

1. Glasao sam protiv odluke većine da se odbaci zahtjev Vlade za brisanjem ovog zahtjeva s liste predmeta iz sljedećih razloga:

u nekoliko navrata Sud je odlučio dopustiti nasljedniku/ci prava da nakon smrti podnositelja/ice zahtjeva nastavi postupak temeljem Konvencije. U ovom predmetu, međutim, očigledno je da nasljednika/ce nema, što znači da se radi o članku 37, stavku 1 Konvencije.

2. Prema članku 37, stavku 1 Konvencije Sud može u svakom stad-

iju postupka odlučiti izbrisati zahtjev s liste predmeta kad okolnosti dovode do zaključka da podnositelj/ica ne namjerava ustrajati u svom zahtjevu. Međutim, Sud će nastaviti razmatranje zahtjeva ako to traže interesi poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima.

Slažem se s većinom da diskriminacija protiv homoseksualnih osoba općenito, a posebno na području zakonodavstva koje se tiče najma stana, predstavlja vrlo važan aspekt poštovanja ljudskih prava. To, međutim, samo po sebi ne opravdava daljnje razmatranje predmeta nakon smrti podnositelja zahtjeva prema članku 34 Konvencije. Obrazloženje većine prilično je manjkavo budući da se pozivanje na sudsku praksu koja se tiče nastavka postupaka kada postoje nasljednici u ovom predmetu ne može primijeniti.

Na početku sam se složio s većinom da Sud, u izuzetnim slučajevima, može usprkos smrti podnositelja/ice zahtjeva i nepostojanja formalnog/e nasljednika/ce nastaviti razmatrati predmet. Također se slažem da opći značaj predmeta može biti relevantan u tom smislu.

3. Ne slažem se, međutim, s mišljenjem da je ovaj predmet od “općeg značaja” u tom smislu. Sagledavajući formulacije ranijih presuda u različitom kontekstu, većina navodi da je dovoljno da će nastavak razmatranja „doprinijeti razjašnjavanju, očuvanju i razvoju standarda zaštite temeljem Konvencije“ (vidjeti *Irska proti Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda of 18. siječnja 1978., Series A br. 25, st. 62, stavak 154., i *Guzzardi protiv Italije*, presuda od 6. studenoga 1980., Series A br. 39, st. 31, stavak 86.). Iako je točno da presude služe i toj svrsi, nije u skladu s prirodom sustava Konvencije (koji je primarno uspostavljen radi zaštite pojedinaca/ki) da se postupak nastavi bez podnositelja/ice zahtjeva zbog toga što će to doprinijeti razmatranju, očuvanju i razvoju standarda zaštite temeljem Konvencije. Taj prilično uopćeni kriterij je zadovoljen u većini predmeta proglašanih dopuštenima, barem onih u kojima je navodno kršenje uzrokovano domaćim zakonodavstvom ili uobičajenom praksom, a ne praksom primijenjenom u određenom predmetu. „Opći značaj“ treba tumačiti u užem smislu.

Presuda ne daje razlog za “opći značaj” predmeta osim što može poslužiti kao polazište za podneske trećih stranaka čija intervencija „ukazuje na opći značaj pitanja“. Činjenica da su treće stranke podnijele zahtjev za mogućnost intervencije je indikacija izvjesnog općeg interesa u predmetu ali ne znači da je predmet od općeg značaja (vidjeti pravilo 61, stavak 3. Poslovnika Suda i članak 36, stavak 2 Konvencije o kriterijima za intervencije treće stranke).

S tim u vezi, mora se ukazati i na nedavnu presudu Četvrtog odjela Suda u predmetu *Sevgi Erdoğan protiv Turske* (brisanje s liste predmeta) (br. 28492/95, 29. travanj 2003.) čiji stavak 38. glasi kako slijedi:

“U svijetlu prethodno navedenoga te s obzirom na nemogućnost uspostavljanja bilo kakve komunikacije s bliskim srodnicima/ama ili zakonskim nasljednicima/ama podnositeljice zahtjeva, Sud smatra da njen zastupnik ne može smisleno nastaviti postupak (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Ali protiv Švicarske*, presuda od 5. kolovoza 1998., Reports of Judgments and Decisions 1998-V, str. 2148-49, stavak 32.). Sud također želi istaknuti kako je u svom razmatranju drugih zahtjeva protiv Turske već imao prilike odlučivati o pitanju koje je podnositeljica zahtjeva pokrenula prema članku 3 (vidjeti, među mnogim drugim pravnim izvorima, *Aksoy protiv Turske*, presuda of 18. prosinca 1996., Reports 1996-VI; *Büyükdag protiv Turske*, br. 28340/95, 21. prosinca 2000.; i, kao najnoviji primjer, *Algür protiv Turske*, br. 32574/96, 22. listopada 2002.). Imajući na umu sve te razloge, Sud zaključuje da više nije opravdano nastaviti razmatranje ovog zahtjeva”.

Predmet *Sevgi Erdoğan* pokazuje da, iako se pitanje od općeg značaja može, primjerice, povezati s predmetima koji uključuju teška kršenja ljudskih prava (kao što je nečije pogubljenje nakon izricanja smrtne kazne, a prije nego što je ovaj Sud donio presudu), čak niti postupanje koje može spadati u okvir članka 3 Konvencije samo po sebi ne može opravdati nastavak razmatranja zahtjeva. Stoga, teško je shvatiti zašto bi kršenje članka 14 Konvencije u vezi s člankom 8 trebalo sagledavati drugačije, osim ukoliko ne postoje neki drugi razlozi.

Iz predmeta *Sevgi Erdoğan* proizlazi da prethodne presude o istom

pitanju mogu biti relevantne samo kod razmatranja treba li neki zahtjev izbrisati s liste predmeta prema članku 37, stavku 1 Konvencije. Većina se ne oslanja na taj argument. Da je tome tako, ne bi podržali nastavak postupka iz sljedećeg razloga. Ukoliko Sud još nije odlučio o određenom pitanju, pojavljuje se pitanje bi li bilo teško sličan predmet pokrenuti pred Sudom. Međutim, iz podneska odvjetnika podnositelja zahtjeva proizlazi da postoje brojni slični predmeti u Austriji, osobito u Beču, koji bi se mogli pokrenuti pred Vrhovnim sudom Austrije, a stoga i pred ovim Sudom. Imajući u vidu odluku Vrhovnog suda Austrije u ovom predmetu, moglo bi čak biti upitno da li će budući/e podnositelji/ce zahtjeva morati tražiti pravnu zaštitu pred tim sudom da bi ispunili uvjete iz članka 35 Konvencije. Ukratko, ne mislim da bi bilo posebno teško pokrenuti sličan predmet pred Europskim sudom za ljudska prava.

Nepostojanje općeg značaja u ovom predmetu kao i nepostojanje bilo kakve posebne teškoće u pokretanju sličnog predmeta pred Sudom navode me na zaključak da je ovaj zahtjev trebao biti izbrisan s liste predmeta. Europski sud za ljudska prava nije Ustavni sud koji od predmeta do predmeta odlučuje koje predmete smatra opravdanim razmatrati na temelju općeg kriterija, kao što je ovaj kojeg je pružila većina.

U svakom slučaju, Vijeće je ovom svojom odlukom otvorilo prostor bez presedana u dosadašnjoj praksi Suda. Vijeće se u stavku 23. poziva na izvjestan broj predmeta, iako ne na *Sevgi Erdoğan*, a potom donosi drugačiju odluku u ovom predmetu. Po mom mišljenju, ovo je jasan predmet na koji je primjenjiv članak 30 Konvencije: „rezultat presude koji je nespojiv s prije donesenom presudom Suda“. Ovo, također, otvara ozbiljno pitanje koje se tiče tumačenja Konvencije. Vijeće je stoga nadležnost trebalo ustupiti Velikom vijeću.

4. Da je podnositelj zahtjeva živ, ja bih glasao za odluku da je došlo do kršenja članka 14 Konvencije u vezi s člankom 8. Glasao sam protiv takve odluke slijedom mogeg glasa o Vladinom zahtjevu da se zahtjev briše sa liste predmeta.

5. Glasao sam i protiv dodjele pravedne naknade u smislu članka

41 Konvencije. To, međutim, nije samo pitanje dosljednosti. Odluka i u ovoj točki ukazuje na probleme koji nastaju kada se izvrću prirodne formulacije Konvencije. Članak 41 nam govori da pravedna naknada može biti dodijeljena samo „povrijeđenoj stranci“. Ovo, također, ide u prilog tezi da sustav Konvencije služi za zaštitu pojedinaca/ki. U ovom predmetu nemamo više „povrijeđenu stranku“, a još uvijek postoji i određena sumnja oko toga da li će se možda ipak pojaviti nasljednici/e (vidjeti stavak 18. presude). Dodjelom određenog iznosa „ostavini“ podnositelja zahtjeva kada nema nasljednika/ca ne rješava se problem. U slučaju da se ne pronađe nasljednik/ca (što je vjerojatno) ostavina će pripasti Državi (članak 760 Građanskog zakonika, *ABGB*), što će značiti da će stranka ugovornica morati samoj sebi isplatiti novac.

ČETVRTI ODJEL

PREDMET KOZAK PROTIV POLJSKE

(Zahtjev broj: 13102/02)

PRESUDA

STRASBOURG

2. ožujka 2010.

KONAČNA

02/06/2010

U predmetu Kozak protiv Poljske

Europski sud za ljudska prava (Četvrti odjel), zasjedajući kao Vijeće sastavljeno od:

Nicolas Bratza, *Predsjednik*,
Lech Garlicki,
Giovanni Bonello,
Ljiljana Mijović,
David Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Ledi Bianku, *suci/sutkinje*,
i Lawrence Early, *Tajnik Odjela*,

Nakon vijećanja zatvorenog za javnost 9. veljače 2010. godine,
donosi sljedeću presudu koja je usvojena istog datuma:

...

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

5. Podnositelj zahtjeva je rođen 1951. godine i živi u Szczecinu.

A. Kontekst

1. Nesporne činjenice

6. 1989. godine podnositelj zahtjeva se uselio u gradski stan u ulici K kojeg je iznajmio T. B., partner podnositelja zahtjeva, s kojim je podnositelj zahtjeva živio u homoseksualnom odnosu. ... Podnositelj zahtjeva i T. B. su dijelili troškove stana. 28. svibnja 1989. godine podnositelj zahtjeva je u registru stanara kojeg vodi Uprava grada Szczecin (*Gmina*) registriran kao stanar sa stalnim boravkom.

7. Dana 1. travnja 1998. godine T. B. je preminuo.

8. Nespecificiranog kasnijeg datuma podnositelj zahtjeva je podnio zahtjev gradonačelniku Szczecina (*Prezydent Miasta*) tražeći da s njim sklopi ugovor o najmu, čime bi se nadomjestio ugovor s pokojnim T. B. Od strane jednog od gradskih službenika usmeno je obaviješten da bi prvo trebao podmiriti dugove na ime najamnine jer se u suprotnom novi ugovor neće moći provesti. Podnositelj zahtjeva je podmirio dugove koji su iznosili 4671.28 poljskih zlota (PLN) te je renovirao stan i platio 5662 PLN za troškove radova.

9. Dana 19. lipnja 1998. Gradski ured za gradske zgrade i stambene objekte Szczecina (*Wydział Budynków i Lokali Komunalnych Urzędu Miejskiego*) poslao je podnositelju zahtjeva dopis kojim ga obavještava da se njegovom zahtjevu ne može udovoljiti jer nije ispunio relevantne kriterije. Jedan od tih kriterija je bio da je u gradskom stanu barem od 11. studenoga 1992. godine. Vlasti su smatrale da podnositelj zahtjeva nije živio u stanu, već da se uselio nakon 1. travnja 1998. godine, dan kada je preminuo T. B. Osim toga, u međuvremenu – 3. travnja 1998. godine – ime podnositelja zahtjeva izbrisano je iz registra stanara s obzirom na činjenicu da tamo nije živio više od pet godina (vidjeti niže navedene stavke 14. do 23.). Stoga, vlasti su podnositelju zahtjeva naložile da napusti stan i preda ga gradskoj vlasti pod prijetnjom da će biti prisilno iseljen na vlastiti trošak i rizik, iseljenje će se provesti neovisno o njegovoj prisutnosti.

10. Nakon toga podnositelj zahtjeva je pokušao postići dogovor s gradskom vlasti ali bezuspješno.

2. Sporne činjenice

(a) Vlada

11. Vlada je tvrdila da su u neko nespecificirano vrijeme podnositelj zahtjeva i T. B. došli u sukob. T. B. je tražio od vlasti da ime podnositelja zahtjeva briše iz registra stanara i namjeravao je protiv njega pokrenuti postupak iseljenja. Prestali su zajednički voditi kućanstvo oko godinu i pol prije smrti T. B.-a, a istovremeno je podnositelj zahtjeva prestao podmirivati najamninu za stan. Tri mjeseca prije smrti T. B. je ostao u kući svog brata, ali se u stan vratio sredinom veljače 1998. godine. U vrijeme smrti T. B.-a podnositelj zahtjeva nije živio u stanu.

Vlada je nadalje navela da podnositelj zahtjeva nije preuzeo odgovornost za sprovod T. B.-a.

Kako bi potkrijepila svoje tvrdnje, vlada se pozivala na odluke koje su donijele upravne vlasti i sudovi u postupcima koji su se ticali stalnog boravka (vidjeti niže navedene stavke 14-23) i iseljenja (vidjeti niže navedene stavke 24. do 28.). Priložili su kopije relevantnih odluka.

(b) Podnositelj zahtjeva

12. Podnositelj zahtjeva je priznao da su se on i T. B. počeli prepirati oko godinu i pol prije T. B.-ove smrti te da je on prestao plaćati najamninu i iselio se na neko vrijeme. Međutim, oni su se devet mjeseci prije T. B.-ove smrti pomirili i obnovili odnos.

13. Podnositelj zahtjeva je naveo da su prije i u vrijeme smrti T. B.-a oboje živjeli u stanu. On se brinuo za T. B.-a tokom njegove bolesti sve do smrti. Što se tiče T. B.-ova sprovoda, podnositelj zahtjeva je obrazložio da je T. B.-ova bivša supruga organizirala sprovod i da joj je troškove djelomično nadoknadilo socijalno osiguranje, ali da joj je on pomogao organizirati sprovod i da je sudjelovao u obredu.

B. Upravni postupci koji se tiču stalnog boravka

14. Dana 5. kolovoza 1997. godine T. B. je podnio zahtjev Gradskoj upravi Szczecina tražeći da se ime podnositelja zahtjeva kao stanara sa stalnim boravkom u stanu u ulici K. briše iz registra stanara iz razloga što više nije živio na toj adresi.

15. Dana 3. travnja 1998. zahtjevu je udovoljeno i u registru je izvršen novi upis. Relevantna upravna odluka postala je konačna nespecificiranog datuma.

16. Dana 26. lipnja 1998. podnositelj zahtjeva je od vlasti zatražio da se ponovno otvori predmet, navodeći da nije bio obaviješten o pokretanju postupka. Tvrdio je da je kontinuirano živio u stanu od 18. svibnja 1989. godine što je bilo u suprotnosti s onim što je utvrđeno u tim postupcima.

17. Predmet je ponovno otvoren i vlasti su saslušale argumente podnositelja zahtjeva i nekoliko svjedoka.

18. Podnositelj zahtjeva je naveo da je od 1994. do 1998. u nekoliko navrata putovao u Njemačku radi pronalaženja privremenih poslova, u razdobljima koja su obično trajala oko tri mjeseca. 1997. bio je odsutan samo od ožujka do svibnja te mjesec i pol od kraja kolovoza ili početka

rujna.

19. Vlasti su provjerile vize i pečate u putovnici podnositelja zahtjeva i utvrdile da su njegovi navodi o boravcima i njihovom trajanju u Njemačkoj točni.

20. Nadalje su saslušali iskaze dvoje svjedoka – K. P. i Z. M. – koje je predložio podnositelj zahtjeva te iskaze stanara zgrade u ulici K. Iako susjedi podnositelja zahtjeva nisu 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 travnju 1998. godine. Također 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 podnositelja zahtjeva su potvrdili da je podnositelj zahtjeva živio u stanu do smrti T. B.-a.

21. Dana 31. ožujka 1999. godine gradonačelnik Szczecina (*Prezydent Miasta*) je poništio odluku od 3. travnja 1998. i odbio izbrisati ime podnositelja zahtjeva iz registra stanara.

U svojoj odluci gradonačelnik se pozvao na činjenicu da je 1994. i 1995. godine podnositelj zahtjeva neuspješno pokušavao naslijediti ugovor o najmu gradskog stana u ulici J., nakon smrti stanovitog E. B., nositelja prava na najam, 1994. godine (vidjeti također niže navedeni stavak 26.). Istaknuto je da je u tom postupku podnositelj zahtjeva naveo da je živio u stanu u ulici J. od ožujka 1991. godine, da je imao ključeve, da je tamo držao svoj namještaj i osobne stvari te da se nakon boravka u Njemačkoj, 1994. godine, vratio u stan i renovirao ga.

22. Nadalje je navedeno da je podnositelj zahtjeva, kada je od njega zatraženo da objasni nekonzistentnost s prethodno iznesenom verzijom, rekao da njegove izjave vezano za navodni boravak u ulici J. nisu bile istinite te da je tako postupio isključivo radi stjecanja prava na najam stana u ulici J., a da je zapravo stalno živio u ulici K. Dodao je da u svakom slučaju nije mogao svaki dan biti u stanu zbog čestog opijanja

T. B.-a i njegovih kolega.

23. Ocjenjujući činjenice u cjelini, gradonačelnik je smatrao da svjedočenja svjedoka koje je predložio podnositelj zahtjeva nisu bila vjerodostojna jer se radi o njegovim kolegama koji, osim toga, nisu stanovali u zgradi. Stanari nisu izričito potvrdili da je tamo živio od kolovoza 1997. do ožujka 1998. godine. Međutim, s obzirom na činjenicu da je T. B. preminuo 1. travnja 1998. godine, da je pobijana odluka donesena 3. travnja 1998. godine i da je, kao što su potvrdili susjedi, podnositelj zahtjeva u stanu živio nakon smrti T. B. i renovirao ga, bilo je očito da je na dan donošenja odluke bio nastanjen u stanu. Sukladno tome, prvobitna odluka nije donesena na temelju okolnosti koje su postojale u trenutku njezina donošenja i kao takvu je treba poništiti.

C. Postupak za iseljenje

24. Dana 16. travnja 1999. Uprava grada Szczecina je protiv podnositelja zahtjeva podnijela tužbu Okružnom sudu Szczecin (*Sąd Rejonowy*), tražeći njegovo iseljenje iz stana koji je iznajmio pokojni T. B.

Dana 27. svibnja 1999. godine sud je donio presudu zbog izostanka, udovoljavajući traženju.

Dana 18. lipnja 1999. podnositelj zahtjeva je zatražio da se presuda stavi u mirovanje i da se zahtjev odbije. Sud je nastavio s izvođenjem dokaza.

25. Dana 24. svibnja 2000. sud je saslušao podnositelja zahtjeva. Podnositelj zahtjeva je naveo da je s T. B. živio u stanu te da je bio registriran kao stanar sa stalnim boravkom u stanu kojeg je u podnajam

uzeo od T. B.-a. U kritično vrijeme on je još uvijek živio u stanu, plaćajući dvostruku najamninu jer je stan koristio bez pravne osnove. Obavijestio je T. B.-ova brata o njegovoj smrti, ali nije organizirao sprovod budući da je smatrao da bi se za to trebala pobrinuti obitelj. Obitelj je odbila sudjelovati u sprovodu. Po svoj prilici ga je organizirala T. B.-ova bivša supruga.

26. Dana 2. lipnja 2000. godine Okružni sud je donio presudu zbog izostanka 27. svibnja 1999. godine.

Sud je utvrdio sljedeće činjenično stanje.

Podnositelj zahtjeva je bio registriran kao stanar sa stalnim boravkom u stanu od 28. svibnja 1989. godine. Jednu sobu je od T. B.-a uzeo u podnajam. 3. travnja 1998. Njegovo je ime kao stanara sa stalnim boravkom, na prijedlog T. B.-a, izbrisano iz registra. Kasnije, slijedom ponovnog otvaranja predmeta, ponovno je upisano (vidjeti također stavke 14. do 23. gore).

Podnositelj zahtjeva nije organizirao T. B.-ov sprovod. T. B. i podnositelj zahtjeva su bili u svađi. Podnositelj zahtjeva se preselio u stan u ulici K. nakon smrti T. B.-a.

Sud je nadalje smatrao da, iako je podnositelj zahtjeva bio registriran kao stanar sa stalnim boravkom, ta činjenica ne može biti odlučna jer se njene pravne posljedice tiču jedino registra stanara, ali ne i primjene članka 8 Zakona 1994 koji propisuje zakonske uvjete za nasljeđivanje ugovora o najmu (vidjeti također niže navedeni stavak 40.)

U danim je okolnostima sud zaključio da podnositelj zahtjeva nije imao zakonsko pravo na sporni stan i da se treba donijeti nalog za iseljenje.

27. Podnositelj zahtjeva se žalio tvrdeći da prvostupanjski sud nije točno utvrdio činjenično stanje te da je izrazito pogrešno utvrdio da se u stan u ulici K. uselio tek nakon smrti T. B.-a. Pozivao se i na neke procesne propuste i arbitrarnu ocjenu dokaza.

28. Dana 14. rujna 2001. Regionalni sud Szczecina (*Sąd Okręgowy*) je preispitao i odbio žalbu, prihvativši obrazloženje navedeno u prvostupanjskoj presudi.

D. Postupak za nasljeđivanje prava na najam

29. Dana 14. srpnja 2000. godine podnositelj zahtjeva je Gradsku upravu Szczecin tužio Okružnom sudu Szczecina, tražeći da se donese presuda da je naslijedio pravo na najam nakon smrti T. B.-a.

30. Na raspravi održanoj 30. listopada 2000. godine odvjetnik podnositelja zahtjeva je naveo da se potraživanje temeljilo na članku 8, stavku 1 Zakona o najmu stambenih objekata i naknadama za stanarinu od 2. srpnja 1994. godine (*ustawa o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych*) ("Zakon 1994") (vidjeti također niže navedeni stavak 40.) i da po toj osnovi podnositelj zahtjeva ima pravo naslijediti pravo na najam kao T. B.-ov životni partner (*konkubent*) s kojim je zajedno živio i vodio kućanstvo niz godina.

31. Dana 9. studenoga 2000. godine podnositelj zahtjeva je zatražio od suda da izvede dokaz saslušanjem triju svjedoka, K. P., R. M. i S. B. kako bi se utvrdilo da su on i T. B. cijelo vrijeme bili u izrazito bliskim odnosima.

32. Na raspravi održanoj 22. veljače 2001. sud je odbio prijedlog i saslušao je samo podnositelja zahtjeva. Smatrao je da je činjenica da je podnositelj zahtjeva živio zajedno sa svojim pokojnim partnerom već dostatno dokazana temeljem njegovih vlastitih izjava. Pred sudom je podnositelj zahtjeva, između ostaloga, naveo da je snosio troškove vezane za vođenje kućanstva, uključujući i najamninu za stan. On je živio u sobi, a T. B. je stanovao u kuhinji.

Istoga dana sud je donio presudu i odbio zahtjev.

33. Okružni sud je utvrdio sljedeće činjenično stanje.

T. B. je predmetni stan iznajmio od gradske uprave. Bio je razvedeni samac. Podnositelj zahtjeva 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 homoseksualnom odnosu. Podnositelj zahtjeva je snosio troškove vođenja kućanstva i podmirivao najamninu za stan. Prestali su zajednički voditi kućanstvo oko godinu i pol prije T. B.-ove smrti i u isto je vrijeme gradskoj upravi prestao podmirivati najamninu.

1996. tužena gradska uprava je protiv T. B.-a pokrenula postupak za iseljenje iz razloga što dugovi na ime najamnine nisu bili podmireni.

Nakon smrti T. B.-a, podnositelj zahtjeva je podmirio dugove na ime najamnine i zatražio od tuženika da s njim sklopi ugovor o najmu. Renovirao je stan.

1994. podnositelj zahtjeva je tuženoj gradskoj upravi podnio sličan zahtjev tražeći gradsku upravu da s njim zaključi ugovor o najmu vezano za drugi stan koji je bio iznajmljen stanovitom E. B.-u, i to nakon njegove smrti. Tvrdio je da je stalno živio u stanu E. B.-a u ulici J. dok je u stanu T. B.-a samo bio registriran kao stanar sa stalnim boravkom.

34. Pravne činjenice u bitnom glase:

„Prema članku 8, stavku 1 Zakona 1994 osoba može preuzeti ugovor o najmu ukoliko on ili ona kumulativno ispunjavaju sljedeća četiri uvjeta: (1) da je bila u bliskom odnosu sa pokojnim najmoprimcem temeljem krvnog srodstva, posvojenja ili *de facto* bračne zajednice; (2) neprekidno stanovala sa najmoprimcem do njegove ili njezine smrti; (3) nije prepustila to pravo najmodavcu i (4) nakon smrti najmoprimca nije imala pravo na drugi stan.

Podnositelj zahtjeva 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.-ove smrti.

Glavne odlike *de facto* bračnog odnosa (*konkubinat*) su njegova raskidivost i nepostojanje pravnih posljedica koje bi proizlazile iz njegova 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 podnositelja zahtjeva proizlazi da je ekonomska veza među partnerima prekinuta oko godinu i pol prije T. B.-ove smrti, kada su prestali zajednički voditi kućanstvo. Posljedično, njihov odnos više ne ispunjava uvjete *de facto* bračnog odnosa.

Međutim, čak i pod pretpostavkom da su svi prethodno navedeni zahtjevi za *de facto* bračni odnos postojali, zajednica života podnositelja zahtjeva i T. B.-a ne bi se njime smatrala. Neprijeporno, *de facto* bračni odnos nije legalizirana zamjena za brak. U skladu sa poljskim zakonom, članak 1, stavak 1 Obiteljskog i skrbničkog zakonika, brak može biti sklopljen samo između žene i muškarca. Posljedično, [zakon] prepoznaje samo *de facto* odnose osoba različitog spola.

...”

Kao što je rečeno, podnositelj zahtjeva ne spada u grupu osoba koje se imaju pravo pozivati na članak 8, stavak 1 Zakona 1994. Sva četiri prethodno navedena zahtjeva iz članka 8, stavka 1 moraju biti kumulativno ispunjena; neispunjavanje samo jednog od njih čini suvišnim preispitivanje udovoljavanja ostalima. Usput treba dodati da, uzevši u obzir pokušaje podnositelja zahtjeva da naslijedi ugovor o najmu [drugog] stana, njegov stalni boravak u stanu [o kojem se radi] nakon smrti nositelja prava na najam podliježe sumnji.

...”

35. Podnositelj zahtjeva se žalio Regionalnom sudu Szczecina (*Sąd Okręgowy*), tražeći da se sporna presuda poništi i da se predmet 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. Nadalje, pozivajući se na članak 390, stavak 1 Zakonika o parničnom postupku (*Kodeks postępowania cywilnego*), tražio je od suda da Vrhovnom sudu (*Sąd Najwyższy*) uputi sljedeće pravno pitanje:

„Obuhvaća li pojam „osoba koja je živjela s najmoprimcem u *de facto* bračnoj zajednici“, koji se koristi u članku 8, stavku 1 Zakona 1994, i osobu koja je živjela u homoseksualnoj zajednici sa najmoprimcem ili samo osobu koja živi u heteroseksualnoj zajednici?“.

36. Isto tako, podnositelj zahtjeva je tražio od suda da, temeljem članka 3 zakona o Ustavnom sudu (*ustawa o Trybunale Konstytucyjnym*) („Zakon o ustavnom sudu“) od 1. kolovoza 1997., Ustavnom sudu uputi sljedeće pravno pitanje:

„Je li pojam „osoba koja je živjela s najmoprimcem u *de facto* bračnoj zajednici“, koji se koristi u članku 8, stavku 1 Zakona 1994 – ukoliko se interpretira tako da obuhvaća samo *de facto* bračnu zajednicu žene i muškarca – kompatibilan sa člankom 32, stavkom 2 i člankom 75 Ustava i člankom 14 Europske konvencije o ljudskim pravima?“

37. Što se tiče glavnih razloga za žalbu, podnositelj zahtjeva je tvrdio da je Okružni sud propustio pravilno utvrditi činjenično stanje, posebice stoga što je zaključio da su on i T. B. prestali zajednički voditi kućanstvo godinu i pol prije smrti T. B-a i to isključivo temeljem njegovog nepotpunog svjedočenja i stoga što je odbio prihvatiti izvođenje dokaza saslušanjem svjedoka koje je on predložio kako bi pojasnili okolnosti predmeta. Pozivao se i na kršenje građanskog materijalnog prava koje se ogledalo u pogrešnoj interpretaciji pojma „osoba koja je živjela s najmoprimcem u *de facto* bračnoj zajednici“ na način da se odnosi isključivo na životnu zajednicu muškarca i žene.

38. Dana 1. lipnja 2001. Regionalni sud Szczecina je preispitao i odbio žalbu. Sud je smatrao da je niži sud pravilno utvrdio da podnositelj zahtjeva nije uspio zadovoljiti uvjete navedene u članku 8, stavku 1 Zakona 1994. Obrazloženje u bitnom glasi kako slijedi:

„U ovom predmetu podnositelj zahtjeva izvodi svoje pravo na nasljeđivanje ugovora o najmu iz svog stabilnog homoseksualnog odnosa s najmoprimcem.

Stoga je utvrđivanje opsega pojma „osoba koja je živjela s najmoprimcem 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 članka 8, stavka 1 Zakona 1994 obuhvaća osobe koje su u *de facto* bračnom odnosu, to jest faktičan odnos osoba različitog spola sa stabilnim fizičkim, emocionalnim i ekonomskim vezama koji izgleda kao brak.

Žalitelj nije u pravu kada kaže da opseg gore navedene odredbe obuhvaća i homoseksualne odnose. Sukladno mišljenju koje je uvriježeno 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 činjenične bračne zajednice mogu biti jedino osobe koje prema poljskom zakonu imaju pravo na brak. Sukladno članku 1, stavku 1 Obiteljskog i skrbničkog zakonika, temeljni princip obitelji u Poljskoj je razlika u spolu budućeg bračnog para (*nupturienci*), što znači da sklapanje braka između osoba istog spola nije dopušteno. Imajući u vidu činjenicu da *de facto* životna zajednica predstavlja zamjenu za brak, mora se smatrati da njezini subjekti mogu biti isključivo žena i muškarac.

Iako je žalitelj u pravu kada kaže da u europskim propisima koncept *de facto* bračne zajednice obuhvaća i homoseksualne odnose ..., prema općim pravilima tumačenja, pravnim konceptima treba dati značenje koje imaju u našem pravnom sustavu. Poljski zakon ne priznaje odnose osoba istog spola. Zbog tog razloga, kada zakonska odredba (u ovom slučaju članak 8 stavak 1 Zakona 1994) proizvodi pravne posljedice temeljem postojanja *de facto* bračnog donosa, to se ne odnosi na partnere koji su u homoseksualnim odnosima, čak i ako imaju stabilne emocionalne, fizičke i ekonomske veze.

Suprotno tvrdnjama iznesenima 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, članak 18 Ustava ... izričito utvrđuje da će „brak, kao zajednica muškarca i žene, kao i obitelj ... biti stavljene pod zaštitu i skrb Republike Poljske“.

Gore navedena odredba uspostavlja ustavno načelo zaštite obitelji zasnovane na zajednici žene i muškarca. Odredbe međunarodnih ugovora koje je Poljska ratificirala, to jest članak 12 Europske konvencije o ljudskim pravima i članak 23 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima ..., koji osiguravaju pravnu zaštitu samo u odnosu na heteroseksualne odnose, u skladu su s odredbama u poljskom pravnom sustavu.

...

Zaključno, Okružni sud je pravilno utvrdio da podnositelj zahtjeva ne spada u grupu osoba koje imaju pravo na nasljeđivanje prava na najam u smislu članka 8 Zakona 1994. S obzirom na okolnosti, nije bilo potrebno izvoditi dokaze kako bi se utvrdilo je li podnositelj zahtjeva zaista živio u zajednici s najmoprimcem i jesu li drugi uvjeti za nasljeđivanje prava na najam bili zadovoljeni. Iz navedenog razloga, argumenti [koji se tiču odbijanja izvođenja dokaza saslušanjem svjedoka i navodno pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja] su neutemeljeni.

Slijedom navedenoga žalbu treba odbiti.

...“

39. Kasacijska žalba Vrhovnom sudu nije na raspolaganju u ovom predmetu.

PRAVO

I. NAVODNA KRŠENJA ČLANKA 6, STAVKA 1 KONVENCIJE

52. Podnositelj zahtjeva se pozivao na kršenje njegovog prava na pošteno suđenje, zajamčenog člankom 6, stavkom 1 Konvencije, na temelju činjenice da je, u postupku za nasljeđivanje prava na najam, Okružni sud odbio izvesti dokaze saslušanjem svjedoka koje je on predložio kako bi se utvrdilo da je živio u osobito bliskom odnosu sa svojim pokojnim partnerom.

Članak 6, stavak 1 propisuje, u bitnom, kako slijedi:

„Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ... svatko ima pravo na pošteno ...suđenje ... od strane ... suda...”

53. Sud ponavlja da, iako članak 6 Konvencije jamči pravo na pošteno suđenje, on ne propisuje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza ili načinu na koji bi se trebali vrednovati, pa se stoga radi o stvarima koje treba primarno regulirati nacionalnim pravom i nacionalnim sudovima. (vidjeti *García Ruiz protiv Španjolske* [GC], br. 30544/96, stavak 28., ECHR 1999-I, reference navedene u tom predmetu).

U ovom predmetu svjedoci koje je predložio podnositelj zahtjeva su trebali biti saslušani kako bi se utvrdio „osobito bliski odnos“ između njega i pokojnog T. B., okolnost koju je Okružni sud smatrao nedvojbeno dokazanom temeljem dokaza kojeg je pružio sam podnositelj zahtjeva. Ovu ocjenu dokazne vrijednosti svjedočenja podnositelja zahtjeva u

potpunosti je potvrdio žalbeni sud (vidjeti stavke 32 do 33 i 38 gore).

S obzirom na to, Sud zaključuje da odbijanje saslušanja svjedoka nije utjecalo na pravičnost postupka prikupljanja i ocjene dokaza. Niti se činilo da krši načelo ravnopravnosti stranaka. Stoga, sud nije prekoračio diskrecijske ovlasti koje su mu dane u stvarima kao što je dopuštenost i ocjena dokaza.

54. Slijedi da je ovaj dio zahtjeva očito bez osnova i mora se odbaciti u skladu s člankom 35, stavicama 3 i 4 Konvencije.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 14 KONVENCIJE U VEZI S ČLANKOM 8

55. Podnositelj zahtjeva je dalje prigovorio, pozivajući se na članak 14, u vezi s člankom 8 Konvencije, da su ga poljski sudovi, osporavajući mu pravo na nasljeđivanje ugovora o najmu nakon smrti njegovog partnera, diskriminirali na temelju homoseksualne orijentacije. Članak 14 glasi:

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

Članak 8 glasi:

„1. Svatko ima pravo na poštovanje svog privatnog i obiteljskog 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 sigurnosti, javnog reda i mira ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

A. Dopuštenost

56. Vlada je istakla četiri preliminarne prigovora. Prvo je tvrdila da je žalba nespojiva *ratione personae* sa odredbama Konvencije jer podnositelj zahtjeva ne može tvrditi da je bio žrtva u smislu članka 34. Drugo, tvrdila je da se podnositelj zahtjeva nije pridržavao pravila šestomjesečnog razdoblja propisanog člankom 35, stavkom 1. Treći prigovor se ticao njegovog nepridržavanja pravila iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava. Četvrto, navela je da je žalba, u svakom slučaju, nespojiva *ratione materiae* sa odredbama Konvencije budući da je članak 14 neprimjenjiv u ovom predmetu.

1. Vladin prigovor na spojivost *ratione personae*

(a) Vlada

...

57. Vlada je navela da se podnositelj zahtjeva ne može smatrati „žrtvom“ u smislu članka 34 Konvencije jer nije pretrpio diskriminaciju na temelju 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 podnositelj zahtjeva ne ispunjava osnovni uvjet propisan u članku 8, stavku 1 Zakona 1994, budući da nije stalno stanovao sa nositeljem prava na najam do njegove smrti. Isti uvjet, koji se, kao takav, ne može smatrati neosnovanim ili neopravdanim – primijenio bi se na sve pojedince/ke neovisno o njihovoj seksualnoj orijentaciji.

(b) Podnositelj zahtjeva

58. Podnositelj zahtjeva nije se slagao i tvrdio je da je bio osobno i izravno 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 najam sudovi odbili njegov zahtjev isključivo temeljem 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, neovisno o tome je li ili nije ispunio ostale zakonske uvjete.

(c) Ocjena suda

59. Sud napominje da je pitanje je li žalitelj pretrpio diskriminaciju na temelju seksualne orijentacije neodvojivo povezano sa njegovom ocjenom jesu li se zahtjevi iz članka 14 poštovali u danim okolnostima predmeta.

Stoga Vladin prigovor o nedopuštenosti na temelju nespojivosti *ratione personae* osnovanosti zahtjeva spaja s meritumom.

2. Vladin prigovor na pridržavanje pravila od šest mjeseci

(a) Vlada

60. Vlada je također tvrdila da se zahtjev mora odbaciti zbog

nepridržavanja pravila od šest mjeseci propisanog člankom 35, stavkom 1 Konvencije. Vlada je sudu skrenula pažnju na činjenicu da je konačnu odluku u postupku za nasljeđivanje spornog ugovora o najmu Regionalni sud Szczecin donio 1. lipnja 2001. godine, dok se podnositelj zahtjeva Sudu obratio 18. prosinca 2001., dakle, izvan propisanog roka.

(b) Podnositelj zahtjeva

61. Podnositelj zahtjeva je odgovorio da je njegov odvjetnik, u njegovo ime, službeni zahtjev Sudu u Strasbourgu podnio 23. kolovoza 2001. godine i da ga je Tajništvo kasnije uputilo da zahtjev nadopuni u roku od šest tjedana. ...

Pridrжавao se roka i 18. prosinca 2001. godine je pravovremeno kompletirao obrazac zahtjeva koji je primio iz Tajništva. Zahtjev je poslan istog dana.

Slijedom navedenog, držao se pravila razdoblja od šest mjeseci. Tražio je od Suda da Vladin prigovor odbije kao neosnovan.

(c) Ocjena suda

62. Članak 35, stavak 1 propisuje, u bitnom, kako slijedi:

“Sud može razmatrati predmet ... unutar razdoblja od šest mjeseci od dana donošenja konačne odluke.”

(i) Primjenjiva načela

63. Cilj šestomjesečnog roka u smislu članka 35, stavka 1 je povećanje pravne sigurnosti, čime se osigurava razmatranje predmeta

koji se pokreću temeljem Konvencije u razumnom roku i onemogućava neprekidno osporavanja prijašnjih odluka. On označava vremenske rokove za provođenje supervizije od strane tijela Konvencije i upozorava kako pojedince/ke tako i državne vlasti na razdoblje nakon kojeg ta supervizija više nije moguća (vidjeti, između ostalih izvora, *Varnava i ostali protiv Turske* [GC], br. 16064/90; 16065/90; 16066/90; 16068/90; 16069/90; 16070/90; 16071/90; 16072/90 i 16073/90, stavci 156 et seq., 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 podnositelja zahtjeva (ibid; vidjeti također *Devine protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (dec.) br. 35667/02, 1. veljače 2005.; i *Chalkley protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (dec.), br. 63831/00, 26. rujna 2002., reference navedene u tom predmetu).

U skladu s ustaljenom praksom, Sud smatra da je dan podnošenja zahtjeva dan podnošenja prvog podneska u kojem se izražava namjera podnošenja zahtjeva i daju se određene naznake o prirodi zahtjeva. Međutim, kada zakonski rok pada prije nego što je podnositelj zahtjeva dobio daljnje informacije o predloženom zahtjevu ili prije nego vrati obrazac zahtjeva, Sud može ispitati posebne okolnosti predmeta kako bi utvrdio datum koji bi se trebao smatrati datumom podnošenja radi izračunavanja isteka šestomjesečnog razdoblja propisanog člankom 35 Konvencije (vidjeti *Chalkley*, gore navedeno).

(ii) *Primjena prethodno navedenih načela u ovom predmetu*

65. I u ovom predmetu prvi podnesak podnositelja zahtjeva datiran je 23. kolovoza 2001. godine. Kako to proizlazi iz poštanske marke na omotnici sadržanoj u spisima predmeta, poslan je Sudu istog dana preporučenom poštom. U podnesku, u čijem su prilogu dostavljene kopije presuda donesenih u spornim postupcima, podnositelj zahtjeva je sažeo tok suđenja i izričito izrazio svoju namjeru da s tim u vezi

podnese zahtjev Sudu. Iako se inicijalno pozvao samo na članak 6 Konvencije, između ostalog je naveo da je presudama domaćih sudova „bio očito diskriminiran na temelju svojih seksualnih preferencija“.

66. Dana 19. studenog 2001. godine Tajništvo je podnositelju zahtjeva poslalo dopis tražeći ga da ispuni obrazac zahtjeva Suda i obavijesti Sud je li podnio ustavnu tužbu. U tu svrhu dodijeljen mu je rok od šest tjedana te je upozoren da kašnjenje može imati utjecaj na datum podnošenja zahtjeva. 18. prosinca 2001. godine podnositelj zahtjeva je ispunio obrazac zahtjeva pozivajući se na članak 6 i članak 14 Konvencije, dodajući da nije podnio tužbu Ustavnom sudu. Poslao ga je istog dana, bez odgode. U Tajništvu je zaprimljen 3. siječnja 2002. godine.

67. S obzirom na navedeno, Sud zaključuje da je podnositelj zahtjeva ispoštovao šestomjesečni rok propisan člankom 35. stavkom 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 podnositelj zahtjeva propustio podnijeti ustavnu tužbu u smislu članka 79, stavka 1 Ustava, pravni lijek koji mu je bio na raspolaganju na dan podnošenja zahtjeva Sudu.

U prilog svojoj tezi Vlada je navela da je pitanje ustavnosti članka 8, stavka 1 Zakona 1994 – koji je bio pravna osnova za domaće presude kojima je odbijen zahtjev podnositelja zahtjeva za nasljeđivanje prava na najam – preispitano od strane Ustavnog suda u dva relevantna

predmeta koji su se ticali kategorija osoba koje imaju pravo naslijediti pravo na najam.

U prvoj od tih presuda, donesenoj 1. lipnja 2003. (br. P 31/2002), sud je utvrdio da isključenje najmoprimčeva unuka iz nasljeđivanja prava na najam nije prekršilo Ustav

U drugoj, donesenoj 9. rujna 2003. (br. SK 28/03) Ustavni sud je smatrao da članak 8, stavak 1, utoliko što je isključio najmoprimčevu braće i sestre iz nasljeđivanja nije bio suprotan Ustavu

69. Posljedično, ništa nije sprečavalo podnositelja zahtjeva da Ustavnom sudu uputi pitanje u vezi tumačenja pojma „osoba koja je živjela s najmoprimcem u *de facto* zajednici življenja“ ukoliko je on zaista smatrao da je razlog odbijanja njegovog zahtjeva bilo pogrešno tumačenje članka 8, stavka 1 Zakona 1994 od strane domaćih sudova, a ne činjenica da nije živio s E. B. do njegove smrti.

S obzirom na navedeno, Vlada je tražila od Suda da odbaci zahtjev zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava.

(b) Podnositelj zahtjeva

70. Podnositelj zahtjeva je proturječio i tvrdio da mu ustavna tužba ne bi osigurala pravni lijek u smislu članka 35, stavka 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 nisu u skladu sa Ustavom i, da podnošenjem takve tužbe, pojedinac/ka ne može polučiti presudu da su njegova/njezina prava i slobode prekršene. Posljedično, čak i uspješna ustavna tužba ne može rezultirati poništenjem osporene konačne presude.

U svakom slučaju, on je, tražeći od žalbenog 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.

Podnositelj zahtjeva je pozvao Sud da odbije Vladin prigovor.

(c) Ocjena suda

71. Članak 35 stavak 1, u bitnom, glasi:

“Sud može razmatrati predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava ...”

(i) *Primjenjiva načela*

72. Pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava, sadržano u članku 35, stavku 1 Konvencije, zahtjeva da podnositelj zahtjeva ima redovan pristup pravnim sredstvima koja su dostupna i dostatna kako bi mu se dala zadovoljština 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. rujna 1996., *Reports of Judgments and Decisions* 1996IV, stavak 65.).

Cilj pravila je da se državama ugovornicama pruži prilika da isprave stvari kroz svoj pravni sustav prije nego što će za svoje djelovanje morati odgovarati pred međunarodnim tijelima. Međutim, iako članak 35, stavak 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,

Posljednje, ali ne manje važno, članak 35, stavak 1 mora se primjenjivati s određenim stupnjem fleksibilnosti i bez pretjeranog formalizma. Ovo, između ostaloga, znači da Sud mora objektivno procijeniti ne samo postojanje formalnih pravnih sredstava u pravnom sustavu Države Ugovornice, nego i opći pravni i politički kontekst u kojem ona djeluju, kao i osobne okolnosti podnositelja zahtjeva (vidjeti *Akdivar i ostali*, gore navedeno, stavak 69).

(ii) *Primjena prethodno navedenih načela u ovom predmetu*

73. U ovom predmetu Vlada se u prilog svom prigovoru pozvala na dvije presude Ustavnog suda koje su se ticale ustavnosti članka 8, stavka 1 Zakona 1994 u smislu da je ograničio krug osoba koje imaju pravo na nasljeđivanje najma isključivši određene srodnike pokojnog najmoprimca 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 predmeta odredba je smatrana sukladnom Ustavu.

74. Sud ne može nagađati bi li isti zaključak bio valjan u okolnostima predmeta podnositelja zahtjeva, 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 najmoprimcem u *de facto* bračnoj zajednici“ – od strane poljskih sudova je bio, i očito još uvijek jest, neprekidno tumačen na način da obuhvaća samo heteroseksualne odnose.

Takvo kontinuirano i uvriježeno tumačenje proizlazi ne samo iz obrazloženja koja daju civilni sudovi koji su se bavili tužbom podnositelja zahtjeva u kritično vrijeme, već i iz izričitih i nedvosmislenih navoda Vrhovnog suda u njegovoj presudi od 6. prosinca 2007., 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 s najmoprimcem u *de facto* bračnoj zajednici“ primjenjuje isključivo na parove suprotnog spola.

Uzimajući u obzir opći pravni i politički kontekst vezano za istospolne odnose u Poljskoj ... Sud nije uvjeren da bi podnositelj zahtjeva, podnošenjem ustavne tužbe formulirane kako je to ukazivala vlada (vidjeti stavak 69 gore), zaista uspio u dobivanju tumačenja pojma o kojem se radi koje bi bilo u bitnoj opreci sa shvaćanjem čvrsto usađenim u poljskoj sudskoj praksi i pravnim propisima.

75. Svejedno, postoji još jedan aspekt predmeta kojeg je Vlada čini se previdjela, konkretno činjenica da je podnositelj zahtjeva u svojoj žalbi protiv prvostupanjske presude, pokušao dobiti tumačenje izraza „*de facto* bračna zajednica“ putem traženja upućivanja pravnog pitanja Vrhovnom sudu (vidjeti stavak 35 gore).

Osim toga, tražio je od Regionalnog suda da od Ustavnog suda dobije presudu je li, ukoliko taj pojam treba shvaćati tako da obuhvaća isključivo heteroseksualne partnere, on u skladu sa, *inter alia*, člankom 32, stavkom 2 Ustava koji zabranjuje diskriminaciju (vidjeti stavke 36 do 70 gore). 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 stavak 38 gore).

Prema tome, u okolnostima ovog predmeta ne može se reći da je podnositelj zahtjeva propustio sadržaj svog zahtjeva Konvenciji podastrijeti domaćim tijelima, kako je to propisano člankom 35, stavkom 1 (vidjeti stavak 71 gore). Vladin prigovor se stoga treba odbiti.

4. Vladin prigovor na spojivost ratione materiae

(a) Vlada

76. Vlada je nadalje smatrala da je članak 14 Konvencije neprimjenjiv u ovom predmetu. 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. Podnositelj zahtjeva se pozvao na članak 14 u vezi s člankom 8. Međutim, njegov predmet, koji se tiče prava na nasljeđivanje najma, ne spada u područje primjene članka 8, stavka 1 koji se odnosi na četiri elementa: „privatni život“, „obiteljski život“, „dom“ i „dopisivanje“.

77. U tom kontekstu Vlada se jako oslanjala na odluke koje su donijeli nacionalni sudovi u postupku za iseljenje (vidjeti stavke 24 do 28 gore). Oni su istaknuli da je utvrđeno da je T. B. iznajmio stan od Gradske uprave Szczecin i da je podnositelj zahtjeva u podnajam uzeo jednu sobu u stanu. Svjedoci su pred Okružnim sudom potvrdili da su T. B. i podnositelj zahtjeva imali napeti odnos i da su se često prepirali. T. B. je čak tražio da se ime podnositelja zahtjeva briše iz registra stanara i želio je podnositelja zahtjeva iseliti iz stana. Prestali su zajednički voditi kućanstvo oko godinu i pol prije T. B.-ove smrti. Podnositelj zahtjeva nije organizirao sprovod.

78. Temeljem ovih činjenica Vlada je zaključila da podnositelj zahtjeva i T. B. nisu bili ni u kakvom bliskom odnosu kojeg bi se moglo smatrati oblikom „obiteljskog života“. Čak nisu održavali niti zajedničko kućanstvo i podnositelj zahtjeva se uselio u stan nakon T. B.-ove smrti.

Zapravo, podnositelj zahtjeva je pokušao naslijediti ugovor o najmu drugog stana, u ulici J., nakon smrti nositelja prava najma 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 podnositelja zahtjeva i T. B.-a bio je samo ugovorne prirode budući da se temeljio na ugovoru o podnajmu koji su

zaključili i, posljedično, nije imao elemente „privatnog života“ u smislu članka 8 Konvencije; stoga se ova odredba ne može tumačiti kao da štiti odnose između najmodavaca i najmoprimaca.

Niti se podnositelj zahtjeva može pozivati na zaštitu koju odredba članka 8 pruža u pogledu „doma“ kako ga je definirao Sud. Pozivajući se na sudsku praksu Komisije, posebno na predmet *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (br. 9063/80; odluka Komisije od 9. prosinca 1982., D. R. 31, st. 76), Vlada je istaknula da čak i ukoliko je osoba posjedovala kuću, ta činjenica nije sama po sebi dovoljna da se ona smatra „domom“ u smislu članka 8 ukoliko osoba nije nikada stvarno tamo živjela. U postupku iseljenja podnositelj zahtjeva je naveo da je živio u ulici J. i da je napustio stan samo u lipnju 1998. godine kada je protiv njega proveden nalog za iseljenje.

80. Zaključujući da tvrdnje o diskriminaciji podnositelja zahtjeva ne spadaju u popis prava zajamčenih člankom 8 i da im nedostaje nužna veza s bilo kojim od drugih materijalnih odredbi Konvencije, Vlada poziva Sud da utvrdi neprimjenjivost tog članka i odbaci prigovor kao nespojiv *ratione materiae* sa odredbama Konvencije.

(b) Podnositelj zahtjeva

81. Podnositelj zahtjeva je osporavao taj argument tvrdeći da okolnosti njegovog predmeta spadaju u područje primjene članka 8 Konvencije. Istaknuo je da je Vlada ponovno propustila raspraviti predmet na temelju 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 nisu razmotrili okolnosti preispitivane u drugim predmetima nego su se usredotočili na samo jedno pitanje, to jest činjenicu da je bio u homoseksualnom odnosu sa T. B. Prema njihovom mišljenju to je bilo dovoljno da ga se isključi iz nasljeđivanja prava na najam bez obzira na to je li ili nije ispunjavao druge zakonske uvjeti. Udovoljavanje tim drugim uvjetima, kao što su sudovi smatrali, nije bilo potrebe preispitivati.

Podnositelj zahtjeva traži da Sud odbije Vladin prigovor.

(c) Ocjena suda

(i) Primjenjiva načela

82. Članak 14 samo nadopunjava druge materijalne odredbe Konvencije i njezinih Protokola. Ne postoji neovisno budući da ima učinak isključivo u vezi s „pravima i slobodama“ zajamčenim tim odredbama. Iako primjena članka 14 ne podrazumijeva povredu jedne ili više takvih odredbi, i u tom je smislu autonoman, nema mjesta njegovoj primjeni osim ako činjenično stanje predmeta spada u područje primjene jedne ili više tih odredaba

(vidjeti, između mnogih izvora, *Odièvre protiv Francuske* [GC], br. 42326/98, stavak 54, ECHR 2003-III; i *Karner protiv Austrije* [GC], br. 40016/98, stavak 32, ECHR 2003-IX).

(ii) Primjena prethodno navedenih načela u ovom predmetu

83. Sud opaža da se prigovor podnositelja zahtjeva odnosi na tumačenje i primjenu, u njegovom predmetu, 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 najma nakon smrti partnera (vidjeti stavke 29 do 38, 51 do 55 gore).

Nesumnjivo, seksualna orijentacija, jedan od najintimnijih dijelova privatnog života pojedinca/ke, je zaštićena člankom 8 Konvencije (vidjeti *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva* br. 33985/96

i 33986/96, stavci 71 i 89, ECHR 1999-VI; *S.L. protiv Austrije* br. 45330/99, stavak 37, ECHR 2003-I; i *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala* br. 33290/96, stavci 23 i 28, ECHR 1999-IX).

84. Nadalje, ostavljajući po strani pitanje je li podnositelj zahtjeva, kako je tvrdio, živio u stanu do smrti T. B.-a ili je, kako je tvrdila Vlada, u to vrijeme živio drugdje (vidjeti stavke 11 do 13 gore), nepobitno je da je od strane nadležnih tijela bio registriran kao stanar sa stalnim boravkom barem od svibnja 1989. godine i da je tamo živio dok je trajao postupak nasljeđivanja (vidjeti stavke 6, 23 i 38). Prema tome, činjenično stanje predmeta povezano je i s pravom na poštovanje njegovog „doma“ u smislu članka 8 (vidjeti *Karner*; prethodno navedenog, stavak 33).

85. Slijedom navedenoga Sud smatra da je članak 14 Konvencije primjenjiv u ovom predmetu i odbija Vladin prigovor na spojivost *ratione materiae*.

Posljedično proglašava zahtjev dopuštenim.

B. Meritum

1. Tvrdnje stranaka

(a) Podnositelj zahtjeva

86. Podnositelj zahtjeva je naveo da je njegova homoseksualna orijentacija bila jedini razlog zbog kojeg mu je uskraćeno pravo na nasljeđivanje prava na najam stana u kojem je živo s pokojnim T. B. Status osobe koja je živjela u činjeničnoj bračnoj zajednici nije mu priznat samo zbog toga što su bili istospolni par. Za razliku od heteroseksualnih nevjenčanih partnera koji su u kritično vrijeme uživali

pravo nasljeđivanja prava na najam, homoseksualni odnosi su bili isključeni radi čvrsto ukorijenjenog i kategoričkog tumačenja pojma „*de facto* bračna zajednica“ na način da obuhvaća samo odnos između osoba različitog spola. Iz tog razloga, sudovi mu, nakon što su utvrdili činjenicu da su on i T. B. bili u homoseksualnom odnosu, nisu čak dali niti šansu da dokaže da ispunjava ostale zakonske uvjete propisane u članku 8, stavku 1 Zakona 1994.

87. Vezano za Vladin argument da u postupku iseljenja koji je protiv njega proveden nije spomenuo činjenicu da je živio sa pokojnim T. B. nego je naveo da je od njega uzeo sobu u podnajam (vidjeti stavak 88 dolje), podnositelj zahtjeva je izjavio da ga je takvo izjašnjavanje 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, istaknuo je da se njegov prigovor tiče načina na koji su sudovi postupali s njegovim zahtjevom za nasljeđivanja prava na najam, 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 proširivati na druga pitanja.

Podnositelj zahtjeva je zaključio da je očito bio diskriminiran temeljem seksualne orijentacije i tražio je od Suda da utvrdi kršenje članka 14, u vezi s člankom 8 Konvencije.

(a) Vlada

88. Vlada je započela podsjećanjem na odluke koje su donijeli sudovi u postupku za iseljenje i konačan rezultat predmeta. U tim postupcima podnositelj zahtjeva je svoje stajalište zasnivao na činjenici da je navodno uzeo u podnajam sobu u T. B.-ovom stanu. Nije se pozvao na svoju seksualnu orijentaciju i zajednički život u homoseksualnom odnosu sa T. B. 2. lipnja 2000. Okružni sud donio je presudu zbog izostanka i podnositelju zahtjeva 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. lipnja 2000. godine, počeo navoditi da je živio u zajednici sa T. B. i da su niz godina zajednički vodili kućanstvo.

89. Što se tiče postupka kojim se prigovara, Vlada se pozvala na zakonske uvjete nasljeđivanja ugovora o najmu propisane u članku 8, stavku 1 Zakona 1994 i istakla je da je bliski odnos s najmoprimcem temeljem krvnog srodstva, posvojenja ili *de facto* bračne zajednice jedan od četiri zahtjeva koji moraju biti kumulativno ispunjeni. Odredba je, između ostaloga, zahtijevala i da tražitelj dokaže da je stalno boravio sa najmoprimcem do njegove smrti.

U domaćim postupcima je utvrđeno da je podnositelj zahtjeva stalno živio u stanu E. B.-a u ulici J. i da je samo bio registriran kao stanar sa stalnim boravkom u T. B.-ovom stanu. Stoga, podnositelj zahtjeva koji nije zadovoljio uvjete stalnog boravka s T. B. i s njim nije razvio nikakav bliski odnos nije ispunio druge kriterije propisane u članku 8, stavku 1. Posljedično je njegov zahtjev odbijen. Ista načela bi se primijenila na heteroseksualnu osobu koja traži pravo na nasljeđivanje ugovora o najmu u takvim okolnostima. Prema tome, činjenično stanje predmeta nije ukazivalo na niti jedan element diskriminacije protiv podnositelja zahtjeva.

90. Vlada se nadalje pozvala na predmet *Karner protiv Austrije* (navedeno u članku 82 gore), izražavajući stajalište da presuda nije od značaja za prigovor podnositelja zahtjeva budući da je zasnovana na potpuno drugačijim okolnostima od okolnosti u ovom predmetu.

Prvo, za razliku od podnositelja zahtjeva, g. Karner je živio sa svojim partnerom, imao je s njim homoseksualni odnos i zajednički su vodili kućanstvo. Drugo, g. Karner je svoj život provodio u stanu svojeg partnera; posljedično, on je opravdano mogao tražiti zaštitu svog „doma“ prema članku 8 Konvencije. Podnositelj zahtjeva je, s druge strane, tvrdio da je život provodio u stanu E. B.-a, a ne u stanu T. B.-a. Treće, u predmetu *Karner* traženju podnositelja zahtjeva nije

se udovoljilo, iako je ispunjavao sve zakonske uvjete dok podnositelj zahtjeva u ovom predmetu nije ispunjavao relevantne preduvjete 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 predmetu nije bilo diskriminacije i, posljedično, kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

2. Ocjena suda

(a) Načela koja proizlaze iz sudske prakse Suda

91. U uživanju svojih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom, članak 14 pruža zaštitu protiv razlike u postupanju bez objektivnog i razumnog opravdanja prema osobama u sličnim situacijama (vidjeti, između ostalih izvora, *Odièvre*, gore navedeno, stavak 55; *Salgueiro Da Silva Mouta*, gore navedeno, stavak 29)

Neće se svaka razlika u postupanju smatrati kršenjem ove odredbe, pa tako Države ugovornice uživaju diskrecijske ovlasti u ocjeni opravdavaju li i do koje mjere razlike u inače sličnim situacijama različito postupanje po zakonu. U smislu članka 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. srpnja 1998., stavak 75, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V; *E.B. protiv Francuske* [GC], br. 43546/02, stavak 91, ECHR 2008-...; i *Karner*, gore navedeno, stavak 37).

92. Seksualna orijentacija je koncept koji je obuhvaćen člankom 14.

Nadalje, kada se razlika o kojoj se radi primjenjuje u ovoj intimnoj i ranjivoj sferi privatnog života pojedinca/ke, da bi se opravdale sporne mjere Sudu se trebaju podastrijeti naročito uvjerljivi razlozi. Kad se razlika u postupanju zasniva na spolu ili seksualnoj orijentaciji diskrecijske ovlasti koje ima Država su ograničene i u takvim situacijama načelo razmjernosti ne samo da zahtjeva da je izabrana mjera općenito prikladna za ostvarivanje cilja kojem se teži, već se mora dokazati da je nužna u danim okolnostima. Naravno, ako su razlozi koji su podastrijeti za razliku u postupanju bili zasnovani isključivo na seksualnoj orijentaciji podnositelja zahtjeva to će se smatrati diskriminacijom u smislu Konvencije (vidjeti *E. B.*, gore navedeno, stavci 91 i 93; *S.L.*, gore navedeno, stavak 37, ECHR 2003-I; *Smith i Grady*, gore navedeno, stavci 89 i 94; i *Karner*, gore navedeno, stavci 37 i 41).

(b) Primjena prethodno navedenih načela u ovom predmetu

(i) Opseg predmeta pred Sudom

93. U svojim argumentima i zaključcima koji se tiču navodnog kršenja Konvencije stranke su se pozivale na različite postupke. Vlada se u bitnom pozivala na odluke koje su donijeli sudovi u postupku za iseljenje, ističući da je u tom slučaju podnositelj zahtjeva davao različite iskaze o svom odnosu sa T. B. i vremenu u kojem su navodno zajedno živjeli. Nadalje je spomenula brojne nedosljednosti u svjedočenjima podnositelja zahtjeva, navodeći da su u svakom pojedinom slučaju njegove izjave znatno odstupale ovisno o zahtjevu (vidjeti stavke 76 do 80 i 88 do 90 gore). Podnositelj zahtjeva je sa svoje strane pozvao Sud da svoje razmatranje predmeta ograniči na postupak za nasljeđivanje prava na najam o kojem se radi, koji je bio predmet njegovog prigovora (vidjeti stavke 58, 81 i 87 gore).

94. Sud se slaže s Vladom da su određene izjave koje se tiču prirode i trajanja odnosa podnositelja zahtjeva sa T. B.-om i njegovog stalnog boravka u T. B.-ovom stanu, koje je iznio pred domaćim sudovima i

upravnim tijelima u tri odvojena postupka opisana gore (vidjeti stavke 14 do 38 gore), oprečne ili nedosljedne.

Međutim, uloga Suda nije da nadomješta nacionalne sudove u njihovoj ocjeni dokaza u tim predmetima i da utvrđuje koji bi se dijelovi svjedočenja podnositelja zahtjeva u svakom predmetu trebali smatrati vjerodostojnima, a koji upitnima ili bez dokazne vrijednosti (vidjeti stavak 53 gore).

Predmet rasprave pred ovim Sudom nije koji je od raspravnih sudova u dva paralelna postupka, za iseljenje i za nasljeđivanje prava na najam, pravilno utvrdio činjenično stanje i primjereno ocijenio podastrijete dokaze već je li presuda donesena na temelju činjeničnog stanja utvrđenog u spornim postupcima sukladna standardima iz članka 14 Konvencije.

(ii) *Usklađenost s člankom 14*

95. Presuda Okružnog suda Szczecin ima svoju pravnu osnovu u članku 8, stavku 1 Zakona 1994, koji više nije na snazi. Sukladno toj odredbi, osoba koja traži nasljeđivanje prava na najam morala je, između ostaloga, ispuniti uvjet življenja s najmoprimcem u istom kućanstvu u bliskom odnosu – kao što je, na primjer, *de facto* bračna zajednica (vidjeti stavke 29 do 38 gore)

Prema Vladinim tvrdnjama predmet ne ukazuje na elemente diskriminacije budući da zahtjev podnositelja zahtjeva nije odbijen iz razloga vezanih za njegovu seksualnu orijentaciju, već zbog njegovog neispunjavanja dva gore navedena zakonska uvjeta. Prvo, podnositelj zahtjeva nije živio u T. B.-ovom kućanstvu do T. B.-ove smrti, nego u drugom stanu koji je prvobitno iznajmio pokojni E. B. Drugo, njegov odnos sa T. B.-om nije imao odlike *de facto* bračne zajednice (vidjeti

stavke 89 do 90 gore).

Međutim, s obzirom na činjenično i materijalno stanje koje su utvrdili Okružni sud i Regionalni sud (vidjeti stavke 33 do 34 i stavak 38 gore), Sud ne prihvaća Vladin argument.

96. Za početak, oba suda, posebno Regionalni sud, usredotočila su se samo na jedan činjenični aspekt, kako je to naveo podnositelj zahtjeva, potkrepljujući svoju tvrdnju, konkretno na homoseksualnu prirodu njegovog odnosa sa T. B.-om. (vidjeti stavke 34 do 38 gore)

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 podnositelj zahtjeva zaista živio u stanu (vidjeti stavak 34 gore). Bez obzira, odbio je zahtjev pozivajući se na to da se prema poljskom zakonu samo odnosi između osoba različitog spola kvalificiraju za *de facto* bračnu zajednicu, čime su istospolni partneri isključeni iz nasljeđivanja prava na najam (vidjeti stavak 34 gore).

Regionalni sud je u potpunosti podržao ovo stajalište opsežno obrazlažući i pozivajući se na ustavno načelo zaštite braka nasuprot načelu jednakosti pred zakonom da „poljski zakon ne priznaje odnose istospolnih partnera“, „*de facto* životna zajednica postoji samo ako žena i muškarac žive zajedno“ i da „to ne obuhvaća partnere koji imaju homoseksualne odnose, čak i ako imaju stabilne emocionalne, fizičke veze“. Nadalje je smatrao da „s obzirom na okolnosti nije bilo potrebno izvoditi dokaze kako bi se utvrdilo je li podnositelj zahtjeva zaista živio u zajednici s najmoprimcem i jesu li drugi uvjeti za nasljeđivanje prava na najam bili zadovoljeni“ (vidjeti stavak 38 gore).

97. Prema mišljenju Suda, gore navedeni zaključci nedvojbeno pokazuju da je Regionalni sud smatrao da je pitanje koje je bilo ključno za presudu povezano sa seksualnom orijentacijom podnositelja zahtjeva. Suprotno od onoga što je Vlada tvrdila, relevantni element nije bilo pitanje podnositeljevog boravka u stanu ili emocionalna, ekonomska ili druga kvaliteta njegovog odnosa sa T. B.-om 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 istospolne partnere i partnere različitog spola, drugim riječima je li ova mjera težila „legitimnom cilju“ i održala „razumnu razmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići“ (vidjeti stavak 91 gore).

Iz razloga koje je naveo Regionalni sud proizlazi da je glavni cilj razlike u postupanju bio osiguravanje zaštite obitelji zasnovane na „zajednici muškarca i žene“, kako je to propisano člankom 18 poljskog Ustava (vidjeti članak 38 gore). Sud prihvaća da je zaštita obitelji u tradicionalnom smislu načelno uvjerljiv i legitiman razlog koji može opravdati razliku u postupanju.

Međutim, radi ostvarenja tog cilja Država može provesti niz različitih mjera (ibid). Isto tako, s obzirom da je Konvencija živi instrument koji se treba tumačiti u svjetlu današnjih okolnosti (vidjeti *E. B.* gore navedeno, stavak 92), Država prilikom izbora sredstava osmišljenih za zaštitu obitelji i osiguravanje, kako to zahtjeva članak 8, poštovanja obiteljskog života mora nužno voditi računa o društvenom razvoju i promjenama u percepciji društvenih pitanja, pitanja osobnog statusa i s tim povezanih pitanja, uključujući činjenicu da ne postoji samo jedan način ili jedan izbor u sferi vođenja i življenja obiteljskog ili privatnog života.

99. Postizanje ravnoteže između zaštite tradicionalne obitelji i prava seksualnih manjina prema Konvenciji je, po prirodi stvari, težak i osjetljiv zadatak koji od Države može zahtijevati da izgladi suprotna stajališta i interese za koje zainteresirane stranke smatraju da su fundamentalno oprečni. Međutim, vodeći računa o ograničenim diskrecijskim ovlastima Države u primjeni mjera koje imaju za posljedicu razliku zasnovanu na seksualnoj orijentaciji (vidjeti stavak 92 gore), apsolutno isključivanje osoba koje žive u homoseksualnom odnosu iz nasljeđivanja prava na najam Sud ne može prihvatiti kao neophodno za zaštitu obitelji promatrane 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 zamijenjen članak 8, stavak 1 ne sadrži razliku između „bračne“ i drugih vrsta zajednica življenja potvrđuje da nisu postojali razlozi za zadržavanje prijašnjeg uređenja.

Slijedom navedenoga, Sud utvrđuje da poljske vlasti, odbijajući zahtjev podnositelja zahtjeva iz razloga povezanih sa homoseksualnom prirodom njegovog odnosa sa T. B., nisu 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 Vlade u vezi sa statusom žrtve podnositelja zahtjeva i smatra da je došlo do kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

III. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

100. Članak 41 Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarnje pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci.”

A. Šteta

101. Podnositelj zahtjeva je potraživao iznos od 16790.53 poljskih zlota (PLN) na ime materijalne štete. Ovaj iznos uključuje dugove na ime najamnine za stan pokojnog T. B.-a za razdoblje od 1996. do 1998. koje je podmirio i troškove obnove stana koji su nastali u različitim razdobljima između 1998. i 2007. godine.

Na ime nematerijalne štete podnositelj zahtjeva je potraživao iznos od 20000 PLN zbog duševnih boli proizašlih iz diskriminatornog postupanja kojem je bio izložen.

....

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 predmeta utvrđivanje kršenja Konvencije predstavlja zadovoljavajuću naknadu i u tom smislu ne dodjeljuje ništa.

B. Troškovi i izdaci

104. Podnositelj zahtjeva je potraživao i iznos od 4552 PLN na ime troškova i izdataka nastalih pred domaćim sudovima i u postupku pred Sudom. Podnositelj zahtjeva je naveo da ne raspolaže nikakvim računima ili fakturama vezanim za spomenute troškove ali tvrdi da su nastali i da je iznos bio umjeren.

...

106. Prema sudskoj praksi Suda podnositelj zahtjeva 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 predmetu, s obzirom na činjenicu da podnositelj zahtjeva 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 preliminarri prigovor u pogledu statusa žrtve;
2. *Proglašava* zahtjev koji se tiče navodnog kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 dopuštenim, a ostatak zahtjeva nedopuštenim;

3. *Presuđuje* da je došlo do kršenja članka 14 u vezi s člankom 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 podnositelj zahtjeva pretrpio;

5. *Odbija* ostatak zahtjeva za pravednu naknadu.

Sačinjeno na engleskom jeziku i objavljeno u pismenom obliku 2. ožujka 2010. godine, sukladno pravilu 77 stavcima 2 i 3 Poslovnika Suda.

Lawrence Early
Bratza
Tajnik
Predsjednik

Nicolas

Gay u vojsci

Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva

Sud ističe da je pitanja koja su pokrenuta ovim zahtjevom razmatrao u presudi, inter alia, Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva u kojoj je utvrđeno kršenje članaka 8. i 13. Konvencije. Sud nadalje primjećuje kako je nakon presude napuštena prijašnja politika Ministarstva obrane i homoseksualnim osobama je, od 12. siječnja 2000., dozvoljeno da služe u oružanim snagama Ujedinjenog Kraljevstva.

PREDMET BROWN PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

(Zahtjev br. 52770/99)

PRESUDA

(Prijateljsko rješenje)

STRASBOURG

29. srpnja 2003. godine

U predmetu Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva,

Europski sud za ljudska prava (Četvrti odjel), zasjedajući kao Vijeće u sastavu

M. PELLONPÄÄ, *Predsjednik*
Nicolas BRATZA,
V. STRÁŽNICKÁ,
R. MARUSTE,
S. PAVLOVSKI,
L. GARLICKI,
J. BORRERO BORRERO, *suci/sutkinje*
i M. O'BOYLE, *Tajnik Odjela*

nakon vijećanja zatvorenog za javnost, 8. srpnja 2003., donosi
slijedeću presudu koja je usvojena tog datuma:

POSTUPAK

1. Postupak u ovom predmetu pokrenut je temeljem zahtjeva (br. 52770/99) protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Sjeverne Irske, koji je 28. listopada 1999. godine državljani Ujedinjenog Kraljevstva i Sjeverne Irske Christopher Brown ("podnositelj zahtjeva") podnio Sudu na temelju članka 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Konvencija“).

2. Podnositelja zahtjeva zastupao je g. S. Grosz, odvjetnik iz Londona, Vladu Ujedinjenog Kraljevstva ("Vlada") zastupao je njen zastupnik, g. C. Whomersley.

3. Podnositelj zahtjeva je, pozivajući se na članke 8., 13. i 14. Konvencije, prigovorio istrazi njegove seksualne orijentacije i otpustu iz Kraljevskih zračnih snaga na temelju njegove homoseksualnosti, a u provođenju u to vrijeme postojeće politike Ministarstva obrane protiv homoseksualnih osoba u oružanim snagama.

4. Nakon što je dobio očitovanja stranaka, dana 4. lipnja 2002. Sud je zahtjev proglasio dopuštenim.

5. Tijekom studenog 2002. Tajnik je predložio strankama da pokušaju postići prijateljsko rješenje u smislu članka 38. stavka 1b. Konvencije. Dana 5. lipnja 2003. Sud je od odvjetnika podnositelja zahtjeva primio obavijest da je prijateljsko rješenje postignuto.

ČINJENICE

6. Podnositelj zahtjeva rođen je 1963. i živi na otoku Man.

7. Kraljevskim zračnim snagama ("RAF") je pristupio 4. prosinca 1979. U veljači 1999. podnositelj zahtjeva je svom nadređenom, nakon što je upitan, rekao da je homoseksualac. Poslije toga je, nakon više od 19 godina službe i stečenog čina narednika, 30. lipnja 1999. otpušten zbog u to vrijeme postojeće politike Ministarstva obrane protiv homoseksualnih osoba u oružanim snagama. Prilikom otpusta je navedeno kako je njegova služba u RAF-u bila uzorna.

8. Podnositelj zahtjeva je, pozivajući se na članak 8., 13. i 14. Konvencije, prigovorio istrazi i ispitivanju njegove seksualne orijentacije i otpustu iz RAF-a zbog njegove homoseksualnosti. Tvrdio je da je pretrpio kako materijalnu tako i nematerijalnu štetu zbog otpusta i tražio da mu se nadoknade sudski troškovi i izdaci.

PRAVO

9. Sud je, nakon razmjene korespondencije između stranaka, 1. svibnja 2003. primio kopiju Vladinog dopisa s ponudom za nagodbu u ovom premetu u iznosu 52.500,00 funti (GBP), upućenog odvjetnicima podnositelja zahtjeva.

10. Dana 8. svibnja 2003. Sud je od odvjetnika podnositelja zahtjeva primio kopiju dopisa upućenog Vladi u kojem se prihvaća ponuda od 52.500,00 GBP pod uvjetom da iznos u cijelosti bude isplaćen do 30. svibnja 2003.

11. Dana 5. lipnja 2003. odvjetnici podnositelja zahtjeva pisali su Sudu kako bi potvrdili primitak Vladine uplate od 52.500,00 GBP, kao i da je predmet stoga zaključen.

12. Dana 18. lipnja 2003. odvjetnici podnositelja zahtjeva potvrdili su Sudu da iznos od 52.500,00 GBP predstavlja potpunu i konačnu nagodbu u vezi svih potraživanja podnositelja zahtjeva koja su navedena u zahtjevu, uključujući troškove.

13. Sud ističe da je pitanja koja su pokrenuta ovim zahtjevom razmatrao u presudi, inter alia, Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva (br. 33985/96 i 33986/96, 27. rujna 1999., ECHR 1999-VI) u kojoj je utvrđeno kršenje članaka 8. i 13. Konvencije (bez da se posebno pojavilo pitanje u smislu članka 14. u vezi sa člankom 8.). Sud nadalje primjećuje kako je nakon presude napuštena prijašnja politika Ministarstva i homoseksualnim osobama je od 12. siječnja 2000. dozvoljeno da služe u oružanim snagama Ujedinjenog Kraljevstva.

14. Sud bilježi dogovor koji je postignut između stranaka (članak 39. Konvencije). Zadovoljan je što se nagodba temelji na poštivanju ljudskih prava kako su definirana Konvencijom i dodatnim protokolima (članak 37., stavak 1 *in fine* Konvencije i Pravila 62., stavka 3. Poslovnika

Suda).

15. Sukladno tome, predmet treba brisati s liste.

IZ TIH RAZLOGA SUD JEDNOGLASNO

Odlučuje izbrisati predmet s liste.

Sačinjeno na engleskom i objavljeno napismeno 29. srpnja 2003. godine, u skladu s Pravilom 77., stavcima 2. i 3. Poslovnika Suda.

Michael O'BOYLE
Matti PELLONPÄÄ
tajnik predsjednik

Roditeljstvo

Salgueiro de Silva Mouta protiv Portugala

Prema mišljenju Suda, navedeni odlomci predmetne presude su daleko od nespretnih ili nesretnih, kako je tvrdila Vlada, ili samo obiter dicta, nego, upravo suprotno, sugeriraju da je homoseksualnost podnositelja zahtjeva faktor koji je bio odlučujući pri konačnoj odluci. Ovom zaključku ide u prilog i činjenica da je žalbeni sud prilikom donošenja odluke o pravu na sastanke i druženja podnositelja zahtjeva, upozorio podnositelja zahtjeva da se ne ponaša na način koji bi mogao navesti njegovu kćerku da shvati da njen otac živi s drugim muškarcem “u uvjetima koji nalikuju onima muža i žene”. Sud je stoga primoran utvrditi, u svjetlu gore navedenog, da je Žalbeni sud napravio razliku koja se temeljila na razmatranju seksualne orijentacije podnositelja zahtjeva, razliku koja nije prihvatljiva prema Konvenciji

E.B. protiv Francuske

Sud smatra da je pozivanje na homoseksualnost podnositeljice zahtjeva bilo ako ne izričito, onda barem prešutno. Utjecaj priznate homoseksualnosti podnositeljice zahtjeva prilikom razmatranja njenog zahtjeva je utvrđen te je, vodeći računa o prethodno navedenom, bio i odlučujući faktor koji je doveo do odbijanja odobrenja za posvojenje. Podnositeljica zahtjeva je, stoga, pretrpjela nejednako postupanje. Mora se voditi računa o cilju koji se krije iza tog nejednakog postupanja, te ukoliko je cilj bio legitiman, da li je to nejednako postupanje bilo opravdano.

ČETVRTI ODJEL

**PREDMET SALGUEIRO DA SILVA MOUTA PROTIV PORTU-
GALA**

(Zahtjev br. 33290/96)

PRESUDA

STRASBOURG

21. prosinca 1999. godine

KONAČNA

21/03/2000

U predmetu Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala
Europski sud za ljudska prava (Četvrti odjel), zasjedajući kao Vijeće u
sastavu:

M. Pellonpää, *Predsjednik*,
G. Ress,
A. Pastor Ridruejo,
L. Caflisch,
J. Makarczyk,
I. Cabral Barreto,
N. Vajić, suci/sutkinje,
i V. Berger, *Tajnik odjela*

Nakon vijećanja zatvorenih za javnost, 28. rujna i 9. prosinca 1999.
godine,

donosi slijedeću presudu koja je usvojena potonjeg datuma:

...

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

8. Podnositelj zahtjeva je državljanin Portugala rođen 1961. živi u Queluzu (Portugal).

9. Podnositelj zahtjeva je 1983. godine stupio u brak s C.D.S.. Dana 2. studenog 1987. dobili su kćer M. Podnositelj zahtjeva se odvojio od svoje supruge u travnju 1990. i od tada živi s muškarcem L.G.C. Po završetku postupka razvoda koji je pokrenula C.D.S., lisabonski Sud za obiteljske odnose (*Tribunal de Família*) proglasio je razvod 30. rujna 1993. godine.

10. Dana 7. veljače 1991., tijekom postupka razvoda, podnositelj zahtjeva je s C.D.S. potpisao sporazum koji se ticao sadržaja roditeljske skrbi (*poder paternal*) o M. Prema sporazumu, C.D.S. bi preuzela skrb o djetetu, a podnositelj zahtjeva bi imao pravo na susrete i druženja. Međutim, podnositelj zahtjeva nije mogao ostvarivati to pravo jer se C.D.S. nije pridržavala sporazuma.

11. Podnositelj zahtjeva je 16. ožujka 1992. zatražio izdavanje naloga kojim bi mu dijete bilo povjereno na skrb. Naveo je da se C.D.S. ne pridržava uvjeta sporazuma koji su potpisali 7. veljače 1991. godine, s obzirom da je M. živjela s bakom i djedom s majčine strane. Podnositelj zahtjeva je ustvrdio 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 obiteljske odnose je dana 14. srpnja 1994., nakon razdoblja u kojem su sudski psiholozi/ginje obavili/e razgovore s podnositeljem zahtjeva, M., C.D.S, L.G.C. kao i djetetovim bakom i djedom s majčine strane, donio presudu. Sud je dijete na skrb povjerio podnositelju zahtjeva – odbacujući kao neutemeljene – s obzirom na izvještaje sudskih psihologa/inja – optužbe da je L.G.C. tražio od M. da ga ručno zadovolji. Sud je također utvrdio, ponovno s obzirom na izvještaje sudskih psihologa/inja, da su izjave koje je u vezi s tim dala M. bile potaknute od drugih. Sud je dodao:

“Majka i dalje ostaje krajnje nespremna za suradnju i uopće nije vjerojatno da će se njen stav promijeniti. Ona je opetovano propustila postupiti u skladu s odlukama suda. Zaključak koji se nameće je da se [majka] zasad nije pokazala sposobnom da M. pruži uvjete koji su pogodni za uravnotežen i miran život koji joj je potreban. Zasad je otac za to podobniji. Osim osiguranja materijalnih i stambenih uvjeta koji su nužni da bi mu se dijete povjerilo, pokazao se sposobnim da djetetu pruži uravnotežene uvjete koji su joj potrebni, kao i poštivati njeno pravo da održava uredan i kontinuiran kontakt sa svojom majkom, te bakom i djedom s majčine strane.”

13. M. je bila kod podnositelja zahtjeva od 18. travnja do 3. studenog 1995. kada ju je navodno C.D.S. otela. Podnositelj 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 obiteljske odnose lisabonskom Žalbenom sudu (*Tribunal da Relação*), koji je 9. siječnja 1996. donio presudu kojom poništava presudu nižeg suda i dijete na skrb povjerava C.D.S., uz susrete i druženja s podnositeljem zahtjeva. Presuda je sročena kako slijedi.

...

Svoju odluku ćemo donijeti nakon što razmotrimo predmet.

Prvo ćemo razmotriti slijedeće činjenice za koje je prvostupanjski sud utvrdio da su točne.

1. Dijete M., rođeno 2. studenog 1987., je kćer [podnositelja zahtjeva] i C.D.S.
 2. Njeni roditelji su se vjenčali 2. travnja 1983. godine.
 3. Razvod je okončan 30. rujna 1993. i njihov brak je razvrgnut.
 4. Roditelji žive odvojeno od travnja 1990. kada je [podnositelj zahtjeva] napustio svoj dom i otišao živjeti s drugim muškarcem, čije je ime L.
 5. Dana 7. ožujka 1991. Sud Loures donio je odluku u predmetu br. 1101/90 potvrđujući sporazum o ostvarivanju sadržaja roditeljske skrbi o djetetu.
 6. Od travnja 1992. dijete nije vidjelo svog oca prema dogovorenim uvjetima, a protiv njegove volje.
 7. Dijete je do siječnja 1994. živjelo s bakom i djedom s majčine strane [ime] u Camarateu [adresa].
 8. Od tada dijete živi sa svojom majkom i njezinim dečkom [adresa] u Lisabonu.
 9. Međutim, povremeno je i dalje noćila u kući bake i djeda s majčine strane.
 10. Tokom školskih dana kada dijete nije ostajalo prenoćiti kod djeda i bake, njena majka ju je običavala odvoziti do kuće bake i djeda gdje bi boravila nakon škole od 17h.
 11. Tokom školske godine, M. je pohađala prvi razred osnovne škole u ... za koju je školarina iznosila 45.400,00 eskuda mjesečno.
 12. Njezina majka živjela je sa J. barem dvije godine.
- ...
18. Njen otac João Mouta je u homoseksualnom odnosu s L.G.C., s kojim živi

od travnja 1990. godine.

19. ...

20. Dijete je vrlo blisko s bakom s majčine strane, koja je Jehovina svjedokinja.

21. Nakon što nije postupila u skladu s odlukom navedenom u stavku 5., djetetovoj majci je 14. svibnja 1993. naloženo da plati kaznu od 30.000,00 eskuda jer je od travnja 1992. odbijala dopustiti ocu da ostvaruje 'pravo na susrete i druženja sa svojom kćeri u skladu s donesenom odlukom'.

22. Nakon razgovora s ocem i majkom pojedinačno i zajedno, s M. bez prisutnosti roditelja i bake s majčine strane, te s bakom s majčine strane i partnerom oca pojedinačno, kao i uz provođenje psihološke procjene M., sudski psiholozi/ginje su dana 25. lipnja 1994. sačinili slijedeći izvještaj:

'M. je komunikativno dijete normalnog intelektualnog razvoja za svoju dob i natprosječne je inteligencije. Vrlo je privržena 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 bakom i djedom i ne viđati svog oca. Ima vrlo dobar odnos sa svojim ocem koji je vrlo nježan i pažljiv prema svojoj kćeri. Oboje [i podnositelj zahtjeva] i njegova bivša supruga su predani i fleksibilni roditelji i oboje brinu za odgoj i emocionalnu sigurnost svoje kćeri. Razlozi njihove rastave su kasnije postali izvor ozbiljnog konflikta među njima, kojem doprinosi baka s majčine strane koja ne prihvaća životni stil [podnositelja zahtjeva] i podsvjesno ga pokušava držati podalje od njegove kćeri. Ukratko, oba roditelja su sposobna nadzirati zadovoljavajući psihološki i afektivni razvoj svoje kćeri, ali ne smatramo da je za nju dobro da živi sa svojom bakom koja potencira konflikt između dvije strane i pojačava ga pokušavajući zadržati [podnositelja zahtjeva] podalje jer ne prihvaća njegov životni stil.'

23. M. je 16. kolovoza 1993. psihologinji i svom ocu rekla da je partner potonjega, dok joj je otac bio vani, tražio od nje da ide s njim u zahod, da je zaključao vrata i tražio od nje da ga zadovolji (izvela je kretnje koje oponašaju masturbaciju) i da joj je nakon toga rekao da ne mora oprati ruke i da ne govori ništa svome ocu. Psihologinja je navela da ju je način na koji je dijete prepričalo tu situaciju naveo da posumnja u istinitost priče koja je mogla biti usađena opetovanim ponavljanjem. Dodala je da je podnositelj zahtjeva, dok je dijete opisivalo situaciju, tražio pojašnjenja, što potvrđuje da otac i kćer imaju dobar odnos.

24. Za razgovora sa psihologinjom 6. prosinca 1993. dijete je izjavilo da još uvijek živi sa bakom s majčine strane i da ponekad ostaje kod svoje majke gdje spava na kauču jer ne postoji soba za nju.

25. U izvještaju od 17. siječnja 1994., koji je sastavljen nakon sastanka između kćeri i oca, psihologinja je zaključila da 'iako je M. tokom susreta s ocem primijetila da njen otac živi sa drugim muškarcem, njene predodžbe o roditeljima su potpuno prilagođene i ona nema nikakvih problema vezanih uz psihoseksualni

identitet, bilo svoj ili svojih roditelja’.

26. Psihijatar, Dr. V. je nakon razgovora s partnerom [podnositelja zahtjeva] oca djeteta, naveo da je njegovo mišljenje da je partner dobro prilagođen i zadovoljavajuće emocionalne i kognitivne zrelosti. Kod partnera nije pronašao ništa neobično, niti na osobnom nivou niti u odnosu na njegov odnos s ocem djeteta. Smatra da je sasvim nevjerojatno da se situacija koju je dijete ispričalo, a koja je opisana u stavku 23, zaista dogodila.

27. Završni izvještaj koji su sastavili sudski psiholozi/ginje od 12. travnja 1994. je ukazivao da je M. osjećala određenu dozu nesigurnosti djelomično zbog konflikta između majčine strane obitelji i njenog oca i da ima obrambeni stav koji se manifestira kroz odbijanje suočavanja s potencijalno stresnim situacijama. Dijete je svjesno da se njena obitelj 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 šesterogodišnje dijete moglo detaljno prepričati situaciju koja se dogodila nekoliko godina ranije. Stručnjaci/kinje u svom izvještaju zaključuju da to što je M. detaljno opisala gore navedenu situaciju sa zadovoljavanjem ne znači da se ona zaista i dogodila. Naglašavaju da je otac jako privržen otac, pun razumijevanja i srdačnosti prema svojoj kćeri dok joj istovremeno postavlja, na zadovoljavajući način i poučavajući, ograničenja koja su nužna i stvaraju u njoj osjećaj sigurnosti.

Stručnjaci/kinje također naglašavaju da je djetetova majka jako brižna majka ali poprilično popustljiva što ne pridonosi osjećaju sigurnosti, iako je u stanju poboljšati se. Također zaključuju da nije preporučljivo da dijete živi sa svojom bakom jer vjerski fanatizam koji je prisutan u okruženju ne samo da osuđuje oca, nego ga i isključuje na temelju osobnih i emocionalnih izbora koje je napravio. To je pridonijelo širenju zbunjenosti kod djeteta i povećavanju osjećaja konflikta i uznemirenosti, čime je ugrožen njezin zdrav psihološki i afektivni razvoj.

28. Na saslušanju 24. siječnja 1994., uz suglasnost oba roditelja, donesena je slijedeća privremena odluka: (I) M. može provoditi svaku subotu sa svojim ocem od 10 do 22 sata, (II) u tu svrhu će je otac, u pratnji njene bake s očeve strane i/ili prabake s očeve strane, pokupiti iz kuće njene majke.

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

30. Dana 22. travnja 1994. odjel dječje psihijatrije bolnice D. Estefânea odlučio je da M. treba nadgledati jer su njeni osjećaji uznemirenosti toliki da bi mogli kočiti njen psihološki i afektivni razvoj.

Ove činjenice, utvrđene u prvostupanjskom postupku, se smatraju definitivno utvrđenima, ne dovodeći u pitanje mogućnost razmatranja drugih faktora pri donošenju presude. ...

Razmotrimo sada žalbu:

Članak 1905, stavak 1 Građanskog zakonika omogućuje da se u slučajevima razvoda, sudske rastave osoba i imovine, proglašenja ništavosti ili poništenja braka, skrb nad djecom, uzdržavanje i uvjeti plaćanja urede sporazumom između roditelja, a koji sporazum mora potvrditi sud; potvrda se odbija ukoliko je sporazum u suprotnosti s djetetovim interesima, uključujući djetetov interes za održavanje jako bliskog odnosa s roditeljem kojem nije povjereno na skrb. Stavak 2 dodaje 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 skrb, je li moguće skrb o djetetu povjeriti jednom ili drugom roditelju ili, ako se radi o nekom od slučajeva na koji se primjenjuje članak 1918, trećoj osobi ili obrazovnoj ustanovi ili ustanovi socijalne skrbi.

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

Presuda lisabonskog Žalbenog suda od 24. travnja 1974. sažeta u *BMJ (Glasilo Ministarstva pravosuđa)* br. 236, str. 189 navodi: 'Konvencija o pravima djeteta – Rezolucija od 20. studenog 1989. Opće skupštine Ujedinjenih naroda – proglašava s rijetkom konciznošću da su djeci, za potpun i skladan razvoj osobnosti potrebni ljubav i razumijevanje; ona trebaju, što je više moguće, odrastati uz zaštitu i odgovornost njihovih roditelja i, u svakom slučaju, u ozračju privrženosti i psihološke i materijalne sigurnosti, pri čemu se mala djeca ne bi trebala odvajati od svojih majki osim u iznimnim slučajevima.'

Nemamo ni najmanju zadržku u podršci toj deklaraciji koja u potpunosti odgovara životnim stvarnostima. 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 Žalbenog suda od 7. lipnja 1988. u *BMJ* br. 378, str. 790 u kojoj je sud odlučio da je 'u slučaju male djece, što je do sedme ili osme godine, emotivna veza s majkom osnovni faktor djetetovog psihološkog i emotivnog razvoja s obzirom da posebne potrebe za nježnošću i pažnjom u toj dobi rijetko mogu biti nadomještene očevom ljubavi i zanimanjem'.

Odnos između M. i njenih roditelja je odlučujući faktor za emocionalnu dobrobit i razvoj njene osobnosti, pogotovo s obzirom na to da se pokazalo da je vrlo privrženica 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. lipnja 1990. kojom se odlučivalo o roditeljskoj skrbi, [podnositelj zahtjeva] je priznao da je žaliteljica sposobna brinuti se za njihovu kćer i predložio je da se skrb povjeri majci, tvrdnja koju je ponovio u ovom postupku kako bi se promijenio taj nalog, ... Otac M. izražava želju da njegova kći ne boravi kod bake i djeda s majčine strane pozivajući se na brojne poteškoće na koje nailazi kada pokušava vidjeti svoju kćer obzirom na ponašanje žaliteljice i njene majke, koje ga svim snagama pokušavaju držati

podalje od kćeri jer ne prihvaćaju njegovu homoseksualnost.

Odjeljak 182 Zakona o starateljstvu propisuje da se prethodni dogovori mogu promijeniti ukoliko se oba roditelja nisu pridržavala sporazuma ili konačne odluke ili ako naknadne okolnosti učine nužnima [promjene] uvjeta sporazuma. Međutim, treba razmotriti da li je opravdana osnova za promjenu odluke kojom je skrb nad djetetom povjerena majci.

Razmatranjem sadržaja prvobitnog zahtjeva za promjenu naloga razvidno je da je naglasak stavljen na činjenicu da dijete živi s bakom i djedom s majčine strane koji su jehovini svjedoci. Istina je, međutim, da [podnositelj zahtjeva] nije podnio nikakav dokaz kako bi dokazao da je ova vjera štetna i samo je naveo kako baka i djed s majčine strane tvrdoglavo odbijaju dopustiti ocu i kćeri da se vide. Koliko je sudu poznato, uvjerenja jehovinih svjedoka ne potiču zle postupke iako fanatizam postoji.

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

U ovom predmetu postoji pregršt dokaza da žaliteljica opetovano 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 s obzirom da se u nekoliko navrata i bez opravdanja propustila pojaviti na saslušanjima koja su bila zakazana kao dio postupka. Bez obzira na to, mislimo da njeno ponašanje nije uvjetovano samo stilom života [podnosioca 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 osobito 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 – s 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 izmanipulirano, ne možemo ni zaključiti da je govorilo neistinu. S 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 predmetima koji se tiču povjeravanja skrbi 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 obitelj, 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, opće pravilo je da se skrb nad malom djecom povjerava majci osim ukoliko postoje osobiti razlozi koji bi to doveli u pitanje (vidjeti presudu Evora Žalbenog suda od 12. srpnja 1979., u *BMJ* br. 292, str. 450).

Majci je u ovom predmetu opozvana skrb nad djetetom usprkos činjenici da joj je bila povjerena, ponavljamo, nakon sporazuma između roditelja, i bez podnošenja dostatnih 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 skrb nad M., nego da li postoje razlozi koji bi promijenili ono što je dogovoreno.

Međutim, čak i da to nije slučaj, mislimo da bi skrb trebala biti povjerena 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 žaliteljica s pravom naglašava. Dijete treba živjeti u obiteljskom okruženju, tradicionalnoj portugalskoj obitelji, što svakako nije oblik odnosa u koji je njen otac odlučio stupiti, s obzirom da živi s drugim muškarcem kao da su muž i žena. Naš zadatak ovdje nije utvrditi da li homoseksualnost jest ili nije bolest ili je seksualna orijentacija prema osobama istog spola. To je abnormalnost u oba slučaja i djeca ne bi trebala odrastati u sjeni abnormalnih situacija; takvi su diktati ljudske prirode i sjetimo se da je [podnositelj zahtjeva] sam ovo priznao kada je, u prvobitnom zahtjevu od 5. srpnja 1990. izjavio da je on definitivno napustio bračni dom kako bi otišao živjeti sa svojim partnerom, odluka koja nije normalna prema općeprihvaćenim kriterijima.

Ovdje se ne dovodi u pitanje ljubav oca prema svojoj kćeri niti njegova sposobnost da se brine za nju za razdoblja kada mu je povjerena na brigu, s obzirom da je nužno da se njih dvoje viđaju kako bi se postigli gore navedeni ciljevi, a to je osiguravanje dobrobiti djeteta i razvoj njene osobnosti. 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 provođenja skrbi nad djetetom.

Zasad, nepoštivanje odluke koja potvrđuje sporazum o susretima i druženju ne predstavlja dovoljan razlog da se žaliteljici opozove skrb nad djetetom koja joj je tom odlukom povjerena.

Stoga, poništavamo presudu nižeg suda u vezi djetetovog stalnog boravka kod oca, ne dovodeći u pitanje pravo oca na susrete i druženja za razdoblja koja će biti propisana niže.

Oca treba uvjeriti da bi bilo nerazborito da se za tih razdoblja ponaša na način koji bi njegovu kćer mogao navesti da shvati da joj otac živi s drugim muškarcem u uvjetima koji nalikuju onima muža i žene.

Zbog svih navedenih razloga Žalbeni sud poništava pobijanu odluku i presuđuje

da će žaliteljica, C.D.S. nastaviti ostvarivati skrb nad svojom kćeri M.

Susreti i druženja utvrđuju se kako slijedi:

1. Dijete može viđati oca svaki drugi vikend od petka do ponedjeljka. Otac će u tu svrhu pokupiti svoju kćer u petak iz škole nakon nastave i dovesti je nazad u ponedjeljak prije početka nastave.

2. Otac može posjećivati svoju kćer u školi bilo koji dan u tjednu pod uvjetom da ne ometa njeno školovanje.

3. Dijete će uskršnje praznike provoditi naizmjenično kod oca i 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 ljetnih praznika 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 uzdržavanja od strane oca i način plaćanja ispitati će Treći odjel Trećeg vijeća lisabonskog Suda za obiteljske odnose u predmetu br. 3821/A koji je odgođen do donošenja ove odluke o budućnosti djeteta.

Troškove snosi tuženik.”

15. Jedan od troje sudaca Žalbenog suda dao je izdvojeno mišljenje kako slijedi:

“Glasao sam za ovu odluku, uz zadržku da ne smatram ustavnim uspostavljanje načela da se osobi mogu oduzeti obiteljska prava na temelju 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 getoiziran. Stoga to nije pitanje omalovažavanja činjenice da je [podnositelj zahtjeva] prihvatio svoju seksualnu orijentaciju i posljedično si uskratilo pravo da odgaja svoju kćer, nego, s obzirom da odluka mora biti donesena, potvrde da se u našem društvu i u ovom vremenu ne može ustvrditi da djeca mogu prihvatiti homoseksualnost svog oca bez da postoji opasnost da će izgubiti referentne uzore.”

16. Na ovu odluku nije uložena žalba.

17. C.D.S. nikada nije poštivala pravo na susrete i druženja koje je podnositelju zahtjeva dodijeljeno presudom lisabonskog Žalbenog suda.

18. Stoga je podnositelj zahtjeva lisabonskom Sudu za obiteljske odnose podnio zahtjev za izvršenje odluke Žalbenog suda. Dana 22. svibnja 1998., podnositelj zahtjeva je, vezano za ovaj postupak, dobio kopiju izvještaja medicinskih stručnjaka lisabonskog Suda za obiteljske odnose. Iz tog izvještaja je saznao da je M. u Vila Nova de Gaia u sjevernom Portugalu. Podnositelj zahtjeva je dva puta bezuspješno pokušao vidjeti kćer. Postupak izvršenja je po svemu sudeći još uvijek u tijeku.

...

PRAVO

I. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 8 KONVENCIJE SAMOSTALNO I U VEZI S ČLANKOM 14

21. Podnositelj zahtjeva se žalio da je lisabonski Žalbeni sud svoju odluku da skrb nad njihovom kćeri M. povjeri njegovoj bivšoj supruzi, a ne njemu, zasnovao isključivo na temelju njegove seksualne orijentacije. Naveo je kako to predstavlja kršenje članka 8 Konvencije samostalno, i u vezi s člankom 14.

Vlada je osporavala tu žalbu.

22. Članak 8. Konvencije propisuje,

“1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog 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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

Sud za početak navodi da predmetna presuda Žalbenog suda, ukoliko se stavi na stranu presuda lisabonskog Suda za obiteljske odnose od 14. srpnja 1994. kojom se skrb nad djetetom povjerava podnositelju zahtjeva, predstavlja miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na poštivanje njegovog obiteljskog života i stoga podliježe primjeni članka 8. Institucije Konvencije smatrale su da je ova odredba primjenjiva na odluke kojima se skrb nakon razvoda ili rastave povjerava jednom od roditelja (vidjeti također *Hoffmann protiv Austrije*, presuda od 23. lipnja 1993., Serija A, br. 255-C, str. 58, stavak 29; vidjeti također *Irlen protiv Njemačke*, zahtjev br. 12246/86, odluka Komisije od 13. srpnja 1987., Odluke i izvještaji 53, str. 225).

Na tu odluku ne utječe tvrdnja Vlade da s obzirom da presuda Žalbenog suda nije izmijenila ono što je bilo dogovoreno prijateljskim rješenjem između roditelja 7. veljače 1991., ne postoji miješanje u prava g-dina Salgueiro da Silva Moutae.

Sud u vezi s tim opaža kako je žalba koju je podnositelj zahtjeva uložio – uspješno – na lisabonskom Sudu za obiteljske odnose bila temeljena, između ostalog, na činjenici da se njegova bivša supruga nije pridržavala uvjeta sporazuma (vidjeti gore stavak 11).

A. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 8 KONVENCIJE U VEZI S ČLANKOM 14.

23. S obzirom na prirodu predmeta i navode podnositelja zahtjeva, Sud

smatra prikladnim razmotriti ga prvo u smislu članka 8 u vezi s člankom 14 koji propisuje

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u [ovoj] Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.”

24. G. Salgueiro da Silva Mouta je na početku istaknuo 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 Žalbenog suda kojom se skrb nad djetetom povjerava majci isključivo na temelju seksualne orijentacije oca predstavlja neopravdano miješanje u njegovo pravo na poštivanje obiteljskog života. Podnositelj zahtjeva se pozivao na to da je predmetna odluka bila uvjetovana zastarjelim i krivim predodžbama koje nemaju veze sa životnim stvarnostima niti zdravim razumom. Tvrdio je kako ga je Žalbeni sud time diskriminirao na način koji članak 14 Konvencije zabranjuje.

Podnositelj zahtjeva je istaknuo da je prvostupanjski sud presudio u njegovu korist, a taj sud je jedini imao neposredne spoznaje o činjenicama predmeta budući da je Žalbeni sud presudio isključivo na temelju pismenih podnesaka.

25. Vlada je priznala da bi se članak 8 mogao primijeniti na ovu situaciju, ali samo u odnosu na pravo podnositelja zahtjeva na poštivanje njegovog obiteljskog života s njegovim djetetom. Međutim, istaknuli su kako javne vlasti nisu poduzele nikakve radnje koje bi predstavljale miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na slobodno izražavanje i razvoj svoje osobnosti ili načine na koji je vodio svoj život, posebno seksualni.

Međutim, Vlada je u odnosu na obiteljski život istaknula kako, što se tiče roditeljske skrbi, države članice imaju široke diskrecijske ovlasti u pogledu postizanja legitimnih ciljeva koji su propisani stavkom 2 članka 8 Konvencije. Dodali su kako 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 za onu nacionalnih sudova, ukoliko predmetne mjere nisu očigledno nerazumne ili arbitrarne.

U ovom predmetu je lisabonski Žalbeni sud, u skladu s portugalskim zakonom, uzeo u obzir isključivo interese djeteta. Intervencija Žalbenog suda propisana je zakonom (članak 1905, stavak 2 Građanskog zakonika i odjeljci 178– 180 Zakona o starateljstvu). Povrh toga, slijedio je legitimni cilj, točnije zaštitu interesa djeteta, to je to bilo je nužno u demokratskom društvu.

Vlada je zaključila kako je Žalbeni sud pri donošenju odluke uzimao u obzir isključivo interese djeteta koji su najvažniji, a ne seksualnu orijentaciju podnositelja zahtjeva. Stoga, podnositelj zahtjeva nije ni na koji način bio diskriminiran.

26. Sud ponavlja kako u odnosu na uživanje prava i sloboda koje su zajamčene Konvencijom, članak 14 osigurava zaštitu od različitog postupanja, bez objektivnog i razumnog opravdanja, prema osobama u sličnim situacijama (vidjeti gore citiranu presudu Hoffman, str. 58, stavak 31.).

Mora se utvrditi može li se podnositelj zahtjeva žaliti na takvu razliku u postupanju i ukoliko može, je li ona bila opravdana.

1. RAZLIKA U POSTUPANJU

27. Vlada je osporavala navode da je u ovom predmetu došlo do različitog postupanja prema podnositelju zahtjeva i majci M. Tvrdila je da se odluka lisabonskog Žalbenog suda temeljila pretežno na činjenici da bi, u okolnostima slučaja, interesi djeteta bili bolje zadovoljeni ukoliko bi se skrb nad djetetom povjerila majci.

28. Sud ne osporava da se lisabonski Žalbeni 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

obiteljske odnose i, posljedično, dodjeljivanja skrbi nad djetetom majci, a ne ocu, Žalbeni sud uveo dodatni faktor, a taj je da je podnositelj zahtjeva homoseksualac koji živi s drugim muškarcem.

Sud je zato primoran zaključiti kako je došlo do razlike u postupanju prema podnositelju zahtjeva i majci M. koja se temeljila na seksualnoj orijentaciji, koncept koji je nedvojbeno obuhvaćen člankom 14 Konvencije. S tim u vezi, Sud ponavlja da je lista koja je navedena u toj odredbi ilustrativna, a ne potpuna, što se očituje u riječima “bilo koja osnova kao na primjer” (na francuskom “*notamment*”) (vidjeti presudu *Engel i drugi protiv Nizozemske*, 8. lipnja 1976., Serija A, br. 22, str. 30-31, stavak 72).

2. OPRAVDANJE ZA RAZLIKU U POSTUPANJU

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

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

31. Prema podnesku podnositelja zahtjeva, način na koji je presuda sročena jasno ukazuje na to da je odluka o dodjeli skrbi nad djetetom majci bila utemeljena pretežno na seksualnoj orijentaciji oca, što je nesporno dovelo do diskriminacije njega u odnosu na drugog roditelja.

32. Vlada je tvrdila upravo suprotno, da je predmetna odluka jedva natuknula homoseksualnost podnositelja zahtjeva. Razmatranja Žalbenog suda na koja se pozvao podnositelj zahtjeva, promatrana 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 prijašnji zaključak da je lisabonski Žalbeni sud pri razmatranju žalbe koju je podnijela majka M. uveo novi faktor prilikom odlučivanja o povjeravanju skrbi nad djetetom, i to homoseksualnost podnositelja zahtjeva (vidjeti gore stavak 28). Pri odlučivanju je li odluka koja je donesena predstavlja diskriminatorno postupanje koje nema razumnu osnovu treba ustanoviti je li, kao što tvrdi Vlada, novi faktor bio samo *obiter dictum* koji nije imao direktnog utjecaja na ishod predmeta ili je, upravo suprotno, bio odlučujući.

34. Sud navodi kako je lisabonski Sud za obiteljske odnose donio odluku nakon razdoblja u kojem su podnositelj zahtjeva, njegova bivša supruga, njihova kćer M., L.G.C. i baka i djed s majčine strane obavili razgovore sa sudskim psiholozima. Sud je utvrdio činjenice te posebno uzeo u obzir izvještaje stručnjaka pri donošenju odluke.

Žalbeni sud, koji je donio presudu isključivo na temelju pismenih podnesaka, je činjenice ocijenio drukčije od nižeg suda i povjerio skrb nad djetetom majci. Između ostalog, uzeo je u obzir da se “skrb nad malom djecom povjerava majci ukoliko ne postoje osobiti razlozi koji bi to doveli u pitanje (vidjeti gore stavak 14). Žalbeni sud je smatrao kako ne postoje dostatni razlozi za opoziv skrbi nad djetetom majci koja joj je povjerena sporazumom između stranaka.

Međutim, Žalbeni sud je nakon tog zapažanja dodao “Čak i da to nije slučaj ... mislimo da bi skrb trebala biti povjerena majci” (ibid.). Žalbeni sud je, zatim, uzeo u obzir činjenicu da je podnositelj zahtjeva homoseksualac i da živi s drugim muškarcem zapažajući da “Dijete treba živjeti ... u tradicionalnoj portugalskoj obitelji” 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 sjeni abnormalnih situacija” (ibid.).

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

36. Sud je stoga primoran utvrditi, u svjetlu gore navedenog, da je Žalbeni sud napravio razliku koja se temeljila na razmatranju seksualne orijentacije podnositelja zahtjeva, razliku koja nije prihvatljiva prema Konvenciji (vidjeti gore navedenu *mutatis mutandis*, presudu Hoffmann, str. 60, stavak 36).

Sud, stoga, ne može zaključiti da je postojala razumna razmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići; stoga je došlo do kršenja članka 8 u vezi s člankom 14.

B. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 8 SAMOSTALNO

37. S obzirom na zaključak iz prošlog stavka, Sud ne smatra nužnim odlučivati o navodu o kršenju članka 8 samostalno; argumenti koji su navedeni u tu svrhu su u suštini isto kao i oni koji su razmatrani u odnosu na članak 8 u vezi sa člankom 14.

II. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

38. Članak 41 Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutar pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranici.”

A. NAKNADA ŠTETE

39. Podnositelj 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

....

42. Sud nije zadovoljan troškovima koji su navedeni kao nužni i razumni. Provodeći pravednu procjenu, dodjeljuje podnositelju zahtjeva jedinstvenu sumu od 350.000,00 PTE

Što se tiče izdataka, Sud smatra da su navedeni iznosi pretjerani. Provodeći pravednu procjenu i uzimajući u obzir okolnosti slučaja, odlučuje dodijeliti 1.500.000,00 PTE za posao odvjetnice podnositelja zahtjeva i 300.000,00 PTE za posao njenog savjetnika.

C. ZATEZNA KAMATA

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

IZ TIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. *Presuđuje* da je prekršen članak 8 Konvencije u vezi sa člankom 14;
2. *Presuđuje* da ne postoji potreba za posebnom presudom vezano za prigovore podnesene u vezi članka 8 Konvencije samostalno;
3. *Presuđuje* da ova presuda sama po sebi predstavlja zadovoljavajuće

pravednu naknadu pretrpljene štete;

4. *Presuđuje*

(a) da tužena država podnositelju zahtjeva treba u roku od tri mjeseca od donošenja konačne presude, u skladu s člankom 44 stavkom 2 Konvencije, isplatiti slijedeće iznose:

(i) 350.000,00 (tri stotine i pedeset tisuća) portugalskih eskuda na ime troškova;

(ii) 1.800.000,00 (milijun i osamsto tisuća) portugalskih eskuda na ime izdataka;

(b) da se osnovna kamata od 7% godišnje zaračunava od isteka gore navedenog razdoblja od tri mjeseca do isplate;

5. *Odbacuje* ostatak zahtjeva za pravednom nadoknadom.

Sačinjeno na francuskom jeziku i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 21. prosinca 1999. godine.

Vincent Berger
Tajnik

Matti Pellonpää
Predsjednik

PREDMET E.B. PROTIV FRANCUSKE

(Zahtjev broj. 43546/02)

PRESUDA

STRASBOURG

22. siječnja 2008. godine

U predmetu E.B. protiv Francuske,

Europski sud za ljudska prava, zasjedajući kao Veliko vijeće u sastavu:

Christos Rozakis, *predsjednik*

Jean-Paul Costa,

Nicolas Bratza,

Boštjan Zupančič,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Loukis Loucaides,

Ireneu Cabral Barreto,

Riza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Elisabeth Steiner,

Elisabet Fura-Sandström,

Egbert Myjer,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Sverre Erik Jebens, *suci/sutkinje*

i Michael O’Boyle, *zamjenik tajnika*

Nakon vijećanja zatvorenog za javnost 14. ožujka 2007. i 28. studenog 2007.,

donosi slijedeću presudu, koja je usvojena potonjeg datuma:

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

7. Podnositeljica zahtjeva rođena je 1961. i živi u Lons-le-Saunieru.

8. Od 1985. radi kao odgojiteljica u vrtiću, a od 1990. je u stabilnoj vezi sa ženom, g-đom R. koja je psihologinja.

9. Dana 26. veljače 1998. podnositeljica zahtjeva je podnijela zahtjev Odjelu za socijalnu skrb Jura kako bi dobila odobrenje za posvojenje djeteta. Željela je istražiti mogućnost međunarodnog posvojenja, posebno u Aziji, južnoj Americi i na Madagaskaru. Pri tome je spomenula svoju seksualnu orijentaciju i odnos sa svojom partnericom g-đom R.

...

17. Pismenom od 26. studenog 1998. godine, podnositeljici zahtjeva je uručena odluka predsjednika vijeća u ime okruga (*département*) kojom se odbija odobrenje za posvojenje. Između ostalih, navedeni su slijedeći razlozi:

“...pri razmatranju bilo kojeg zahtjeva za odobrenje za posvojenje moram voditi računa isključivo o interesima djeteta i osigurati postojanje svih relevantnih mjera zaštite. Vaš plan za posvojenjem otkriva nedostatak očinskog ili sličnog uzora koji je u stanju poticati dobro prilagođen razvoj posvojenog djeteta.

Uz to, uloga koju bi Vaša partnerica imala u životu djeteta nije dovoljno jasna: iako se čini da se ona ne protivi Vašem planu, ne čini se niti da je uključena u njega, što bi otežalo djetetu da pronađe svoje mjesto.

Prema tome, sve navedene činjenice ne ukazuju na to da će posvojenom djetetu biti osiguran zadovoljavajuće strukturirani obiteljski okvir u kojem bi se razvijalo ...“

18. Dana 20. siječnja 1999. podnositeljica zahtjeva je zatražila od predsjednika vijeća okruga da ponovno razmotri odluku kojom joj se odbija odobrenje za posvojenjem.

(...)

20. Dana 17. ožujka 1999. predsjednik vijeća okruga Jura potvrdio je odbijanje zahtjeva za odobrenjem.

21. Dana 13. svibnja 1999. podnositeljica zahtjeva obratila se Upravnom sudu u Besançonu tražeći poništenje upravnih odluka od 26. studenog 1998. i 17. ožujka 1999.

(...)

22. Presudom od 24. veljače 2000. Upravni sud je poništio odluke od 26. studenog 1998. i 19. ožujka 1999. i odlučio kako slijedi:

“... predsjednik vijeća za okrug Jura temeljio je svoju odluku kako na nedostatku očinskog ili sličnog uzora koji bi bio u stanju poticati dobro prilagođen razvoj posvojenog djeteta, tako i na ulozi koju bi [njena] partnerica zauzela u životu djeteta. Navedeni razlozi sami po sebi ne opravdavaju odbijanje odobrenja za posvojenje. Dokumenti iz spisa predmeta pokazuju da g-đa B., koja posjeduje nesporne osobne kvalitete i podobnost za odgoj djece, čije je zanimanje odgojiteljica u vrtiću te je dobro integrirana u društvenu okolinu, pruža dostatna jamstva – iz obiteljske, odgojne i psihološke perspektive – da bi pružila posvojenom

djetetu odgovarajući dom. ... U okolnostima ovog predmeta, g-đa. B. opravdano zahtijeva poništenje odluka o odbijanju odobrenja za posvojenje...”

23. Okrug Jura podnio je žalbu. ...

24. [Upravni] sud [za žalbe] ustanovio je da su “razlozi za odluke od 26. studenog 1998. i 17. ožujka 1999., koje su donesen po zahtjevu za preispitivanje odluke predsjednika vijeća za okrug Jura, kojima se g-đi B. odbija zahtjev za odobrenje posvojenja, nedostatak “identifikacijskih obilježja” s obzirom na nedostatak očinskog ili sličnog uzora te podvojenost u smislu predanosti svake članice domaćinstva posvojenom djetetu. Iz dokumentacije priložene spisima predmeta, a naročito iz dokaza izvedenih za razmatranja zahtjeva g-đe B., uz poštovanje njezinog životnog stila i usprkos nedvojbenim osobnim kvalitetama i podobnosti za odgoj djece, razvidno je da ona nije pružila neophodna jamstva – iz obiteljske, odgojne i psihološke perspektive – za posvojenje djeteta....;

... suprotno navodima g-đe B., predsjednik vijeća za okrug nije odbio odobrenje na temelju načelnog stava prema njezinom izboru životnog stila. Stoga, i u svakom slučaju, podnositeljica zahtjeva neosnovano tvrdi da se radi o kršenju ... zahtjeva iz članaka 8 i 14 Konvencije...”

25. Podnositeljica zahtjeva je podnijela zahtjev za izvanredno preispitivanje zakonitosti. Dana 5. lipnja 2002., Državo vijeće (*Conseil d'Etat*) odbilo je njezin zahtjev, navodeći slijedeće razloge u presudi:

“... Što se tiče temelja za odbijanje odobrenja g-đi B.:

...

Kao prvo, činjenica da je zahtjev za odobrenje za posvojenje djeteta predala samkinja, što je dozvoljeno člankom 343 stavkom 1 Građanskog zakonika, ne sprečava upravnu vlast da, u smislu odgoja djeteta i psiholoških faktora koji potiču razvoj djetetove osobnosti, utvrđuje da li potencijalni/a posvojitelj/ica može pružiti – u svom krugu

obitelji i prijatelja – očinski ili “slični uzor” kada je zahtjev podnijela žena ...: niti, kada je samkinja/samac koja/i želi posvojiti u stabilnoj vezi s drugom osobom, od koje će se neizbježno očekivati da doprinosi pružanju odgovarajućeg doma djetetu u svrhu gore navedenih odredbi, niti ta činjenica sprečava vlast da utvrđuje – čak i ako odnos o kome se radi nije zakonski obvezujući – da li je ponašanje ili osobnost treće osobe, uzimajući u obzir objektivna mjerila, pogodno za pružanje odgovarajućeg doma. Prema tome, Žalbeni upravni sud nije pogrešno primijenio zakon smatrajući da su dvije osnove po kojima je zahtjev g-đe B., kao samkinje, odbijen – naime, “nepostojanje identifikacijskih obilježja s obzirom na nedostatak očinskog ili sličnog uzora” i “podvojenosti u smislu predanosti svakog člana domaćinstva posvojenom djetetu” – bile dostatne da bi se, sukladno gore navedenim odredbama odluke od 1. rujna 1998. godine, opravdalo odbijanje odobrenja;

Drugo, vezano za tvrdnju G-đe [B.] da se Žalbeni upravni sud, pozivajući se na njezin “životni stil” kako bi opravdao odbijanje odobrenja za posvojenje implicitno, pozvao na njezinu seksualnu orijentaciju, iz dokumentacije predložene sudu vidljiva je činjenica da je G-đa. [B.] u vrijeme razmatranja njenog zahtjeva bila u stabilnom homoseksualnom odnosu. S obzirom da se taj odnos morao uzeti u razmatranje u kontekstu potreba i interesa posvojenog djeteta, sud svoju odluku nije temeljio na načelnom stavu u smislu seksualne orijentacije podnositeljice zahtjeva niti je prekršio kombinirane zahtjeve iz članaka 8 i 14 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda; niti je prekršio odredbe članka L. 225-2 Kaznenog zakona koji zabranjuje spolnu diskriminaciju;

Kao treće, ocjenjujući da g-đa [B.] “uz poštovanje njenog životnog stila i usprkos nespornim osobnim kvalitetama i podobnosti za odgoj djece, nije pružila neophodna jamstva – iz obiteljske, odgojne i psihološke perspektive – za posvojenje djeteta”, Žalbeni upravni sud, koji nije previdio elemente predmeta koji idu u korist podnositeljici zahtjeva, nije preinačio sadržaj predmeta;

Iz navedenog proizlazi kako g-đa [B.] neosnovano traži ukidanje gore navedene presude koja sadrži valjane razloge...”.

...

PRAVO

32. Podnositeljica zahtjeva tvrdi da je pretrpjela diskriminatorsni tretman koji se zasniva na njevoj seksualnoj orijentaciji i koji je utjecao na njeno pravo na poštovanje privatnog života. Pozvala se na članak 14 Konvencije u vezi s člankom . koji propisuju:

Članak 8

“1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog 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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

Članak 14

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.”

I. DOPUŠTENOST

...

B. Ocjena suda

41. Sud, uočavajući da je podnositeljica zahtjeva temeljila svoj zahtjev na članku 14. u vezi sa člankom 8. Konvencije, na početku ponavlja da odredbe članka 8. ne jamče niti pravo na zasnivanje obitelji niti pravo na posvojenje (vidjeti *Fretté*, gore citirano, stavak 32).

....

43. Sud je, međutim, prethodno zaključio da je pojam “privatnog života” u smislu članka 8 Konvencije široki koncept koji uključuje, između ostaloga, pravo na zasnivanje i razvoj odnosa s drugim ljudskim bićima (vidjeti *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. prosinca 1992., Serija A, br. 251-B, str. 33, stavak 29.), pravo na “osobni razvoj” (vidjeti *Bensaid protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 44599/98, stavak 47, ECHR 2001-I) ili pravo na samoodređenje kao takvo (vidjeti *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 2346/02, stavak 61, ECHR 2002-III). On obuhvaća elemente kao što su imena (vidjeti *Burghartz protiv Švicarske*, presuda od 22. veljače 1994., Serija A, br. 280-B, str. 28, stavak 24.), rodnu identifikaciju, seksualnu orijentaciju i seksualni život, koji spadaju u privatnu sferu zaštićenu člankom 8 (vidjeti na primjer *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 22. listopada 1981., Serija A, br. 45, str. 18-19, stavak 41, i *Laskey, Jaggard i Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 19. veljače 1997., *Izveštaji o presudama i odlukama* 1997-I, str. 131, stavak 36) i pravo na poštivanje kako odluke da se ima, tako i odluke da se nema djece (vidjeti *Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 6339/05, stavak 71, ECHR 2007-...).

44. Kao što je poznato, u ovom slučaju, predmet postupka nije posvojenje djeteta kao takvo već zahtjev za odobrenje posvojenja. Prema tome, predmet otvara pitanje postupka dobivanja odobrenja za posvojenje, a ne pitanje posvojenja samog po sebi. Iako stranke ne osporavaju da je odobrenje, u praksi, preduvjet za posvojenje djeteta.

45. Također valja istaknuti kako je podnositeljica zahtjeva tvrdila da je bila diskriminirana na osnovi iskazane homoseksualnosti što je dovelo do kršenja odredbi iz članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

46. Na Sudu dakle nije da presudi o tome je li pravo na posvojenje ... i treba ili ne treba spadati u okvir članka 8 Konvencije razmatranog samostalno.

47. Vezano za članak 14, o kojem se radi u ovom predmetu, Sud ponovno naglašava kako on samo upotpunjava druge temeljne odredbe Konvencije i dodatnih Protokola. On ne stoji samostalno budući da ima učinak isključivo u odnosu na “uživanje prava i sloboda” koje su zajamčene tim odredbama (vidjeti, između ostalih izvora, *Sahin protiv Njemačke* [GC], br. 30943/96, stavak 85, ECHR 2003-VIII). Primjena članka 14 nužno ne pretpostavlja kršenje jednog od temeljnih prava koja su zaštićena Konvencijom. Za činjenično stanje predmeta je potrebno, ali i dovoljno, da budu “u okviru” jednog ili više članaka Konvencije (vidjeti *Abdulaziz, Cabales i Balkandali*, citirano gore, stavak 71; *Karlheinz Schmidt protiv Njemačke*, presuda od 18. siječnja 1994., Serija A, br. 291-B, stavak 22; i *Petrovic protiv Austrije*, presuda od 27. ožujka 1998., *Izvještaji* 1998-II, stavak 22).

48. Zabrana diskriminacije sadržana u članku 14 proteže se šire od uživanja prava i sloboda koje Konvencija i dodatni Protokoli zahtijevaju od svake države da ih osigura. Primjenjuje se i na dodatna prava koja spadaju u opći okvir svakog članka Konvencije, koje je država samoinicijativno odlučila pružiti. ...

49. Ovaj predmet se ne odnosi na posvojenje od strane para ili istospolne/og partnera/ice biološkog roditelja, nego isključivo na posvojenje od strane samkinje/samca. Dok članak 8 Konvencije ne spominje to pitanje, Sud ističe kako francusko zakonodavstvo izričito jamči samkinjama/samcima pravo na traženje odobrenja za posvojenje i u skladu s tim propisuje proceduru. Sukladno tome, Sud nalazi da činjenično stanje ovog predmeta nedvojbeno spada u opseg članka 8 Konvencije. Posljedično, država koja je u uspostavljanju tog prava djelovala šire od svojih obaveza prema članku 8 – koja je mogućnost dana člankom 53 Konvencije – u primjeni toga prava ne može poduzimati diskriminatorne mjere u smislu članka 14 (vidjeti *mutatis mutandis*, predmet “*Povodom nekih aspekata zakona o upotrebi jezika u obrazovanju u Belgiji*”, gore citirano).

50. U ovom predmetu podnositeljica zahtjeva je navela kako je u ostvarivanju svojih prava prema domaćem zakonodavstvu bila diskriminirana na temelju seksualne orijentacije. Potonje je pojam koji obuhvaća članak 14 Konvencije (vidjeti *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, br. 33290/96, stavak 28, ECHR 1999-IX). Sud također ukazuje kako se u predmetu *Fretté protiv Francuske* (gore citirano), na koji se stranke direktno pozivaju, podnositelj zahtjeva žalio da je odbijanje njegovog zahtjeva za odobrenje posvojenja implicitno bilo utemeljeno samo na njegovoj seksualnoj orijentaciji. Vijeće je utvrdilo da je primjenjiv članak 14 Konvencije u vezi s člankom 8 (stavak 33)

51. Prema tome, članak 14 Konvencije u vezi s člankom 8 je primjenjiv u ovom predmetu.

...

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 14 KONVENCIJE U VEZI SA ČLANKOM 8

...

B. Ocjena suda

70. Sud opaža da je u presudi *Fretté protiv Francuske* (gore citirana) Vijeće utvrdilo da su odluke o odbijanju zahtjeva za odobrenje posvojenja imale legitimni cilj, tj. zaštitu zdravlja i prava djeteta koje bi moglo biti uključeno u postupak posvojenja (stavak 38). Na pitanje je li razlika u postupanju bila opravdana, a nakon ocjene da pravni sustavi država ugovornica nemaju zajedničko stajalište, Vijeće je utvrdilo potpuno prirodnim da nacionalne vlasti trebaju imati široke diskrecijske ovlasti kada odlučuju o ovakvim predmetima, a što je podložno kontroli Suda (stavak 41). Imajući u vidu konkurentne interese podnositeljice zahtjeva i djece podobne za posvojenje kao i prioritet najboljih interesa potonjih, zapaženo je da je znanstvena zajednica podijeljena oko

mogućih posljedica po dijete koje usvaja jedan ili više homoseksualnih roditelja, tako da postoje velike razlike između nacionalnog i međunarodnog stajališta, te da nema dovoljno djece za posvojenje da bi se zadovoljile potrebe (stavak 42). Vodeći računa o širokoj diskrecijskoj ovlasti koja se u ovoj oblasti ostavlja državama, te o potrebi zaštite najboljeg interesa djece u pravcu postizanja željene ravnoteže, Vijeće je smatralo da odbijanje odobrenja za posvojenje nije ugrozilo princip razmjernosti te se stoga opravdanje koje je Vlada pružila smatra objektivnim i razumnim, a različito postupanje nije bilo diskriminatorno u smislu članka 14 Konvencije (stavci 42 i 43).

71. Sud ističe da se ovaj predmet također odnosi na pitanje kako riješiti zahtjev za odobrenje posvojenja kada je podnositelj/ica homoseksualna/i samkinja/samac; u brojnim aspektima ono se ipak razlikuje od gore citiranog predmeta *Fretté*. Sud posebno ističe da dok je u oba predmeta prisutna osnova nepostojanja projekcije uzora drugog spola, domaće upravne vlasti se nisu – barem direktno – pozvale na “izbor stila života” gđe E.B. (vidjeti *Fretté*, gore citirano, stavak 32). Nadalje, vlasti navode kvalitete podnositeljice zahtjeva, njen emocionalni kapacitet i kapacitet za odgoj djeteta, za razliku od predmeta *Fretté*, gdje se za podnositelja zahtjeva smatralo da ima problema u suočavanju sa praktičnim posljedicama preokreta zbog dolaska djeteta (stavci 28 i 29). Štoviše, u ovom predmetu su domaće vlasti vodile računa o ponašanju partnerice gđe E.B., za koju je ova navela da se s njom nalazi u stabilnoj i stalnoj vezi, što je faktor koji se ne pojavljuje u zahtjevu koji je podnio g-din *Fretté*.

72. U ovom predmetu, Sud opaža da su domaće upravne vlasti, a potom i sudovi koji su razmatrali žalbu podnositeljice zahtjeva, zasnovali svoje odluke o odbijanju zahtjeva za odobrenje posvojenja na dvije ključne osnove.

73. U vezi s osnovom na koju se domaće vlasti pozivaju, a koja se odnosi na nedostatak očinskog ili majčinskog uzora u domaćinstvu osobe koja traži odobrenje za posvojenje, Sud nalazi da to, samo po sebi, neminovno ne otvara problem. Međutim, u okolnostima ovog predmeta dozvoljeno je ispitati utemeljenost takvih razloga čiji je konačni ishod

zahtjev prema podnositeljici zahtjeva da osigura prisutnost uzora suprotnog spola iz najužeg kruga njene obitelji ili prijatelja, čime se riskira tumačenje neefikasnim prava samca/samkinje da traži odobrenje. Upravo to je ovdje ključno jer se predmet ne tiče zahtjeva za odobrenje posvojenja koji je podnio bračni ili vanbračni par, već samkinja. Prema stajalištu Suda, ova osnova je stoga mogla voditi k arbitrarnom odbijanju i ujedno služiti kao izgovor za odbacivanje zahtjeva podnositeljice zahtjeva na osnovu njene homoseksualnosti.

74. Osim toga, Sud opaža da Vlada, na kojoj leži teret dokazivanja (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Karner protiv Austrije*, broj 40016/98, stavci 41-42, ECHR 2003IX), nije mogla predložiti statističke podatke o učestalosti korištenja te osnove u skladu s – utvrđenom ili poznatom – seksualnom orijentacijom osoba koje podnose zahtjev za posvojenje, što samostalno može dati točnu sliku upravne prakse i potvrditi nepostojanje diskriminacije u slučaju odlučivanja po toj osnovi.

75. Prema stajalištu Suda, druga osnova na koju se pozivaju domaće vlasti, utemeljena na stavu partnerice podnositeljice zahtjeva, zahtijeva drugačiji pristup. Iako je trajna i potvrđena partnerica podnositeljice zahtjeva, g-đa R., ona nije iskazivala predanost u odnosu na partneričin zahtjev za posvojenje. Vlasti, koje na ovo stalno ukazuju – direktno i dajući razloge – zaključuju da podnositeljica zahtjeva nije pružila neophodna jamstva za posvojenje djeteta.

76. Prvo treba istaći da, suprotno od navoda podnositeljice zahtjeva, pitanje stava njezine partnerice, za koju navodi da se nalaze u stabilnoj i trajnoj vezi, nije bez značaja za odluku o njenom zahtjevu. Vlasti imaju legitimitet pri utvrđivanju postojanja svih jamstava prije nego se dijete dovede u obitelj. Prema tome, kada su podnositelj/ica zahtjeva muškarac ili žena, iako nisu u braku, već formirali dom s partnerom/partnericom, stav te/tog partnera/ice 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. Štoviše, bilo bi u najmanju ruku iznenađujuće ukoliko bi se nadležne vlasti, znajući za postojanje *de facto* para, ponašale kao da ne znaju za tu činjenicu pri ocjenjivanju uvjeta u kojima se djetetu osigurava dom i budući život u tom

novom domu. Pravni status osobe koja nastoji posvojiti nije u opreci s ispitivanjem njene faktične situacije i utvrđenjem da u domaćinstvu postoji ne jedna, već dvije odrasle osobe.

77. Sud, nadalje ističe da članak 4 Ukaza od 1. rujna 1998. godine (vidjeti gore stavak 28) zahtijeva da se predsjednik vijeća nadležnog okruga uvjeri da uvjeti pod kojima podnositelj/ica zahtjeva predlaže osiguravanje doma djetetu, zadovoljavaju potrebe posvojenog djeteta iz obiteljske, odgojne i psihološke perspektive. Značaj ovih jamstava - koja vlastima moraju biti zadovoljavajuća prije nego što daju odobrenje za posvojenje djeteta – se također može vidjeti u relevantnim međunarodnim instrumentima i to u Konvenciji o pravima djeteta Ujedinjenih naroda od 20. studenog 1989. godine, Haškoj Konvenciji od 29. svibnja 1993. godine ili u nacrtu Europske Konvencije o posvojenju djece (vidjeti gore stavke 29-31).

78. Prema stajalištu Suda, nema dokaza za tvrdnju da se ova osnova temelji na seksualnoj orijentaciji podnositeljice zahtjeva. Suprotno tome, Sud smatra da je ta osnova, koja ni na koji način nije povezana s ikakvim razmatranjem u smislu seksualne orijentacije podnositeljice zahtjeva, utemeljena na jednostavnoj analizi poznate, *de facto* situacije i njenim posljedicama po posvojenje djeteta.

79. Stoga, za podnositeljicu zahtjeva se ne može smatrati da je bila diskriminirana na osnovu svoje seksualne orijentacije.

80. Bez obzira na sve, ove dvije glavne osnove čine dio sveobuhvatne ocjene situacije podnositeljice zahtjeva. Iz tog razloga, Sud smatra da ih se ne treba sagledavati pojedinačno, već kumulativno. Stoga, nelegitimnost jedne od osnova ima za posljedicu nevaljanost odluke.

81. Vezano za upravni dio, Sud navodi da predsjednik vijeća okruga svoju odluku nije isključivo ili primarno temeljio na drugoj osnovi, već na “svim” okolnostima – što su obje osnove – bez mogućnosti ocjene

da je jedna od njih bila dominantna, ili da je neka od njih sama za sebe bila dovoljna za odbijanje odobrenja (vidjeti gore stavak 17).

82. Vezano za sudski dio, Žalbeni upravni sud u Nancyju istaknuo je da se odluka temelji na dvije osnove: nepostojanju očinskog uzora te podvojenosti u smislu predanosti svake članice. Sud je dodao da dokumentacija iz spisa predmeta i zaključci usvojeni nakon razmatranja zahtjeva pokazuju da stil života podnositeljice zahtjeva ne pruža neophodna jamstva za posvojenje djeteta, ali je osporio da je predsjednik vijeća okruga odbio odobrenje za posvojenje na temelju načelnog stava prema izboru stila života podnositeljice zahtjeva, tj. njene homoseksualnosti (vidjeti gore stavak 24).

83. Nadalje, Državno vijeće je smatrao da su obje osnove zbog kojih je odbijen zahtjev podnositeljice zahtjeva za odobrenje posvojenja bile u skladu sa zakonskim odredbama. Isto tako je smatrao da se pozivanje na “stil života” podnositeljice zahtjeva može objasniti dokumentacijom iz spisa predmeta dostavljenih sudovima, a koja pokazuje da je podnositeljica zahtjeva u vrijeme podnošenja zahtjeva bila u trajnoj i stabilnoj homoseksualnoj vezi, ali da se to ne može smatrati odlukom utemeljenom na načelnom stavu prema njenoj seksualnoj orijentaciji ili bilo kakvim oblikom diskriminacije (vidjeti gore stavak 25).

84. Stoga, Sud ističe da su si upravni sudovi u određenoj mjeri dali truda kako bi odlučili da, premda je seksualna orijentacija podnositeljice zahtjeva uzeta u obzir, to nije bila osnova za spornu odluku i nije bila razmatrana iz neprijateljskog načelnog stava.

85. Međutim, prema mišljenju Suda, značajna je činjenica da je homoseksualnost podnositeljice zahtjeva u tolikoj mjeri naglašena u obrazloženjima odluka domaćih vlasti. Pored stajališta o “životnom stilu” podnositeljice zahtjeva, vlasti su povrh svega potvrdile odluku predsjednika vijeća okruga. Sud ističe da je ta odluka donesena u svjetlu mišljenja odbora za posvojenje, čiji su se različiti/e članovi/ice pismeno izjasnili/e uglavnom preporučujući, i navodeći razloge za tu preporuku,

da zahtjev treba odbiti na temelju ta dvije sporne osnove. Sud dalje opaža da način na koji su iskazana određena mišljenja doista otkriva da je homoseksualnost podnositeljice zahtjeva bio odlučujući faktor. Sud posebno ističe da u mišljenju od 12. listopada 1998. psihologinja socijalne službe za djecu, predlaže odbijanje odobrenja, pozivajući se, među ostalim, na “neuobičajen stav [podnositeljice zahtjeva] prema muškarcima, koje odbacuje” (vidjeti gore stavak 13).

86. Sud primjećuje da je u to vrijeme status samkinje podnositeljice zahtjeva bio temelj odbijanja odobrenja za posvojenje, premda je zakonskom odredbom direktno propisano pravo samkinje/samca da traži odobrenje za posvojenje. To potpuno jasno proizlazi iz zaključaka psihologinje koja u svom izvještaju o razgovorima s podnositeljicom zahtjeva, od 28. kolovoza 1998. godine, navodi, direktno se osvrćući na predmet podnositeljice zahtjeva, a ne kao generalni stav – započinjući svoje zapažanje izjavom da ne želi umanjiti samopouzdanje podnositeljice zahtjeva ili insinuirati da će biti štetna po dijete – da “sve studije o roditeljstvu ukazuju da djetetu trebaju oba roditelja” (vidjeti gore stavak 11). Dana 28. listopada 1998. godine, predstavnik odbora za posvojenje iz Obiteljskog vijeća je za dodjelu djece koja su trenutno ili su bila pod državnom skrbi predložio odbijanje odobrenja na osnovu toga da posvojiteljsku obitelj mora činiti “mješoviti par (muškarac i žena)” (vidjeti gore stavak 14).

87. Vezano za sustavno pozivanje na nepostojanje “očinskog uzora”, Sud ne spori potrebu ocjene ove okolnosti već značaj koji ovome daju domaće vlasti u kontekstu posvojenja od strane samkinjee/samca. Činjenica da je ovaj faktor legitimno uzet u obzir, ne znači da u ovom predmetu Sud treba zanemariti prekomjerno pozivanje na njega.

88. Stoga, usprkos oprezu Žalbenog upravnog suda Nancyja i nakon toga Državnog vijeća u opravdavanju pozivanja na “stil života” podnositeljice zahtjeva, neizbježan je zaključak da je njena seksualna orijentacija stalno bila u centru odlučivanja i sveprisutna u svakoj fazi upravnog i sudskog postupka.

89. Sud smatra da je pozivanje na homoseksualnost podnositeljice zahtjeva bilo, ako ne izričito, onda barem prešutno. Utjecaj priznate homoseksualnosti podnositeljice zahtjeva prilikom razmatranja njenog zahtjeva je utvrđen te je, vodeći računa o prethodno navedenom, bio i odlučujući faktor koji je doveo do odbijanja odobrenja za posvojenje (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Salgueiro da Silva Mouta*, gore citirano, stavak 35).

90. Podnositeljica zahtjeva je, stoga, pretrpjela različito postupanje. Mora se voditi računa o cilju koji se krije iza tog različitog postupanja, te ukoliko je cilj bio legitiman, je li to različito postupanje bilo opravdano.

91. Sud ponavlja da je u smislu članka 14, različito postupanje diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, što znači da ne slijedi "legitimni cilj" ili da nema "razumne razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići" (vidjeti, *inter alia*, *Karlheinz Schmidt*, gore citirano, stavak 24; *Petrović*, gore citirano, stavak 30; i *Salgueiro da Silva Mouta*, gore citirano, stavak 29). Tamo gdje je riječ o seksualnoj orijentaciji, postoji potreba za naročito uvjerljivim i važnim razlozima koji bi opravdali različito postupanje u kontekstu prava iz opsega članka 8 (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 33985/96 i 33986/96, stavak 89, ECHR 1999-VI; *Lustig-Prean i Beckett protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 31417/96 i 32377/96, stavak 82, 27. rujan 1999. godine; te *S.L. protiv Austrije*, br. 45330/99, stavak 37, ECHR 2003-I).

92. U vezi s tim Sud navodi da je Konvencija živi instrument, koji se tumači u svjetlu današnjih okolnosti (vidjeti, *inter alia*, *Johnston i Ostali*, gore citirano, stavak 53).

93. Prema mišljenju Suda, ako su razlozi u prilog takvog različitog postupanja utemeljeni jedino na razmatranju seksualne orijentacije podnositeljice zahtjeva, tada to prema Konvenciji predstavlja diskriminaciju (vidjeti *Salgueiro da Silva Mouta*, gore citirana, stavak 36).

94. Sud naglašava da francusko zakonodavstvo dozvoljava samcima da posvoje dijete (vidjeti gore stavak 49), čime nesporno otvara mogućnost homoseksualnoj samkinji za posvojenje. Suprotno pravnoj pozadini domaćih zakonskih odredbi, Sud smatra da se razlozi Vlade ne mogu smatrati naročito uvjerljivima i značajnima da bi se opravdalo odbijanje odobrenja podnositeljici zahtjeva.

95. Na kraju, Sud navodi da relevantne odredbe Građanskog zakonika ne propisuju ništa o nužnosti postojanja uzora suprotnog spola, što u svakom slučaju ne bi ovisilo o seksualnoj orijentaciji samca posvojitelja. Štoviše, u tom slučaju, podnositeljica zahtjeva je, prema presudi Državnog vijeća prezentirala “nesporne osobne kvalitete i podobnost za odgoj djece”, što je nesumnjivo u najboljem interesu djeteta, i ključni pojam relevantnih međunarodnih instrumenata (vidjeti gore stavke 29-31).

96. Imajući u vidu gore navedeno, Sud ne može ne primijetiti da su odbijanjem zahtjeva podnositeljice zahtjeva za odobrenje posvojenja domaće vlasti napravile razliku utemeljenu na razmatranju seksualne orijentacije podnositeljice zahtjeva, koja je prema Konvenciji neprihvatljiva (vidjeti gore citiranu *Salgueiro da Silva Mouta*, stavak 36).

97. Stoga, imajući u vidu utvrđenje iz gore navedenog stavka 80, Sud smatra da sporna odluka nije suglasna s odredbama članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

98. Prema tome, utvrđeno je kršenje članka 14 Konvencije u vezi s člankom 8.

III. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

99. Članak 41 Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarne pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranici.”

A. Naknada štete

....

102. Sud nalazi da je podnositeljica zahtjeva pretrpjela nematerijalnu štetu koja se ne nadoknađuje jedino utvrđenjem povrede članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije. Stoga, odlučujući po principu jednakosti, kao pravednu naknadu Sud joj dodjeljuje iznos od 10.000,00 eura.

B. Troškovi i izdaci

... zahtjev podnositeljice zahtjeva za isplatu iznosa od 14.528,00 eura Sud smatra razumnim, pa joj taj iznos i dodjeljuje.

C. Kamata

106. Sud smatra primjerenim da se zatezna kamata treba temeljiti na najnižoj kamatnoj stopi Europske Centralne Banke, kojoj treba dodati tri postotna boda.

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. *Proglašava* jednoglasno da je zahtjev dopušten;
2. *Presuđuje* s deset prema sedam glasova da je prekršen članak 14 u vezi s člankom 8 Konvencije;
3. *Presuđuje* s jedanaest prema šest glasova

(a) da tužena država treba isplatiti podnositeljici zahtjeva iznos od 10.000,00 eura (deset tisuća) u roku od tri mjeseca na ime naknade nematerijalne štete, te iznos od 14.528,00 eura (četnaest tisuća petstotina dvadesetosam eura) na ime troškova i izdataka, uvećano za iznos poreza koji bi se mogao zaračunati;

(b) da se od proteka naprijed navedena tri mjeseca do namirenja na prethodno spomenute iznose plaća obična kamata prema stopi koja je jednaka najnižoj kreditnoj stopi Europske središnje banke tijekom razdoblja neplaćanja, uvećanoj za tri postotna boda;

4. *Odbija* jednoglasno ostatak zahtjeva podnositeljice zahtjeva za pravednu naknadu.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 22. siječnja 2008. godine.

Michael O'Boyle

Christos Rozakis

zamjenik tajnika

predsjednik

Sukladno članku 45. stavku 2. Konvencije i Pravila 74. stavka 2. Pravila Suda, ovoj presudi se prilažu sljedeća izdvojena mišljenja:

(a) izdvojeno mišljenje suca Coste, kojem se pridružuju suci Türmen, Ugrehelidze i sutkinja Jočienė;

(b) izdvojeno mišljenje suca Zupančiča;

(c) suglasno mišljenje sudaca Lorenzena i Jebensa;

(d) izdvojeno mišljenje suca Loucaidesa;

(e) izdvojeno mišljenje sutkinje Mularoni.

C.L.R.
M.O'B.

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUCA COSTAE, KOME SE PRIDRUŽUJU SUCI TÜRMEŇ, UGREKHELIDZE I SUTKINJA JOČIENĚ

1. U ovakvom predmetu Velikog vijeća (kome je nadležnost ustupljena odlukom Vijeća na osnovu članka 30 Konvencije) očekuje se da će vodeću presudu o “ozbiljnom pitanju” koje ima utjecaj na interpretaciju Konvencije, u ovom slučaju članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

2. Utoliko je Sud zauzeo načelni stav koji, mislim, mogu prihvatiti, no nisam u potpunosti siguran da je u ovom specifičnom predmetu dokazano da je miješanje tužene države suprotno tom stavu ili nekompatibilno s odredbama Konvencije. Pokušat ću objasniti na što mislim.

3. ... [P]oruka koju naš Sud šalje državama članicama je jasna: osoba koja želi posvojiti dijete ne može se spriječiti, samo na osnovu njegove ili njezine homoseksualnosti. ... Suglasan sam.

4. Ako se, međutim, odmaknemo od područja teorije, i usredotočimo se na specifični slučaj podnositeljice zahtjeva ... nisam suglasan. Spisi domaćeg upravnog i sudskog postupka, po mom mišljenju, nedvosmisleno ukazuju da je odobrenje odbijeno ... iz dva razloga ... Kao prvo, ne bi postojao muški ili “očinski” uzor u krugu obitelji i prijatelja g-đe E.B. Drugo, žena s kojom je ona u stabilnoj vezi, u vrijeme podnošenja zahtjeva, nije iskazivala predanost prema partneričinom planu za posvojenje...

5. Prema mom mišljenju, prva od ovih osnova je nezakonita prema francuskom zakonodavstvu, jer ako zakon dozvoljava samkinji/samcu posvojenje, protivno je zakonu od te osobe zahtijevati, bila ona muškarac ili žena, da u krugu obitelji i prijatelja ima pripadnika/cu suprotnog spola koji može biti “uzor” ...

Primjećujem, međutim, da ma koliko nezakonita bila, prvu osnovu ne treba miješati s homofobnom diskriminacijom. Bez obzira da li je g-đa E.B. bila homoseksualka ili nije, vijeće okruga bi joj ipak odbilo odobrenje – ili bi je još uvijek moglo odbiti – na osnovu nepostojanja “uzora” drugog spola. Stoga nije jasno je li čak i to bizarno mišljenje utemeljeno na seksualnoj orijentaciji podnositeljice zahtjeva niti da je to samo za sebe dovoljno da opravda zaključak većine, barem u smislu danih razloga.

6. U svakom slučaju, druga osnova, za mene nije nerazumna ili nerazmjerna. Činjenica je da je g-đa E.B. živjela sa drugom osobom. Bez obzira na spol ili seksualnu orijentaciju te osobe, utvrđeno je i, štoviše, nije ozbiljno osporeno da ta osoba ne podržava namjeru posvajanja. U takvim okolnostima, da je odobrenje izdano i da su građanski sudovi potom g-đi E.B. dozvolili posvojenje, nije za vjerovati da bi jamstva koja se zahtijevaju prema francuskom zakonu ... u najboljem interesu djeteta, bila pružena i svakako nije na Sudu, ako se nije postavio kao četvrta instanca, da odluči drugačije.

7. Prema tome, ovdje se javlja delikatan pravni problem. Je li odlučna prva osnova (za koju sam upravo naveo da nije diskriminatorna, barem kada se radi o seksualnoj orijentaciji podnositeljice zahtjeva)? Je li dovoljna da “kontaminira” spornu upravnu odluku? Nije li realnije smatrati, s obzirom na specifični zahtjev osobe u specifičnoj situaciji, da su vlasti bile ovlaštene ocijeniti sve okolnosti te situacije? ...

8. Prema mom mišljenju, Veliko vijeće je moglo formalno utvrditi da se odbijanje takve vrste ne može temeljiti na homoseksualnosti, a da se ne krše članci 14 i 8, te tako donijeti važnu vodeću presudu, a pri tome odbaciti zahtjev g-đe E.B. jer u ovom predmetu razlog koji ju je onemogućio u dobivanju odobrenja nije bila njena homoseksualnost. ...

9. ... smatram da Francuska nije prekršila Konvenciju.

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUCA ŽUPANČIČA

... [K]ljučno pitanje ovog predmeta je diskriminacija – na temelju seksualne orijentacije podnositeljice zahtjeva – u vezi privilegije posvajanja djeteta. To što je to privilegija je odlučno za razmatranje predmeta; to implicira – a većina je tako prepoznala – da se ne bavimo pravom podnositeljice zahtjeva u smislu članka 8.

Odlučna je razlika između privilegije i prava. Diskriminacija, u smislu nejednakog tretmana, je primjenjiva na situacije koje uključuju prava; neprimjenjiva je na situacije koje se u suštini tiču privilegija. ...

...

Drugim riječima, bilo bi “bizarno” za svakoga da tvrdi da je mogao/la dobiti određenu nagradu, odlikovanje ili privilegiju.

...

U ovom predmetu osnovno pitanje od suštinskog značaja je utvrđivanje je li privilegija posvojenja djeteta predmetom kriterija diskriminacije prema članku 14. ...

Nekonzistentno je stoga smatrati da ovdje postoji bilo kakvo kršenje sve dok Sud ustrajava (opravdano!) na svojoj poziciji prema kojoj mogućnost posvojenja djeteta nedvojbeno nije pravo već, u najboljem slučaju, privilegija. Potom je pitanje koju je vrstu diskrecije upravno tijelo ovlašteno primijeniti kada donosi odluku o privilegiji posvojenja djeteta.

S druge strane, je li moguće zamisliti da Odbor za Nobelovu nagradu bude optužen za diskriminaciju jer Nobelovu nagradu nije nikada dodijelio znanstvenicima/cama određene rase ili nacionalnosti? Takva bi tvrdnja, naravno, zahtijevala statističku potvrdu. Statistički pokazatelji su vrlo rasprostranjeni u diskriminaciji pri zapošljavanju i sličnim predmetima. Drugim riječima, ukoliko bi u ovakvoj određenoj situaciji Europski sud za ljudska prava mogao utvrditi da francuske upravne vlasti sustavno diskriminiraju lezbijke koje žele posvojiti dijete, situacija bi bila mnogo jasnija.

No, mi se ovdje bavimo individualnim predmetom u kome se diskriminacija navodi samo na osnovu jednog događaja. Kao što sam istaknuo, to ne dozvoljava Sudu da zaključi da u Francuskoj postoji opći diskriminatorni stav protiv homoseksualnih osoba koje žele posvojiti dijete. U ovom predmetu, pitanje sustavne diskriminacije nije istraženo, niti bi čak bilo moguće prihvatiti statistički dokaz u prilog navoda o diskriminaciji. Kada bi to bilo moguće, postupanje u predmetu bilo bi sasvim drugačije od onoga s kojim se sada suočavamo.

Je li, prema tome, Sud dužan ekstrapolirati konzistentan način obrazlaganja od svoje početne pozicije, prema kojoj privilegija posvojenja djeteta, u svakom slučaju, nije pravo.

U istom smislu, posebno je pitanje je li postupak okončan negativnom odlukom za lezbijku bio takav da dokazuje diskriminaciju. Ovo pitanje izgleda predstavlja razliku na kojoj se zasnivaju razlozi većine.

Pitanje koje se izdvaja od takvih razloga je da li postupak – čak i kada se daje privilegija, a ne pravo – treba biti bez diskriminacije. Možda se u smislu upravnog prava, razlika nalazi između odluke koja je legitimno u nadležnosti upravnih tijela i njihove legitimne diskrecije s jedne strane, te odluke koja spada u područje arbitrarnog odlučivanja.

Odluka je arbitrarna kada se ne zasniva na osnovanim razlozima (materijalni aspekt), te na osnovanom odlučivanju (procesni aspekt), već se donosi na osnovu predrasude, u ovom slučaju predrasude prema homoseksualnim osobama. Uvriježeno je u pravnoj teoriji 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 diskriminatoran protiv te određene homoseksualne žene, no tada se postavlja pitanje da li je takva vrsta diskriminatornog postupka svejedno suglasna s legitimnom diskrecijom koju je primijenilo upravno tijelo.

Bojim se da je u većini slučajeva upravo ovakva vrsta “kontaminacije” suštine postupkom prijeporno pitanje. Ovdje se ne mogu na tome zadržavati... ali se pitanje može ovako postaviti. Ako davanje privilegija nije stvar prava, nije li tada istina da je davatelj privilegije ovlašten – *argumento a majori ad minus* – ne samo na diskreciju, već i na diskriminaciju u smislu suštine i postupka? Kratki odgovor na ovo je da u javnoj sferi – suprotno od čisto privatne sfere priznanja, nagrada i slično – postoje određene privilegije koje su prikladne da postanu

prava, kao što je posvojenje djeteta, biti u krugu kandidata/kinja za javnu funkciju, itd. Svakako, utoliko što je taj proces da privilegija potencijalno “postaje pravo” pod utjecajem arbitrarnosti, predrasuda i lakomislenosti, logika diskriminacije treba se primijeniti.

Ostalo je pitanje činjenica. Kao i sudac Loucaides, ne pridružujem se teoriji kontaminacije koju je većina podržala.

Postoji jedno konačno razmatranje. Treća strana, čiji interesi apsolutno trebaju prevagnuti u ovakvom postupku, je dijete čiji se budući najbolji interesi štite. Kada se sukobe apsolutna prava djeteta, blijede sva druga prava i privilegije. Ako u pitanjima starateljstva podržavamo da je najbolji interes djeteta ono što treba biti iznad svega – a ne prava bioloških roditelja – koliko više snage takva tvrdnja nosi u predmetima kao što je ovaj, gdje je riječ o privilegiji potencijalne/og posvojitelja/ice?

SUGLASNO MIŠLJENJE SUDACA LORENZENA i JEBENSA

S većinom smo glasali za utvrđivanje kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije, a također se u velikoj mjeri možemo suglasiti s razlozima presude koji vode tom zaključku. Međutim, željeli bismo pojasniti naše glasanje, kako slijedi.

U ovom predmetu odbijajući odobrenje za posvojenje domaće vlasti pozvale su se na dvije osnove koje su u žalbenom postupku francuski sudovi prihvatili kao legitimne: prva, nepostojanje očinskog uzora u domaćinstvu podnositeljice zahtjeva i druga, indiferentni stav partnerice podnositeljice zahtjeva. Potpuno smo suglasni s obrazloženjem presude ... da je druga osnova bila relevantni faktor koji se treba uzeti u obzir pri odlučivanju o zahtjevu. U pogledu prve osnove, ne smatramo je irelevantnom ili diskriminatornom samu po sebi u predmetima gdje je zahtjev za posvojenje podnio/jela samac/samkinja. Međutim, to je moguće ukoliko se upotrijebi u kombinaciji s direktnim ili indirektnim

pozivanjem na seksualnu orijentaciju podnositelja/ice zahtjeva. U tom smislu, opet se slažemo s većinom da unatoč nastojanju domaćih sudova da objasne što se mislilo ili nije mislilo pozivom na “stil života” podnositeljice zahtjeva, nije moguće zaključiti da njena seksualna orijentacija nije bila od stvarnog značaja za tu osnovu. Odbijanje odobrenja je prema tome bilo utemeljeno na zakonitoj osnovi dok je druga, prema okolnostima predmeta, bila nezakonita, i time diskriminatorna u smislu Konvencije.

...

U smislu više proceduralnog karaktera kršenja, utvrđenje kršenja ili manju novčanu naknadu smatrali bismo zadovoljavajuće pravednom naknadom u pogledu bilo kakve nematerijalne štete koju je podnositeljica zahtjeva pretrpjela, no nismo našli neophodnim da glasamo suprotno.

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUCA LOUCAIDESA

Nisam suglasan s većinom u ovom predmetu. Smatram da je odluka domaćih vlasti da odbiju zahtjev podnositeljice zahtjeva za izdavanje odobrenja za posvojenje djeteta bila legitimna i unutar diskrecijskih ovlasti.

Odluka domaćih vlasti se temelji na dvije glavne osnove.

Prva, “izostanak ‘identifikacijskih obilježja’ s obzirom na nedostatak očinskog ili sličnog uzora” i druga, “podvojenost u smislu predanosti posvojenom djetetu svake članice domaćinstva”. U vezi s prvom osnovom, suglasan sam sa većinom da je ona u nesuglasju s učinkovitim pravom samca/samkinje da traži odobrenje za posvojenje, što je pravo koje je priznato u francuskom zakonodavstvu, pa je stoga treba odbaciti kao neprimjenjivu u ovom predmetu.

Drugu osnovu predstavlja stav g-đe R., partnerice podnositeljice zahtjeva, koja bez obzira na činjenicu što je njena trajna i potvrđena partnerica, nije predana zahtjevu podnositeljice zahtjeva za posvojenje. Ta osnova, sama po sebi, mogla bi opravdati odluku domaćih vlasti.

Većina ovo nije suštinski osporila. No, ono što većina nalazi nepravilnim je činjenica, kako navode, da “nelegitimnost jedne od osnova ima za posljedicu nevaljanost odluke u cijelosti.”

Osobno, ne prihvaćam takvu teoriju kontaminacije ... iz jednostavnog razloga što je svaka od osnova koja je dovela do odluke bila zasebna i autonomna i njena efektivnost ne ovisi niti je vezana za drugu osnovu. Kao prvo, ukoliko su domaće vlasti smatrale da obje osnove treba zajedno primijeniti, onda bi tako to i navele. Drugo, ukoliko je ... seksualna orijentacija podnositeljice zahtjeva, navodno implicitno navedena u razlozima jedne od osnova, bila stvarna osnova odbijanja odobrenja, ne vidim zašto su vlasti morale navoditi drugu osnovu.

S obzirom da razmatramo odluke francuskih upravnih vlasti, mogao bih dodati i to da je osnovni princip francuskog upravnog prava to da ako se upravna odluka temelji na više osnova, dovoljno je da je jedna od njih zakonski prihvatljiva da bi odluka bila valjana.

U svakom slučaju, nalazim da su razlozi domaćih vlasti u cjelini bili u suglasnosti s Konvencijom.

Tijela vlasti se nisu pozivala na seksualnu orijentaciju podnositeljice zahtjeva kao razlog odbijanja. No, suprotno mom stajalištu, većina nalazi da je “pozivanje na homoseksualnost podnositeljice zahtjeva bilo ako ne eksplicitno, tada implicitno”, te da “je utvrđen utjecaj priznate homoseksualnosti podnositeljice zahtjeva na razmatranje zahtjeva i ... bio odlučan faktor za odluku o odbijanju odobrenja za posvojenje”. Čitajući presudu većine čini mi se da je prisutno stalno nastojanje da se odluke domaćih vlasti interpretiraju kao utemeljene na seksualnoj orijentaciji podnositeljice zahtjeva, iako ništa u tom smislu nije rečeno, a vlasti su u više navrata učinile jasnim da odbijanje odobrenja nije zasnovano na “načelnom stavu o njenom izboru „stila života”, niti u svjetlu seksualne orijentacije podnositeljice zahtjeva”.

Kako bilo, čak i ako je seksualna orijentacija podnositeljice zahtjeva bila faktor odbijanja odobrenja za posvojenje, smatram da se za to odbijanje ne može reći da je suprotno članku 8 u vezi sa člankom 14 Konvencije, kada se vodi računa o svim relevantnim okolnostima te značenju i učinku tog faktora u vezi s pitanjem o kome se moralo odlučiti.

Točno je da članak 14 Konvencije zabranjuje diskriminaciju u ostvarivanju prava propisanih Konvencijom po bilo kojoj osnovi, kao što su

spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnim manjinama, imovina, rođenje ili drugi status. Svakako, seksualna orijentacija je različita od spola, no čak uz pretpostavku da je ona sadržana u konceptu pojma "status" (za što smatram da nije ispravno), moram ovo pojasniti, jer je prema mom mišljenju neophodno u smislu ovog predmeta. Moguće su situacije gdje je neophodan drugačiji tretman na osnovi spola, vjere itd. ili drugog statusa, ukoliko su posljedice određenog statusa od utjecaja na pitanje koje se razmatra. ...

[U] ovom predmetu, odlučujući što je u najboljem interesu za dijete koje bi se posvojilo, nalazim da domaće vlasti mogu zakonito uzeti u obzir seksualnu orijentaciju i stil života podnositeljice zahtjeva kao što se postupilo u konkretnim okolnostima predmeta, tj. činjenicu da podnositeljica zahtjeva živi u zajednici s istospolnom partnericom. Mogu dodati da – temeljem pristupa većine koja dvije osnove koje su vlasti navele razmatra kao jednu – partnerica čak nije ni zainteresirana da sudjeluje u namjeri posvajanja.

Uvjeren sam da se erotski odnos sa svojim neminovnim manifestacijama i ponašanje partnera jednog prema drugom u domu može legitimno cijeliti kao negativni faktor u okruženju u kojem se očekuje da će posvojeno dijete živjeti. Zaista, u ovakvim okolnostima postojao je realni rizik da će se model i slika obitelji u kontekstu u kojem bi dijete trebalo živjeti i razvijati svoju osobnost iskriviti. Takva situacija se suštinski razlikuje od one u kojoj homoseksualni/a podnositelj/ica zahtjeva ne živi sa svojim/om partnerom ili partnericom. U ovom drugom slučaju, ja bih osobno ovom pitanju najvjerojatnije pristupio na drugačiji način.

Čvrsto sam uvjeren da se nitko ne može pozivati na svoju vjeru, spol ili bilo koji drugi status uzdajući se u zabranu diskriminacije kao osnove za izuzeće od diskvalifikacije u odnosu na određene aktivnosti u smislu negativnih posljedica koje takav status može imati u vezi s nekom određenom stvari.

Homoseksualne osobe, kao i bilo koje druge, imaju pravo biti to što jesu i ne biti meta diskriminacije ili kakvog drugog negativnog tretmana zbog njihove seksualne orijentacije. Međutim, kao i svaka druga osoba s izvjesnim osobitostima, moraju prihvatiti da se ne mogu kvalificirati za izvjesne aktivnosti koje su po prirodi stvari i pod određenim okolnostima nespojive s njihovim stilom života ili osobitošću.

Stoga – postupanje pod pretpostavkom koju je prihvatila većina da

je seksualna orijentacija podnositeljice zahtjeva jedan od razloga koji su imali utjecaj na cjelokupnu odluku o odbijanju odobrenja – nalazim da u svjetlu posebnih činjenica i okolnosti predmeta, legitimitet odbijanja u ovom predmetu ni u kom slučaju nije upitan. Vjerujem da je postojao razuman odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja kome se težilo.

Zaključno i uzgred moram zabilježiti da ova presuda ruši presudu *Fretté protiv Francuske* (br. 36515/97). Nastojanja da se ovaj predmet razluči od predmeta *Fretté* su po mom mišljenju neuspješna i nepotrebna dokle god je u oba predmeta centralno pitanje isto, obzirom na način pristupa većine.

Sukladno tome, mišljenja sam da u ovom predmetu nije došlo do kršenja.

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUTKINJE MULARONI

Ne dijelim mišljenje većine u ovom predmetu.

U POGLEDU DOPUŠTENOSTI

U pogledu dopuštenosti zahtjeva nalazim važnim direktno naglasiti da zahtjev smatram dopuštenim, ali iz razloga drugačijih od razloga koje su naveli/e moji/e kolege/ice.

U stavku 43 presude Sud ponavlja da je pojam privatnog života, koji obuhvaća mnoga prava i mogućnosti, veoma širok. Interpretacija članka 8 u velikoj se mjeri proširila. Vrlo nedavno, u dva zahtjeva koja se tiču tehnika umjetne oplodnje, Sud je izričito naveo da ta odredba štiti pravo na poštivanje kako “odluke” da se ima tako i “odluke” da se nema djece (vidjeti *Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 6339/05, stavak 71, ECHR 2007-..., i *Dickson protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 44362/04, stavak 66, ECHR 2007...).

Kao što je poznato, oba se predmeta tiču odluke da se ima “biološko” dijete. Međutim, ne mogu zaboraviti da je vjekovima posvojenje, vrlo stara procedura poznata u skoro svim zemljama svijeta, bilo jedino sredstvo kojim parovi koji ne mogu začeti mogu osnovati obitelj s djecom. Iako je nesporno da članak 8 ne jamči pravo na osnivanje obitelji, takvo pravo je, međutim, zajamčeno člankom 12 Konvencije. Dok “pravo” na posvojenje ne postoji, u svjetlu naše prakse koja s godinama donosi sve više i više prava i mogućnosti u okviru članka 8, smatram da je došlo vrijeme da Sud prihvati da mogućnost podnošenja zahtjeva za posvojenje djeteta prema domaćem zakonu spada u područje primjene članka 8. Stoga bi članak 14. bio primjenjiv.

Moj bi pristup stoga bio prestati proglašavati *ratione materiae* nekompatibilnom s odredbama Konvencije u zahtjevima koje su podnijele osobe kojima domaće pravo dozvoljava da podnesu zahtjev za odobrenje posvojenja djeteta. Po mom mišljenju, svi/e podnositelji/ce zahtjeva koji/e su u istoj osobnoj situaciji, bilo da ne mogu ili im je izrazito teško začeti, trebaju Konvencijom biti zaštićeni/e na isti način u pogledu njihove legitimne želje da postanu roditelji, bez obzira odluče li se podvrgnuti tehnikama umjetne oplodnje ili nastoje posvojiti dijete suglasno odredbama domaćeg prava. Ne vidim nikakve jake argumente

u prilog različitog postupanja.

...

U POGLEDU KRŠENJA PRAVA

U pogledu merituma, ne dijelim mišljenje niti zaključak većine.

Sud opaža da su domaća upravna tijela i sudovi, koji su odlučivali u predmetu, temeljili svoje odluke o odbijanju zahtjeva podnositeljice zahtjeva na dvije glavne osnove: nedostatku očinskog uzora te podvojenosti u smislu predanosti svake članice domaćinstva.

Što se tiče prve osnove, koja se temelji na nedostatku očinskog uzora u domaćinstvu podnositeljice zahtjeva, priznajem da imam ozbiljnih sumnji u kompatibilnost s člankom 14 Konvencije. Ovaj se predmet tiče zahtjeva za odobrenje posvojenja koji je podnijela samkinja, a ne par. Po mom mišljenju, odluka da li samkinji/samcu odobriti mogućnost posvojenja spada u diskrecijske ovlasti države; ako se ta mogućnost odobri, tada zahtijevati od samkinje/samca da osigura prisutnost uzora drugog spola u njegovom ili njenom neposrednom krugu obitelji ili prijatelja, nosi rizik prikazivanja neefikasnim prava samkinje /samca da traži odobrenje.

Međutim, smatram da druga osnova na kojoj su domaće vlasti temeljile svoje odluke, a koja se temelji na stavu partnerice podnositeljice zahtjeva, zahtijeva drugačiji pristup. G-đa R., iako potvrđena i stalna partnerica podnositeljice zahtjeva, koja s njom živi u zajednici, jasno se distancirala od zahtjeva za izdavanje odobrenja za posvojenje. Vlasti, koje se neprestano pozivaju na ovu okolnost – izričito i dajući razloge – zaključile su da podnositeljica zahtjeva nije pružila neophodna jamstva za posvojenje djeteta.

... Kao i Državno vijeće, smatram da upravne vlasti, kada je samac/samkinja koji/a želi posvojiti u stabilnoj vezi s drugom osobom od koje će se neizbježno očekivati da doprinosi pružanju odgovarajućeg doma djetetu, imaju pravo i obvezu osigurati – čak i kada odnos o kojem se radi nije zakonski obvezujući – da je ponašanje ili osobnost treće osobe, uzimajući u obzir objektivna mjerila, pogodno za pružanje odgovarajućeg doma. Na državi je obveza osiguranja da su uvjeti u kojima se djetetu – koje je u prošlosti vrlo često iskusilo velike patnje i teškoće – pruža dom najpogodniji mogući za dijete.

Stoga smatram da je druga osnova, sama za sebe, dovoljan i relevantan razlog odbijanja odobrenja za posvojenje. Stoga, ne pristajem na teoriju "kontaminacije" koju je većina iznijela u stavcima presude od 80 i dalje. U tom smislu dijelim mišljenje suca Loucaidesa. Sklona sam ograničiti se na zakonodavstvo pravnih sustava koje najbolje poznajem, prema kojima, ako se odluka temelji na više osnova, dovoljno je da jedna od tih osnova bude valjana da bi se odluka u cijelosti smatrala valjanom.

Dodala bih da većinsku interpretaciju zaključaka domaćih sudova nalazim neopravdanom: iako domaći sudovi neprestano potvrđuju da homoseksualnost podnositeljice zahtjeva nije bila osnova odbijanja odobrenja, većina smatra da je pozivanje na homoseksualnost podnositeljice zahtjeva bilo ako ne izričito, onda barem prešutno, da je utjecaj te okolnosti na ocjenu njenog zahtjeva utvrđen te da je bio odlučujući faktor (vidjeti stavak 89 presude).

Štoviše, podnositeljica zahtjeva je ta koja se izjasnila kao homoseksualna osoba s obzirom da je u vrijeme postupanja po njenom zahtjevu bila u stabilnoj homoseksualnoj vezi. Ne nalazim ništa diskriminatorno u pozivanju nacionalnih vlasti na priznati homoseksualnost podnositeljice zahtjeva i njenu vezu. Ne bi li bilo značajno pozvati se na osobnost heteroseksualne/og partnera/ice koji/a s mogućim posvojiteljem/icom živi u stabilnoj zajednici, te na njegov ili njen stav o namjeri posvojenja? Ne nalazim niti jedan valjan razlog za stav da se vlasti ne bi trebale pozivati na ove faktore, pa ni u najmanjoj mjeri. Dijete pristize u domaćinstvo koje čine dvije osobe: stoga, vlasti moraju uzeti u obzir osobnost i stavove tih dviju osoba.

Ne razumijem ni po kojoj osnovi se može zaključiti da je utjecaj homoseksualnosti podnositeljice zahtjeva bio odlučujući faktor, budući da su suprotno od predmeta *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, domaće vlasti uvijek naglašavale da seksualna orijentacija podnositeljice zahtjeva nije osnova odbijanja zahtjeva za odobrenje posvojenja.

Iz svih prethodno navedenih razloga nalazim da nije bilo kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

Brak i registrirano partnerstvo

Schalk i Kopf protiv Austrije

Sud zapaža da brak ima duboko ukorijenjene socijalne i kulturološke konotacije koje se mogu široko razlikovati u svakom od društava. Sud ponavlja da on ne smije žuriti da vlastitom presudom zamijeni domaću presudu, jer su nacionalne vlasti u najboljem položaju da ispituju i odgovore potrebama društva

(...)

Sud smatra umjetnim održavati stanovište da suprotno od para različitog spola, istospolni par ne može ostvarivati “obiteljski život” u svrhu članka 8. Posljedično, veza između tužitelja, istospolnog para koji živi zajedno u stabilnoj de facto vezi, spada pod pojam “obiteljskog života”, isto kao što bi bila situacija s vezom para različitih spolova.

PRVI ODJEL

PREDMET SCHALK I KOPF protiv AUSTRIJE

(Zahtjev broj 30141/04)

PRESUDA

STRASBOURG

24. lipnja 2010. godine

U predmetu Schalk i Kopf protiv Austrije,

Europski Sud za ljudska prava (Prvi odjel), u Vijeću kojeg čine:

Christos Rozakis, *Predsjednik,*

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *Suci,*

i André Wampach, *Zamjenik tajnika odjela,*

Nakon vijećanja 25. veljače 2010. godine i 3. lipnja 2010. godine,

donosi sljedeću presudu, izrečenu posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

2. Predmet je nastao na temelju zahtjeva za tužbu (br. 30141/04) koji su dana 5. kolovoza 2004. godine sudu podnijela dvojica austrijskih državljana - g. Horst Michael Schalk i g. Johan Franz Kopf ("tužitelji"), protiv Republike Austrije, na osnovu članka 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ("Konvencija").

3. Tužitelje je zastupao g. K. Mayer, odvjetnik iz Beča. Vladu Austrije ("Vlada") je zastupao njen predstavnik, veleposlanik H. Tichy, Šef Odjela međunarodnog prava pri Saveznom Ministarstvu za europske i međunarodne poslove.

4. Tužitelji su naročito naglasili da su bili diskriminirani, kao istospolni par, time što im je onemogućeno zaključenje braka ili da se na bilo koji drugi, zakonom propisani način, prizna njihova veza.

5. Dana 8. siječnja 2007. godine, Predsjednik Prvog Odjela je odlučio da o zahtjevu za tužbu obavijesti Vladu. Odlučeno je i da se istovremeno s prihvatljivošću, ispita i osnovanost zahtjeva (članak 29, stavak 3.).

6. Tužitelji i Vlada su dostavili podneske o prihvatljivosti i osnovanosti zahtjeva za tužbu. Vlada je dostavila i naknadno mišljenje,

odnosno, podnesak. Pored toga, priložen je i komentar treće strane - Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, kojoj je Predsjednik dozvolio da se u pismenom obliku umiješa u postupak (članak 36, stavak 2. Konvencije i Pravilo 44. stavak 2.). Zajedničko mišljenje treće strane je pristiglo i od četiri nevladine organizacije kojima je Predsjednik dozvolio intervenciju, i to FIDH (*Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme*¹), ICJ (International Commission of Jurists²) AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe³) i ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian and Gay Association⁴). Također, Predsjednik je ovim četirima nevladinim organizacijama dozvolio da interveniraju i tijekom rasprave.

7. Rasprava je javno održana u Zgradi Suda za ljudska prava, u Strasbourgu, dana 25. veljače 2010. godine (Pravilo 59, stavak 3.).

Pred Sudom su sudjelovali:

(a) *u ime Vlade*

Gđa B. OHMS, Savezni Kabinet, *Zamjenik Predstavnika*,
Gđa G. PASCHINGER, Savezno Ministarstvo za europske i
međunarodne poslove

G. M. STORMANN, Savezno Ministarstvo pravde, *Savjetnici*;

(b) *u ime tužitelja*

G. K. MAYER, *odvjetnik*,
G.H. SCHALK, *tužitelj*;

(c) *u ime nevladinih organizacija, treće osobe kao intervencija*

G. R. WITEMUTE, Kings College, London *odvjetnik*,
Gđa A. JERNOW, Međunarodni odbor pravnika, *savjetnica*.

Sud je saslušao iskaze gđe Ohms, g. Mayer-a, i g. Wintemute-a.

- | | |
|---|--|
| 1 | Međunarodna Federacija Lige za ljudska prava |
| 2 | Međunarodni odbor pravnika |
| 3 | Savjetovništvo o Individualnim pravima u Evropi |
| 4 | Europska regija međunarodnog udruženja lezbijki i homoseksualaca |

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

8. Tužitelji su rođeni 1962. godine i 1960. godine. Istospolni su par i žive u Beču.

9. Dana 10. rujna 2002. godine, tužitelji su od Ureda za pitanja osobnog statusa (*Standesamt*) zahtijevali da poduzme formalne radnje, kako bi im se omogućilo zaključenje braka.

10. Odlukom od 20. prosinca 2002. godine, Općinski ured u Beču (*Magistrat*) odbio je zahtjev tužitelja. Pozivajući se na odredbu članka 44. Građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), Ured je utvrdio da je sklapanje braka moguće isključivo između dvije osobe različitog spola. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, brak zaključen između dvije osobe istog spola je ništavan. Obzirom da su tužitelji dva muškarca, nedostaje im osnova za zaključenje braka.

11. Tužitelji su podnijeli žalbu Regionalnom guverneru u Beču (*Landeshauptmann*), ali bez uspjeha. U odluci od 11. travnja 2003. godine, guverner je potvrdio pravno stajalište Općinskog ureda. Pozvao se na praksu Upravnog suda, prema kojoj je činjenica da su dvije osobe istog spola zapreka za zaključenje braka. Štoviše, članak 12 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je pravo na zaključenje braka ograničio na osobe suprotnog spola.

12. U ustavnoj žalbi tužitelji navode da im pravna nemogućnost da zaključe brak predstavlja kršenje njihovog prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života te na kršenje načela nediskriminacije. Navode da je pojam braka evoluirao od dana stupanja na snagu Građanskog zakonika 1812. godine. Naročito ukazuju da rađanje i obrazovanje djece više ne predstavlja sastavni dio braka. Prema današnjim shvaćanjima, brak je trajna zajednica koja obuhvaća sve aspekte života. Nema objektivnog opravdanja za isključenje istospolnih parova od zaključenja braka, to više jer je Europski sud za ljudska prava priznao da razlike zasnovane na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju iznimno ozbiljne razloge. Druge zemlje Europe su ili dozvolile homoseksualne brakove, ili su na drugi način izmijenile svoje zakonodavstvo u pravcu davanja jednakog statusa istospolnim partnerima.

13. Konačno, tužitelji navode povredu njihovog prava na mirno uživanje imovine. Ukazuju da u slučaju da jedan partner iz homoseksualne veze umre, drugi je diskriminiran jer bi bio u mnogo lošijoj poziciji prema poreznim zakonima u odnosu na živog partnera tradicionalnog bračnog para.

14. Dana 12. prosinca 2003. godine, Ustavni Sud (*Verfassungsgerichtshof*) je odbio žalbu tužitelja. Relevantni dijelovi presude glase, kako slijedi:

“Upravni postupak koji je rezultirao nametnutom odlukom tiče se isključivo pitanja legitimnosti, odnosno, zakonitosti bračne zajednice. Prema tome, jedina prihvatljiva pritužba podnositelja tužbe, odnosno, tužitelja je činjenica da članak 44 Građanskog zakonika dozvoljava i propisuje jedino brak između “osoba suprotnog spola”. Navod o povredi njihovog prava na imovinu je samo drugo sredstvo nastojanja da se pokaže da je ovakvo stanje stvari neopravdano.

U pogledu braka, članak 12 Konvencije, koja ima status ustavnog prava, propisuje:

‘Od trenutka kada postanu sposobni za brak, muškarac i žena imaju pravo da stupe u brak i zasniju obitelj prema nacionalnim zakonima kojima se regulira ostvarivanje ovog prava.’

Ni princip jednakosti, predviđen Saveznim Ustavom Austrije, niti Konvencija o ljudskim pravima (osvjedočeno kao “muškarac i žena” u članku 12) ne zahtijevaju da koncept braka, makar usko povezan s temeljnom mogućnošću roditeljstva, bude proširen na odnose druge vrste. Suština braka, štoviše, nije ni na koji način ugrožena činjenicom da je moguć razvod (ili rastava) i da je stvar supružnika da li oni u biti mogu ili žele imati djecu. U presudi *Cossey* od 27. rujna 1990. godine (broj 10843/84, povodom posebnog položaja transseksualnih osoba), Europski Sud za ljudska prava je utvrdio da je ograničenje braka na taj “tradicionalni” koncept objektivno opravdano, zapažajući

‘... da pripadnost tradicionalnom konceptu braka daje dovoljno razloga za kontinuirano prihvaćanje bioloških kriterija utvrđivanja spola osobe u svrhu braka.’

[Naknadna izmjena prakse o posebnim okolnostima transseksualnih osoba (ECHR, *Goodwin*, br. 28957/95, 11. srpnja 2002. godine) ne dozvoljava zaključak da treba postojati bilo kakva promjena u ocjeni općeg pitanja o kome je ovdje riječ.]

Činjenica da istospolni odnosi spadaju u koncept privatnog života i kao takvi uživaju zaštitu u smislu članka 8. Konvencije – koja također zabranjuje

diskriminaciju na neobjektivnim osnovama (članak 14. Konvencije) – ne stvara obavezu promjene propisa o braku.

U ovom predmetu nije potrebno ispitivati da li i u kom opsegu, zakon neopravdano diskriminira istospolne veze, propisujući posebna pravila za bračne parove. Zadatak suda nije ni to da savjetuje zakonodavca o ustavnim stvarima ili čak o stvarima zakonske politike.

Stoga, žalba se mora odbiti kao neosnovana.”

15. Presuda Ustavnog suda je dana 25. veljače 2004. godine dostavljena punomoćniku tužitelja.

II. RELEVANTNO DOMAĆE I USPOREDNO PRAVO

A. Austrijsko pravo

1. Građanski zakonik

16. Članak 44. Građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) propisuje:

“Ugovor o braku predstavlja osnovu za obiteljske odnose. Na osnovu ugovora o braku dvije osobe različitog spola potvrđuju njihovu zakonitu namjeru da žive zajedno u neraskidivoj zajednici, da stječu i podižu djecu i da jedno drugo podržavaju.”

Ova odredba je ostala neizmijenjena od dana stupanja na snagu, 1. siječnja 1812. godine.

2. Zakon o registriranom partnerstvu

17. Svrha Zakona o registriranom partnerstvu (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) je da istospolnim parovima osigura formalne mehanizme priznanja i pružanje pravnih učinaka njihovom partnerstvu. Donoseći taj zakon, zakonodavac je posebno vodio računa o razvoju u drugim europskim državama (vidi obrazloženje nacrtu zakona – *Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 485 der Beilagen XXIV GP*).

18. Zakon o registraciji partnerstva, Savezni Službeni glasnik (*Bundesgesetzblatt*) svezak I, broj 135/2009, je pravno stupio na snagu dana 1. siječnja 2010. godine. Odjeljak 2. propisuje, kako slijedi:

“Registrirano partnerstvo mogu činiti samo dvije osobe istog spola (registrirani partneri). Oni se time obavezuju na trajnu zajednicu sa uzajamnim pravima i obavezama.“

19. Pravila o ustanovljavanju registriranog partnerstva, učinci i prestanak, slična su pravilima kojima se uređuje brak.

20. Registrirano partnerstvo uključuje zajednički život na trajnoj osnovi i može se zasnovati između dvije punoljetne osobe istog spola, s pravnom sposobnošću (odjeljak 3). Registrirano partnerstvo se ne može zasnovati između bliskih srodnika ili s osobom koja je već u braku, ili s osobom koja već ima valjano registrirano partnerstvo s drugom osobom. (odjeljak 5).

21. Slično bračnim parovima, od registriranih partnera se očekuje da žive zajedno, kao bračni supružnici u svakom smislu, da dijele zajednički dom, da postupaju jedno prema drugom s pažnjom i da jedno drugom pružaju potporu (odjeljak 8, (2) i (3)). Kao i u slučaju bračnih parova, partner koji vodi domaćinstvo i nema prihoda, ima pravo da drugog partnera zastupa u svakodnevnim pravnim odnosima (odjeljak 10). Registrirani partneri imaju iste obaveze u pogledu uzdržavanja, kao i bračni parovi (odjeljak 12).

22. Razlozi prestanka registriranog partnerstva su isti kao i za razvod braka ili rastavu. Prestanak registriranog partnerstva nastupa u slučaju smrti jednog od partnera (odjeljak 13). Može biti određen sudskom odlukom na raznim drugim osnovama: nepostojanje namjere zasnivanja registriranog partnerstva (odjeljak 14), propust jednog ili oba partnera, ili prestanak partnerstva uslijed nepomirljivih razlika (odjeljak 15.).

23. Zakon o registriranom partnerstvu također sadržava sveobuhvatne izmjene postojećeg zakonodavstva s ciljem da registriranim partnerima osigura isti status kao i bračnim parovima u raznim drugim pravnim oblastima, kao što je nasljedno pravo, radno pravo, socijalno pravo i pravo socijalnog osiguranja, fiskalno pravo, upravni postupak, pravo zaštite podataka i javnih službi, pitanja putovnice i registracije, kao i pravo o strancima.

24. Međutim, ostale su neke razlike između braka i registriranog partnerstva, pored činjenice da samo dvije osobe istog spola mogu zaključiti registrirano partnerstvo. Niže navedene razlike su bile predmetom izvjesne javne rasprave prije usvajanja Zakona o registraciji partnerstva: dok se brak zaključuje pred Uredom za pitanja osobnog

statusa, registrirana partnerstva se zaključuju pred Upravnom vlašću okruga. Pravila o izboru imena se razlikuju od pravila za bračni par: na primjer, zakon propisuje “prezime” tamo gdje registrirani par bira uobičajeno ime, ali za “obiteljsko ime” u vezi s uobičajenim imenom bračnog para. Najznačajnije razlike se, međutim, tiču roditeljskih prava: za razliku od bračnih parova, registrirani partneri ne mogu usvojiti dijete; nije moguće biti očuh ili maćeha, što znači usvajanje djeteta jednog partnera od strane drugog partnera (odjeljak 8, (4)). Isključena je umjetna oplodnja (odjeljak 2, (1) Zakona o rađanju na temelju umjetne oplodnje - *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

B. Usporedno pravo

1. Pravo Europske Unije

25. Članak 9. Povelje Europske Unije o osnovnim pravima, koja je potpisana 7. prosinca 2000. godine i stupila na snagu 1. prosinca 2009. godine, propisuje kao slijedi:

“Pravo na brak i osnivanje obitelji se jamči u skladu sa nacionalnim pravom koje regulira ostvarivanje tih prava.”

26. Relevantni dio Komentara Povelje glasi, kako slijedi:

“Moderni trendovi i razvoj domaćih propisa brojnih zemalja prema širem otvaranju i prihvaćanju istospolnih parova je neupitan; svega nekoliko zemalja još uvijek ima javne politike i /ili odredbe koje eksplicitno zabranjuju shvaćanje da istospolni parovi imaju pravo na brak. U sadašnjici, vrlo je ograničeno pravno priznanje istospolnih odnosa u smislu da brak nije omogućen istospolnim parovima. Domaće zakonodavstvo većine zemalja pretpostavlja, drugim riječima, da su osobe suprotnog spola one koja namjeravaju zaključiti brak. Bilo kako bilo, u manjem broju zemalja, npr. u Nizozemskoj i Belgiji, brak između osoba istog spola pravno je priznat. Druge zemlje, poput nordijskih, usvojile su zakonodavstvo o registraciji partnerstva, iz kojih slijedi da su odredbe o braku, npr. njegove pravne posljedice kao što je podjela imovine, pravo nasljeđivanja, itd., također primjenjive na ovakve zajednice. U isto vrijeme bitno je istaknuti da je pojam ‘registrirano partnerstvo’ namjerno izabran, kako se ne bi miješao s brakom i ustanovljen je kao alternativna metoda priznavanja osobnih odnosa. Posljedično, ta nova institucija je, po pravilu, dostupna samo parovima koji se ne mogu vjenčati te istospolno partnerstvo nema isti status i iste prednosti kao što to ima brak (...)

Kako bi se uzela u obzir različitost domaćeg zakonodavstva o braku, članak 9. Povelje se poziva na domaće zakonodavstvo. Kao što slijedi iz njegove

formulacije, norma je opsegom šira od odgovarajućih članova drugih međunarodnih instrumenata. Premda nema eksplicitne naznake 'muškarci i žene' kao što je to slučaj u drugim instrumentima ljudskih prava, može se tvrditi da nema prepreke za priznavanje istospolnih odnosa u kontekstu braka. Međutim tu nema izričitog, odnosno, eksplicitnog zahtjeva da domaći zakoni moraju propisati takve brakove. Međunarodni sudovi i odbori su do sada oklijevali da prošire primjenu prava na brak na istospolne parove. (...)"

27. Brojne Direktive su također od značaja za ovaj predmet:

Direktiva Europskog Savjeta 2003/86/EC od 22. rujna 2003. godine, o pravu na objedinjavanje obitelji, bavi se uvjetima za izvršavanje prava na objedinjavanje obitelji državljanina treće zemlje koji zakonito boravi na teritoriji zemlje članice.

Njen članak 4., koji nosi naslov "Članovi obitelji", propisuje:

"(3) Zakonom ili uredbom, na osnovu ove direktive i u skladu s uvjetima iz Poglavlja IV, izvanbračnom partneru, državljaninu treće zemlje, s kojim je uzdržavatelj provjerenom, stabilnom, dugoročnom odnosu, ili državljaninu treće zemlje koji je s uzdržavateljem povezan registriranim partnerstvom prema odredbi članka 5 (2), država članica može dozvoliti ulazak i boravak ..."

Direktiva 2004/38/EC Europskog Parlamenta i Savjeta od 29. travnja 2004. godine o pravima državljana Unije i članova njihovih obitelji na preseljenje i slobodan boravak na teritoriju države članice.

Njen članak 2 sadrži sljedeću definiciju:

"(2) 'Član obitelji' znači:

(a) bračni supružnik

(b) partner s kojim državljanin Unije ima registrirano partnerstvo, na osnovu zakonodavstva države članice, ukoliko zakonodavstvo zemlje članice domaćina registrirano partnerstvo tretira jednako braku u skladu s uvjetima propisanim u relevantnom zakonodavstvu zemlje članice domaćina.

(c) izravni potomci, mlađi od 21 godine ili su uzdržavane osobe ili potomci partnera definiranog točkom (b)

(d) izravni potomak u uzlaznoj liniji ili potomak partnera definiranog točkom (b)."

2. Stanje relevantnog zakonodavstva u državama članicama Vijeća Europe

28. Trenutno, šest od četrdeset sedam država članica dozvoljava istospolnim parovima zaključenje braka, i to Belgija, Nizozemska, Norveška, Portugal, Španjolska i Švedska.

29. Tu je i trinaest država članica, koje ne dozvoljavaju istospolnim parovima zaključenje braka, ali su usvojile izvjesnu vrstu zakonodavstva kojim dozvoljavaju istospolnim parovima registraciju partnerstva: Andora, Austrija, Češka, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Mađarska, Island, Luksemburg, Slovenija, Švicarska i Ujedinjeno Kraljevstvo. Dakle, postoji devetnaest država članica u kojima istospolni parovi imaju mogućnost zaključenja braka ili registracije partnerstva (vidi, također, pregled u *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 13378/05, stavka 26., ECHR 2008).

30. U dvije države i to u Irskoj i Lihtenštajnu se planiraju ili su u postupku usvajanja reforme u cilju omogućavanja istospolnim parovima neke forme registriranog partnerstva. Hrvatska ima Zakon o istospolnim zajednicama kojim se priznaje zajednica istospolnih parova u ograničene svrhe, ali im ne dozvoljava mogućnost registracije.

31. Prema informacijama dostupnim Sudu, velika većina ovih država je relevantno zakonodavstvo usvojila u zadnjem desetljeću.

32. Pravne posljedice registriranog partnerstva se razlikuju od gotovo istovjetnosti s brakom do omogućavanja relativno ograničenih prava. U pogledu pravnih posljedica registriranog partnerstva, moguće je razlikovati tri glavne kategorije: materijalne posljedice, roditeljske posljedice i ostale posljedice.

33. Materijalne posljedice pokrivaju utjecaj registriranog partnerstva na različite vrste poreza, zdravstveno osiguranje, doprinose za socijalno osiguranje i mirovine. U većini ovih država registrirani partneri stječu status sličan braku. Ovaj princip se primjenjuje na druge materijalne posljedice, kao što je uređenje zajedničke imovine i duga, primjenu pravila uzdržavanja nakon rastave, pravo na naknadu štete iz osnova nezakonite smrti partnera i nasljedna prava.

34. Kada se govori o roditeljskim pravima, međutim, mogućnost registriranih parova da izvrše medicinsku umjetnu oplodnju ili da usvoje dijete, u mnogome se razlikuje od države do države.

35. Ostale posljedice uključuju korištenje prezimena partnera, utjecaj na pribavljanje državljanstva i boravišne dozvole za partnera stranca, odbijanje svjedočenja, svojstvo najbližeg srodnika u medicinske svrhe, kontinuirano svojstvo stanara u slučaju smrti partnera i zakonite donacije organa.

PRAVO

I. ZAHTJEV VLADE ZA UKLANJANJE ZAHTJEVA (ZA TUŽBU) S LISTE SLUČAJEVA PRED SUDOM

36. U usmenom izlaganju, Vlada tvrdi da Zakon o registriranom partnerstvu dozvoljava istospolnim parovima da ostvare pravni status u najvećoj mjeri prilagođen statusu koji odgovara braku parova suprotnih spolova. Vlada je navela da se ova pravna stvar može smatrati riješenom i da je opravdano prijavu skinuti s liste predmeta pred sudom. Pozvala se na članak 37. stavak 1. Konvencije, koji u bitnom dijelu glasi, kako slijedi:

“1. Sud u svakoj fazi postupka može odlučiti da zahtjev skine s liste predmeta ako se na osnovu okolnosti može zaključiti

...

(b) da je predmet riješen;

...

Međutim, Sud nastavlja s ispitivanjem zahtjeva, ako je to potrebno radi poštovanja ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i Protokolima uz nju.”

37. Kako bi se zaključilo da je članak 37, stavak 1 (b) Konvencije primjenjiv na ovaj predmet, Sud mora odgovoriti na dva pitanja: prvo, mora odgovoriti jesu li okolnosti na koje se podnositelji tužbe, odnosno, tužitelji izravno žale, još uvijek postoje; i drugo, jesu li uklonjene posljedice mogućeg kršenja Konvencije obzirom na te okolnosti (vidi *Shevanova protiv Latvije* (skinuto sa liste) [GC], broj 58822/00, stavka 45, 7. prosinac 2007. godine).

38. Sud zapaža da je okosnica tužbe u tome da podnositelji nemaju mogućnost zaključenja braka, obzirom na činjenicu da se ovdje radi o istospolnom paru. Ova situacija i dalje postoji i nakon stupanja na snagu Zakona o registriranom partnerstvu. Kako je Vlada istakla, taj zakon dozvoljava istospolnim parovima da ostvare samo status sličan ili usporediv s brakom, ali im ne dozvoljava zaključenje braka, koji je ostao rezerviran samo za parove suprotnih spolova.

39. Sud zaključuje da nisu ispunjeni uvjeti za skidanje predmeta s liste i stoga odbija zahtjev Vlade.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 12 KONVENCije

40. Tužitelji se žale da je odbijanjem vlasti da im se dozvoli zaključenje braka došlo do kršenja članka 12. Konvencije, koji propisuje kako slijedi:

“Muškarac i žena u dobi za sklapanje braka imaju pravo stupiti u brak i osnovati obitelj, u skladu s domaćim zakonima koji uređuju ostvarenje tog prava.”

Vlada je osporila ovaj argument.

A. Prihvatljivost

41. Sud zapaža kako Vlada ističe pitanje spada li žalba tužitelja u domenu članka 12 Konvencije, uzimajući u obzir da su oni dva muškarca koji se pozivaju na pravo na zaključenje braka. Međutim, Vlada nije osporila da je žalba neprihvatljiva kao *ratione materiae*. Sud je suglasan da je predmet dovoljno kompleksan, pa da se ne bi mogao riješiti u fazi prihvatljivosti.

42. U svjetlu podnesaka strana, Sud smatra da predmet otvara ozbiljna činjenična i pravna pitanja prema Konvenciji, te da njihovo utvrđenje zahtijeva ispitivanje opravdanosti predmeta. Stoga, Sud zaključuje da ova žalba, odnosno, tužba nije očigledno neosnovana u smislu značenja članka 35, stavka 3. Konvencije. Nisu utvrđene druge osnove neprihvatljivosti.

B. Osnovanost tužbe

1. Argumenti stranaka

43. Vlada se poziva na odluku Ustavnog suda u ovom predmetu, ukazujući da je ovaj Sud vodio računa o praksi Suda i da nije našao kršenje prava podnositelja žalbe zaštićenih Konvencijom.

44. U usmenom izlaganju pred sudom, Vlada je ostala kod toga da jasan sadržaj članka 12 i prakse Suda ukazuje da je po svojoj prirodi pravo na zaključenje braka ograničeno na parove suprotnih spolova. Ne osporava da je nakon usvajanja Konvencije došlo do važnih društvenih promjena u instituciji braka, ali da još nema europskog konsenzusa oko dozvole zaključenja braka istospolnim parovima, niti se takvo pravo može izvesti iz članka 9. Povelje Europske Unije o osnovnim pravima. Bez obzira na različiti tekst, potonja se odnosi na pitanja braka istospolnih parova prema nacionalnom zakonodavstvu.

45. Tužitelji ističu da je u današnjem društvu građanski brak zajednica dvije osobe, koja obuhvaća sve aspekte njihovih života, dok rađanje i obrazovanje djece više nije odlučujući element. Pošto je institucija braka pretrpjela značajne promjene, više nema razloga istospolnim parovima ne dozvoliti zaključenje braka. Tekst članka 12 nije neophodno tumačiti u svjetlu da samo muškarac i žena imaju pravo zaključiti brak s osobom suprotnog spola. Štoviše, tužitelji smatraju da norma iz članka 12 “prema nacionalnim zakonima” ne može značiti da je državi dana neograničena diskrecija u propisivanju prava na zaključenje braka.

2. Podnesci treće strane

46. Vlada Ujedinjenog Kraljevstva tvrdi da praksa suda, kako je ustanovljena, smatra da se članak 12 odnosi na “tradicionalni brak između osoba suprotnih bioloških spolova” (vidi *Sheffield i Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 30. srpnja 1998. godine, stavka 66, *Izveštaji o presudama i odlukama* 1998V). Prema njenom stanovištu, nema razloga odstupiti od te pozicije.

47. Dok je Sud često podvlačio da je Konvencija živi instrument koji se mora interpretirati u sadašnjim okolnostima, taj pristup je poduzimao samo kako bi razvio svoju praksu tamo gdje je zapazio približavanje standarda među državama članicama. U presudi *Christine Goodwin*

protiv Ujedinjenog Kraljevstva [GC] (broj 28957/95, ECHR 2002VI), na primjer, Sud je preispitao svoje stajalište o mogućnosti postoperativne transseksualne osobe da zaključi brak sa osobom spola suprotnog od novostečenog, imajući u vidu činjenicu da većina država ugovornica dozvoljava takve brakove. Suprotno tome, nema približavanja u pogledu standarda istospolnog braka. U vrijeme kada je treća strana dostavila svoja opažanja, samo tri države članice su dozvolile istospolni brak, a u dvije druge se razmatraju prijedlozi u ovom pravcu. Pitanje istospolnog braka dotiče osjetljivo područje društvenih, političkih i religioznih kontroverzi. U odsustvu konsenzusa, država uživa posebno široku marginu slobodne ocjene.

48. Četiri nevladine organizacije su pozvale Sud da iskoristi mogućnost da proširi pitanje zaključenja braka i na istospolne parove. Činjenica da parovi suprotnih spolova mogu zaključiti brak, dok istospolni parovi to ne mogu, predstavlja različitost u tretmanu, zasnovanu na seksualnoj orijentaciji. Pozivajući se na presudu *Karner protiv Austrije*, (broj 40016/98, stavka 37., ECHR 2003IX), ističu da se takvo razlikovanje može opravdati samo “naročito ozbiljnim razlozima”. Kako tvrde, takvi razlozi ne postoje: isključenje istospolnih parova od zaključenja braka nije u službi zaštite braka ili obitelji u tradicionalnom smislu. Niti bi omogućavanje istospolnim parovima da zakluče brak obezvrijedilo brak u tradicionalnom smislu. Štoviše, institucija braka je pretrpjela značajne promjene i, kao što je Sud našao u presudi *Christine Goodwin* (gore citirana, stavka 98.), nemogućnost rađanja djece ne može se samo po sebi smatrati onemogućavanjem prava na zaključenje braka. Četiri nevladine organizacije priznaju da razlika između predmeta *Christine Goodwin* i ovog leži u stanju europskog konsenzusa. Međutim, prigovaraju da u odsustvu bilo kakvog objektivnog i racionalnog opravdanja za različit tretman, značajno manju težinu treba dati europskom konsenzusu.

49. Konačno, četiri nevladine organizacije se pozivaju na presude Ustavnog suda Južne Afrike, Žalbenih sudova država Ontaria i Britanske Kolumbije u Kanadi, te Vrhovnih sudova Connecticuta, Iowe i Massachusettsa u Sjedinjenim Američkim Državama, koji su našli da negiranje prava na zaključenje braka istospolnim parovima predstavlja diskriminaciju.

3. Ocjena suda

a. Opći principi

50. Prema ustanovljenoj praksi Suda, članak 12 osigurava osnovno pravo muškarca i žene da zaključe brak i osnuju obitelj. Izvršavanje ovog prava ima osobne, društvene i pravne posljedice. Ono je “podložno nacionalnim zakonima država ugovornica”, ali tako postavljena ograničenja ne smiju ograničiti ili umanjiti pravo na način ili do te mjere da se negira suština toga prava (vidi *B. i L. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 36536/02, stavka 34, 13. rujna 2005. godine, i *F. protiv Švicarske*, 18. prosinca 1987. godine, stavka 32, Serija A, broj 128).

51. U prvom redu, Sud primjećuje da još nije imao priliku ispitivati da li dvije osobe istog spola mogu navoditi da imaju pravo na zaključenje braka. Međutim, izvjesni principi se mogu izvesti iz prakse Suda u pogledu transseksualnih osoba.

52. U brojnim predmetima je istaknuto pitanje da li odbijanje dozvole post-operativnoj transseksualnoj osobi da zaključi brak s osobom spola suprotnog njegovom novo-dobivenom spolu predstavlja kršenje članka 12 u ranijoj praksi, Sud je ustanovio da prilog tradicionalnom konceptu braka, koji pojačava članak 12, omogućava dovoljno razloga državi ugovornici za kontinuirano prihvaćanje bioloških kriterija u pravcu utvrđivanja spola osobe u svrhu braka. Posljedično, to se smatralo okolnošću koja je obuhvaćena ovlaštenjima države ugovornice da nacionalnim zakonom uredi ostvarivanje prava na zaključenje braka. (vidi *Sheffield i Horsham*, gore citirano, stavka 67; *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 27. rujna 1990. godine, stavka 46, Serija A, br. 184; vidi također *Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 17. listopada 1986. godine, stavke 49-50, Serija A, broj 106).

53. U presudi *Christine Goodwin* (gore citirana, stavke 100-104) Sud je odstupio od svoje prakse: smatrao je da pojmovi iz članka 12 koji se odnose na pravo muškarca i žene da zaključe brak, više se ne moraju shvaćati kao utvrđivanje spola temeljem isključivo bioloških kriterija. U tom kontekstu, Sud je zapazio da su postojale značajne društvene promjene u instituciji braka počevši od usvajanja Konvencije. Nadalje, pozvao se na članak 9 Povelje Europske Unije o osnovnim pravima, koji odstupa od rječnika članka 12 Konvencije. Konačno, Sud je zapazio postojanje široko rasprostranjenog prihvaćanja braka transseksualnih osoba prema novostečenom spolu. Kao zaključak, Sud je našao da

nemogućnost post-operativne transseksualne osobe da u novostečenom spolu zaključi brak predstavlja kršenje članka 12 Konvencije.

54. Dva druga predmeta su od značaja u ovom kontekstu: (*Parry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), broj 42971/05, ECHR 2006XV, i *R. i F. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), broj 35748/05, 28. studenog 2006. godine). U oba predmeta tužitelji su bili bračni parovi, koji se sastoje od žene i od muško-ženske, post-operativne transseksualne osobe. *Inter alia*, žalili su se prema odredbi članka 12 Konvencije da se od njih zahtijevalo da okončaju brak, ukoliko drugi podnositelj žalbe želi da ostvari potpuno pravno priznanje njene promjene spola. Sud je taj prigovor odbio kao očigledno neosnovan. Naveo je da domaće zakonodavstvo dozvoljava zaključenje braka između dviju osoba suprotnih spolova, dok takav spol potiče iz činjenice rođenja ili iz postupka priznavanja spola, a da istospolni brakovi nisu dozvoljeni. Slično, članak 12 brani tradicionalni koncept braka zaključenog između muškarca i žene. Sud je prihvatio da je izvjesni broj država članica proširio brak na istospolne partnere, ali je ostao na tome da to ima značenje na njihovu viziju uloge braka u njihovim društvima i ne proistječe iz interpretacije osnovnog prava, kako su ga države članice propisale Konvencijom 1950. godine. Zaključio je da to spada u prostor slobodne ocjene države članice kako će regulirati efekte promjene spola na prethodno postojeće brakove. Sud dodatno smatra da, ukoliko se te osobe odluče na razvod kako bi omogućili transseksualnom partneru potpuno priznanje spola, činjenica da su podnositelji žalbe, odnosno, tužbe imali mogućnost zaključenja građanskog partnerstva, doprinosi proporcionalnosti režima priznanja spola, na što se oni i žale.

b. Primjena u ovom predmetu

55. Sud zapaža da članak 12 dozvoljava “*muškarcu i ženi*” da zaključe brak. Francuska verzija propisuje « *l’homme et la femme ont le droit de se marier* ». Dalje, članak 12 dozvoljava zasnivanje obitelji.

56. Tužitelji navode da iz ovakvog rječnika ne slijedi nužno da se muškarac može oženiti samo ženom i obratno. Sud zapaža, izolirano promatrajući, da se rječnik članka 12 može interpretirati tako da ne isključuje brak između dva muškarca ili dvije žene. Međutim, suprotno tome, svi ostali suštinski članovi Konvencije “*svakom*” jamče prava i slobode ili navode da “*nitko*” ne može biti podvrgnut nekom tipu zabranjenog postupanja. Izbor rječnika u članku 12 se stoga mora razborito cijiniti. Štoviše, mora se voditi računa o povijesnom kontekstu

u kome je usvojena Konvencija. U 1950–tim brak se jasno shvaćao u tradicionalnom smislu kao unija partnera suprotnih spolova.

57. U pogledu veze između prava na zaključenje braka i prava na zasnivanje obitelji, Sud je već zauzeo stav da se nemogućnost bilo kog para da začnu ili imaju dijete ne može smatrati *samo po sebi* otklanjanjem prava na zaključenje braka (*Christine Goodwin*, gore citirana, stavka 98). Međutim ovaj stav ne dozvoljava nikakav zaključak u pogledu istospolnog braka.

58. U svakom slučaju, tužitelji se uglavnom ne pozivaju na tekstualnu interpretaciju članka 12. U suštini, oni se oslanjaju na praksu Suda prema kojoj je Konvencija živi instrument koja se interpretira u današnjim okolnostima. (vidi *E.B. protiv Francuske* [GC], br. 43546/02, stavka 92, ECHR 2008..., i *Christine Goodwin*, citirana gore, stavke 74–75). Prema stanovištu tužitelja, u današnjim okolnostima članak 12 treba tumačiti tako da istospolnim parovima dozvoljava zaključenje braka ili, drugim riječima, obavezujući je za državu članicu da u svom nacionalnom zakonodavstvu osigura takve mogućnosti.

59. Sud nije uvjeren u ovaj argument tužitelja. Iako je, kako se zapaža u presudi *Christine Goodwin*, od usvajanja Konvencije institucija braka pretrpjela bitne društvene promjene, Sud zapaža da nema europskog konsenzusa o istospolnom braku. U sadašnjici, najviše šest država, od četrdeset sedam država Konvencije dozvoljava istospolni brak (vidi stavku 27. gore).

60. Kao što su Vlada i Vlada treće strane pravilno istakle, u ovom predmetu se mora napraviti razlika od predmeta *Christine Goodwin*. U tom predmetu (gore citiran, stavka 103) Sud zapaža približavanje standarda o braku transseksualnih osoba u novostečenom spolu. Štoviše, predmet *Christine Goodwin* se tiče braka partnera različitog spola, ako se spol ne definira isključivo po biološkom kriteriju, već uzimanjem u obzir drugih faktora, uključujući promjenu spola jednog od partnera.

61. Uspoređujući članak 12 Konvencije s člankom 9 Povelje Europske Unije o osnovnim pravima (Povelja), Sud je već zapazio da je potonja svjesno odstupila od reference na muškarce i žene (vidi *Christine Goodwin*, gore citirana, stavka 100). Komentar Povelje, koja je u prosincu 2009. godine postala obvezujuća, potvrđuje da se članak 9 smatra širim u obimu nego odgovarajući članci u drugim instrumentima o ljudskim pravima (vidi stavka 25, gore). U isto vrijeme,

referenca na domaće zakonodavstvo ukazuje na različito normiranje u nacionalnim zakonodavstvima, koje se kreće od dozvole zaključenja braka istospolnim parovima do eksplicitne zabrane. Pozivajući se na nacionalno zakonodavstvo, članak 9 Povelje državama ostavlja odluku da li će istospolnim parovima dozvoliti zaključenje braka. U tekstu komentara: "... može se navoditi da u kontekstu braka nema prepreke priznanja istospolnog odnosa. Međutim, nema eksplicitnog zahtjeva da domaće pravo osigura takve brakove."

62. Stoga, vodeći računa o članku 9 Povelje, Sud ne bi dalje smatrao da pravo na zaključenje braka predviđeno člankom 12 mora u svakom slučaju biti ograničeno na brak između dvije osobe suprotnih spolova. Posljedično, ne može se reći da članak 12 nije primjenjiv na žalbe tužitelja. Međutim, kako stvari stoje, pitanje da li dozvoliti ili ne dozvoliti istospolni brak se ostavlja na normiranje nacionalnom zakonodavstvu države članice.

63. U vezi s tim, Sud zapaža da brak ima duboko ukorijenjene socijalne i kulturološke konotacije koje se mogu široko razlikovati u svakom od društava. Sud ponavlja da on ne smije žuriti da vlastitom presudom zamijeni domaću presudu, jer su nacionalne vlasti u najboljem položaju da ispituju i odgovore potrebama društva (vidi *B. i L. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, gore citirana, stavka 36).

64. Zaključno, Sud nalazi da članak 12 Konvencije ne nameće obavezu Vladi tužene strane da dozvoli zaključenje braka istospolnom paru, kao što su to podnosioci prijave.

65. Posljedično, nema kršenja članka 12 Konvencije.

III. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 14 U VEZI S ČLANKOM 8 KONVENCIJE

66. Tužitelji se žale na osnovu članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije da su diskriminirani obzirom na njihovu seksualnu orijentaciju, jer im je uskraćeno pravo na zaključenje braka i da nemaju nikakvu drugu mogućnost zakonskog priznanja njihovog odnosa, prije nego je na snagu stupio Zakon o registriranom partnerstvu.

Članak 8 glasi, kako slijedi:

" 1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog 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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

Članak 14 propisuje, kako slijedi:

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

A. Prihvatljivost

1. *Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava*

67. U podnescima, Vlada je tvrdila da su se tužitelji žalili domaćim vlastima samo na nemogućnost zaključenja braka. Svako drugo pitanje, postavljeno u prijavi Sudu, eksplicitno ili implicitno, kao što je pitanje kakvog drugog alternativnog pravnog priznanja njihovog odnosa, treba proglasiti neprihvatljivim zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava. Međutim, u usmenom izlaganju pred Sudom, Vlada ne iznosi ovaj argument. Suprotno tome, navodi da se registrirano partnerstvo može smatrati elementom ove tužbe, odnosno zahtjeva za tužbu.

68. Tužitelji osporavaju argument Vlade o neiscrpljivanju domaćih pravnih sredstava, naročito ukazujući da aspekt diskriminacije istospolnog para, predstavlja dio njihove žalbe i da su se u ustavnoj žalbi također pozvali na praksu Suda prema članku 14 u vezi sa člankom 8.

69. Sud ponavlja da od žalbi koje se žele potom istaći u Strasbourgu, članak 35 stavak 1 Konvencije zahtijeva da se istaknu pred domaćim tijelima, makar u suštini, suglasno formalnim zahtjevima i u rokovima propisanim domaćim zakonodavstvom (vidi *Akdivar i Ostali protiv Turske*, 16. rujna 1996. godine, stavka 66, *Reports of Judgments and Decisions*, 1996IV).

70. U ovom predmetu, unutrašnji postupak se odnosio na odbijanje vlasti da odobre brak podnositelaca prijave. Pošto u to vrijeme mogućnost registracije partnerstva nije postojala, teško je zamisliti kako su podnosioci prijave mogli istaći pitanje zakonskog priznanja njihovog partnerstva, osim pokušaja da zaključe brak. Stoga, njihova ustavna žalba se također odnosi na nemogućnost zaključenja braka. Međutim, makar u suštinskom smislu, oni se također žale na nepostojanje bilo kakvog drugog sredstva zakonskog priznavanja njihovog partnerstva. Otuda, Ustavni Sud je bio u prilici da se bavi predmetom, i zaista, ukratko se osvrnuo, premda samo navodeći da je na zakonodavcu da ispita koja područja prava moguće diskriminiraju istospolne parove ograničavanjem izvjesnih prava na bračne parove. U takvim okolnostima, Sud nalazi da su tužitelji ispunili uvjete iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava.

71. U svakom slučaju, Sud se usuglašava s Vladom da je predmet alternativnog zakonskog priznavanja tako usko vezan s predmetom nepostojanja mogućnosti zaključenja braka, pa da se mora smatrati sastavnim dijelom predmetne prijave.

72. Zaključno, Sud odbija argument Vlade da su tužitelji propustili da iscrpe domaća prava sredstva u pogledu žalbe prema članku 14 u vezi s člankom 8.

2. Status podnositelaca prijave kao žrtvi

73. U usmenim izlaganjima pred sudom, Vlada je također istakla pitanje da li tužitelji i dalje mogu tvrditi da su žrtve navodnog kršenja, obzirom da je Zakon o registriranom partnerstvu stupio na snagu.

74. Sud ponavlja da status tužitelja kao žrtve može zavisiti od naknade dosuđene na unutrašnjoj razini, na temelju činjenica na koje se žali sudu, te da li su domaće vlasti izričito ili u suštini potvrdile kršenje Konvencije. Samo kada su ova dva uvjeta ispunjena, supsidijarna priroda Konvencije sprečava ispitivanje prijave (vidi, npr., *Scordino protiv Italije* (odluka), broj 36813/97, ECHR 2003IV).

75. U ovom predmetu, Sud ne mora ispitivati da li je ispunjen prvi uvjet, jer drugi uvjet nije ostvaren. Vlada je učinila jasnim da je Zakon o registriranom partnerstvu usvojen kao stvar odabira, a ne u pravcu ispunjenja obaveza iz Konvencije (vidi niže, stavka 80). Prema tome, usvajanje tog zakona se ne može smatrati potvrdom kršenja Konvencije,

kako navode tužitelji. Kao posljedicu ovoga, Sud odbija argument Vlade da tužitelji više ne mogu tvrditi da su žrtve navodnog kršenja članka 14 u vezi s člankom 8.

3. Zaključak

76. U svjetlu navoda stranaka, Sud smatra da žalba otvara ozbiljna činjenična i pravna pitanja iz Konvencije, čije utvrđivanje zahtijeva ispitivanje opravdanosti zahtjeva, odnosno tužbe. Stoga, Sud zaključuje da tužba nije očigledno neosnovana u smislu značenja članka 35 stavka 3 Konvencije. Nisu utvrđene druge osnove neprihvatljivosti.

B. Opravdanost

1. Navodi stranaka

77. Tužitelji ostaju kod tvrdnje da je bit njihove žalbe da su diskriminirani kao istospolni par. Usuglašavajući se s Vladom o primjenjivosti članka 14 u vezi sa člankom 8, tvrde da slično razlikama zasnovanim na spolu, razlike zasnovane na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju naročito ozbiljne razloge opravdanja. Prema njihovim tvrdnjama, Vlada je propustila da iznese bilo kakve razloge za onemogućavanje zaključenja braka.

78. Iz presude *Karner* (gore citirana, stavka 40) slijedi da je zaštita tradicionalne obitelji bila važan i legitiman razlog, ali da se mora pokazati da je postojeća razlika također bila neophodna radi postizanja tog cilja. Kako tvrde tužitelji, ništa ne pokazuje da je isključenje istospolnih parova od mogućnosti zaključenja braka bilo potrebno radi zaštite tradicionalne obitelji.

79. U usmenim izlaganjima, reagirajući na usvojeni Zakon o registriranom partnerstvu, tužitelji ističu da su preostale razlike između braka s jedne strane i registriranog partnerstva s druge i dalje diskriminirajuće. Naročito navode da Zakon o registriranom partnerstvu nije omogućio zaruke; da se, za razliku od braka, partnerstvo ne registrira u Kancelariji za pitanja osobnog statusa, već pred Administrativnom vlašću okruga; da nema osnova za naknadu štete u slučaju nezakonite smrti partnera; te da je nejasno da li bi se izvjesne beneficije date "obiteljima", dale i registriranim partnerima i djeci jednog od njih, s

kojima žive u zajedničkom domaćinstvu. Premda razlike zasnovane na seksualnoj orijentaciji zahtijevaju naročito važne razloge, Vlada ih nije dala.

80. Vlada prihvaća da je članak 14 u vezi sa člankom 8 Konvencije primjenjiv. Dosadašnja praksa Suda je smatrala da homoseksualni odnos spada pod pojam “privatnog života”, ali mogu postojati valjani razlozi uključivanja odnosa istospolnog para koji zajedno živi, u obujmu “obiteljskog života”.

81. U pogledu ispunjavanja uvjeta iz članka 14 u vezi s člankom 8, Vlada tvrdi da je unutar prostora slobodne ocjene zakonodavca da li će istospolnim parovima biti omogućeno da se njihov odnos potvrdi u bilo kakvoj drugoj formi, različitoj od braka. Austrijski je zakonodavac kreirao politiku izbora da bi to omogućio istospolnim parovima. Prema Zakonu o registriranom partnerstvu koji je stupio na snagu 1. siječnja 2010. godine istospolnim partnerima je omogućena registracija, a koja im pruža status vrlo sličan braku. Novi zakon tako regulira različita područja, kao što je građansko i kazneno pravo, socijalno pravo i pravo socijalnog osiguranja, porezno pravo, pravo upravnog postupka, pravo zaštite osobnih podataka i javnu službu, pitanja putovnice i evidencija, te pravo stranaca.

2. Navodi treće strane

82. U pogledu primjenjivosti članka 8, Vlada treće strane iznosi da iako postojeća sudska praksa ne smatra da istospolni odnos spada pod pojam “obiteljskog života”, to u budućnosti ne treba isključiti. Bilo kako bilo, članak 8 promatran u vezi sa člankom 14 ne treba interpretirati tako da zahtijeva zaključenje braka, ili uspostavu alternativne forme pravnog priznanja istospolnog odnosa.

83. U pogledu opravdanosti takvog različitog tretmana, Vlada treće strane navodi argumente tužitelja iz presude *Karner*. U tom je predmetu Sud našao da isključenje istospolnih parova iz zaštite date raznospolnim parovima prema Zakonu o najmu nije bilo neophodno kako bi se postigao zakonski cilj zaštite obitelji u tradicionalnom smislu. U sadašnjem predmetu, suština je drugačija: ono što je od značaja je pitanje zaključenja braka ili alternativno pravno priznanje. Opravdanje za ovu naročitu razliku tretmana između raznospolnih i istospolnih parova je propisano u samom članku 12 Konvencije.

84. Konačno, Vlada treće strane navodi da je u Ujedinjenom Kraljevstvu Zakon o građanskom partnerstvu, na snazi od prosinca 2005. godine, uvela sustav registracije partnerstva istospolnih parova. Međutim, taj zakon je usvojen kao politika izbora u svrhu promoviranja društvene, odnosno, socijalne pravde i jednakosti, ali se ne smatra da Konvencija nameće pozitivnu obvezu da se to omogući. Po gledištu Vlade, takvo stanovište je potvrđeno odlukom suda u predmetu *Courten protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (broj 4479/06, 4. studenog 2008. godine).

85. U zajedničkom izjašnjenju, četiri nevladine organizacije navode da Sud treba odlučiti o pitanju da li istospolna veza ili par spada pod pojam “obiteljskog života” u smislu značenja članka 8 Konvencije. Ukazuju da je u presudi *Karner* (gore citirana, stavka 33) ovo pitanje ostalo otvoreno. Navode da je do sada generalno prihvaćeno da istospolni parovi imaju isti kapacitet da uspostave dugoročni emocionalni i seksualni odnos kao i parovi različitog spola i time imaju istu potrebu, kao i parovi različitog spola, da im se zakonom taj odnos prizna.

86. Ukoliko Sud ne nađe da članak 12 od država ugovornicaa zahtijeva da istospolnim parovima omoguće zaključenje braka, treba postaviti pitanje da li prema članku 14 u vezi sa člankom 8 postoji obaveza alternativnih sredstava pravnog priznanja istospolnog odnosa.

87. Na ovo pitanje nevladine organizacije odgovaraju pozitivno: prvo, isključenje istospolnih parova od posebnih prava i beneficija danih braku (kao što je npr. pravo preživjelog partnera na mirovinu) bez bilo kakve mogućnosti alternativnog sredstva, predstavlja neizravnu diskriminaciju (vidi *Thlimmenos protiv Grčke* [GC], br. 34369/97, stavka 44, ECHR 2000-IV). Drugo, suglasne su s argumentom tužitelja iz presude *Karner* (gore citirana). Treće, navode da stanje europskog konsenzusa pojačano podržava ideju da države članice imaju obavezu osiguranja, ako ne braka, tada alternativnih načina pravnog priznanja. Do sada, njih skoro 40% ima zakonodavstvo kojim se istospolnim parovima dozvoljava registracija njihovog odnosa kao braka, ili prema drugom nazivu (vidi gore, stavke 27-28).

3. Ocjena Suda

a. Primjenjivost članka 14 u vezi s člankom 8

88. Sud se bavio brojnim predmetima o diskriminaciji zbog seksualne

orijentacije. Neki su ispitani u svjetlu članka 8 samostalno, i to predmeti kazneno-pravne zabrane homoseksualnih odnosa između odraslih osoba, (vidi *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. listopada 1981. godine, Serija A, broj 45; *Norris protiv Irske*, 26. listopada 1988. godine, Serija A, broj 142; i *Modinos protiv Cipra*, 22. travanja 1993. godine, Serija A, broj 259), te otpust homoseksualaca iz oružanih snaga (vidi *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi 33985/96 i 33986/96, ECHR 1999VI). Drugi predmeti su ispitani prema članku 14 u vezi s člankom 8. Oni uključuju, *inter alia*, različitu starosnu dob za pristanak na homoseksualni odnos, prema kaznenom zakonodavstvu (*L. i V. protiv Austrije*, brojevi 39392/98 i 39829/98, ECHR 2003I), dodjelu roditeljskog prava (*Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, broj 33290/96, ECHR 1999IX), dozvolu za usvajanje djeteta (*Fretté protiv Francuske*, broj 36515/97, ECHR 2002-I, i *E.B. protiv Francuske*, gore citirana), te pravo naslijeđa korištenja stana nakon smrti partnera (*Karner*, gore citirana).

89. U ovom predmetu, tužitelji su formulirali žalbu u smislu članka 14 u vezi s člankom 8. Sud nalazi odgovarajućim da tako i postupi.

90. Kao što je Sud konstantno odlučivao, članak 14 nadopunjuje druge suštine odredbe Konvencije i njenih Protokola. Ne stoji samostalno, jer mu je efekt jedino u vezi s “izvršavanjem prava i sloboda” osiguranih tim odredbama. Iako primjena članka 14 ne pretpostavlja kršenje tih odredbi – i u tom dijelu je autonomna – nema mjesta njenoj primjeni osim ako predmetne činjenice ne spadaju u okvir jednog ili drugog (prava ili slobode) (vidi npr., *E.B. protiv Francuske*, gore citirana, stavka 47; *Karner*, gore citirana, stavka 32; i *Petrović protiv Austrije*, 27. ožujka 1998. godine, stavka 22, *Reports* 1998II).

91. U ovom predmetu je nesporno da odnos istospolnog para, kao što su tužitelji, spada u pojam “privatnog života” u smislu značenja članka 8. U svjetlu komentara stranaka, međutim, Sud nalazi korisnim ocijeniti okolnost da li njihov odnos također predstavlja “obiteljski život”.

92. Sud ponavlja svoju kreiranu praksu u pogledu parova suprotnih spolova, i to da prema toj odredbi pojam obitelji nije vezan za odnos iz osnova braka i može obuhvatiti druge *de facto* “obiteljske” veze, tamo gdje parovi žive zajedno u izvanbračnoj vezi. Dijete rođeno u takvoj vezi je *ipso jure* dio te “obiteljske zajednice” momentom i prostom činjenicom njegovog rođenja. (vidi *Elsholz protiv Njemačke* [GC], broj 25735/94, stavka 43, ECHR 2000VIII; *Keegan protiv Irske*, 26. svibnja

1994. godine, stavka 44, Serija A, broj 290; kao i *Johnston i Ostali protiv Irske*, 18. prosinca 1986. godine, stavka 56, Serija A, broj 112).

93. Suprotno tome, praksa Suda je jedino prihvatila da emocionalni i seksualni odnos istospolnog para predstavlja “privatni život”, ali nije utvrdila da predstavlja “obiteljski život”, čak i tamo gdje je dugotrajna veza u zajednici za par bila od značaja. Dolazeći do tog zaključka, Sud je zapazio da unatoč rastućoj tendenciji brojnih država članica prema pravnom i zakonskom priznanju stabilnog *de facto* partnerstva između homoseksualaca, obzirom na postojanje nedovoljno zajedničkih osnova među državama članicama, to je područje u kome one još uživaju široku marginu slobodne procjene (vidi *Mata Estevez protiv Španjolske* (odluka), broj 56501/00, ECHR 2001VI, s daljnjim referencama). U predmetu *Karner* (gore citirana, stavka 33), povodom prava istospolnog preživjelog partnera na korištenje stana iza preminulog partnera, što spada pod pojam “doma”, Sud je eksplicitno ostavio otvorenim pitanje da li se predmet istovremeno tiče “privatnog i obiteljskog života” tužitelja, odnosno, podnositelja zahtjeva.

94. Sud zapaža da od 2001. godine, kada je donijeta odluka u predmetu *Mata Estevez*, u mnogim je državama članicama došlo do brze evolucije socijalnog stava prema istospolnim partnerima. Otada, značajan broj država članica je omogućio zakonsko priznanje istospolnih parova (vidi gore, stavke 27-30). Izvjesne odredbe EU propisa se također odnose na rastuću tendenciju uključivanja istospolnih parova u pojam “obitelji” (vidi gore, stavka 26).

95. U svjetlu te evolucije, Sud smatra umjetnim održavati stanovište da suprotno od para različitog spola, istospolni par ne može ostvarivati “obiteljski život” u svrhu članka 8. Posljedično, veza između tužitelja, istospolnog para koji živi zajedno u stabilnoj *de facto* vezi, spada pod pojam “obiteljskog života”, isto kao što bi bila situacija sa vezom para različitih spolova.

96. Prema tome, Sud zaključuje da ovaj predmet spada pod pojam “privatnog života” kao i “obiteljskog života” u smislu značenja članka 8. Otuda, članak 14 u vezi s člankom 8 je primjenjiv.

b. Usuglašenost s člankom 14 u vezi s člankom 8

97. U svojoj praksi, Sud je utvrdio da u cilju isticanja slučaja prema članku 14 mora postojati razlika u postupanju prema osobi u relevantno

sličnoj situaciji. Takvo različito postupanje je diskriminirajuće ako nema objektivnog i razumnog opravdanja; drugim riječima, ako ne slijedi legitimni cilj ili ako nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići. Države ugovornice uživaju marginu slobodne procjene u ocjeni da li i u kojoj mjeri razlike u drugoj sličnoj situaciji opravdavaju različito postupanje (vidi *Burden*, gore citirana, stavka 60).

98. S jedne strane, Sud je učestalo nalazio da, isto kao razlikovanje zasnovano na spolu, razlikovanje zasnovano na seksualnoj orijentaciji zahtijeva naročito ozbiljne razloge opravdanja (vidi *Karner*, gore citirana, stavka 37; *L. i V. protiv Austrije*, gore citirana, stavka 45; te *Smith i Grady*, gore citirana, stavka 90). S druge strane, široka margina slobodne procjene iz Konvencije se državi često dozvoljava, kada se radi o generalnim mjerama ekonomske ili društvene strategije (vidi, npr., *Stec i Ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 65731/01, stavka 52, ECHR 2006VI).

99. Okvir margine slobodne procjene će se mijenjati prema okolnostima, predmetu i njegovoj pozadini; u tom smislu, jedan od bitnih faktora može biti postojanje ili nepostojanje zajedničkih osnova među propisima država članica (vidi *Petrović*, gore citirana, stavka 38).

100. I dok stranke nisu izričito isticale okolnost da li su podnositelji zahtjeva, odnosno, tužitelji bili u relevantno sličnoj situaciji prema paru različitog spola, Sud će započeti od premise da su istospolni parovi kao i parovi različitog spola jednako sposobni da stupe u stabilnu vezu. Otuda, oni se nalaze u relevantno sličnoj situaciji kao i parovi različitog spola, u pogledu njihove potrebe za zakonskim priznanjem i zaštitom njihovih odnosa.

101. Tužitelji tvrde da su diskriminirani kao istospolni par, prvo, u tome što nemaju mogućnost zaključenja braka i drugo, što ne postoji alternativno sredstvo zakonskog priznanja, do stupanja na snagu Zakona o registriranom partnerstvu.

102. U mjeri u kojoj tužitelji tvrde, ako nije uključeno u članak 12, pravo na zaključenje braka se može izvesti iz članka 14 u vezi s člankom 8, Sud se sa ovim ne može suglasiti. On ponavlja da se Konvencija tumači kao cjelina i njeni članci moraju biti u uzajamnoj harmoniji (vidi *Johnston i Ostali*, gore citirana, stavka 57). Imajući u vidu gore naznačeni zaključak, naime - da članak 12 ne nameće obavezu državama

članicama da istospolnim parovima dozvoli zaključenje braka, članak 14 u vezi s člankom 8, kao odredba općenitije svrhe i opsega, ne može se interpretirati tako da se njome nameće takva obaveza.

103. Usmjeravajući se k drugom dijelu žalbi podnositelja zahtjeva, tj. nedostatku alternativnog zakonskog priznanja, Sud zapaža da u vrijeme podnošenja žalbe, oni nisu imali nikakvu mogućnost da im se austrijskim pravom prizna njihova veza. Takvo stanje je trajalo do 1. siječnja 2010. godine kada je na pravnu snagu stupio Zakon o registriranom partnerstvu.

104. U vezi s time, Sud ponavlja da se u postupku koji potiče iz individualne prijave, mora usmjeriti što je više moguće na ispitivanje konkretnog predmeta (vidi *F. protiv Švicarske*, gore citirana, stavka 31). Obzirom da je tužiteljima sada omogućena registracija partnerstva, Sud nije pozvan da ispituje da li bi nedostatak bilo kakvog sredstva zakonskog priznanja istospolnih parova predstavljao kršenje članka 14 u vezi s člankom 8, ukoliko se i sada kod toga ostaje.

105. Ono što preostaje ispitati prema okolnostima ovog predmeta je da li je tužena država trebala da podnosiocima prijave osigura alternativna sredstva zakonskog priznanja njihove veze, prije nego je to i učinila.

106. Sud ne može a ne primijetiti razvijanje europskog konsenzusa u pravcu zakonskog priznanja istospolnih parova. Štoviše, ova se tendencija rapidno razvila u zadnjem desetljeću. No, još uvijek nema većine država koje omogućavaju zakonsko priznanje istospolnih parova. Područje o kojem je riječ se stoga mora tretirati kao područje u kome se prava stvaraju bez uspostavljenog konsenzusa, gdje države moraju imati marginu slobodne procjene u vrijeme usvajanja izmjena zakonodavstva (vidi *Courten*, gore citirana; također i *M.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odluka), broj 11313/02, 23. srpnja 2009. godine, oba predmeta se odnose na usvajanje Zakona o građanskom partnerstvu u Ujedinjenom Kraljevstvu).

107. Austrijski Zakon o registriranom partnerstvu, koji je stupio na pravnu snagu 1. siječnja 2010. godine, oslikava gore opisanu evoluciju i dio je razvoja europskog konsenzusa. Iako nije prethodnica, austrijskom zakonodavcu se ne može prigovarati za ranije nedonošenje Zakona o registriranom partnerstvu (vidi, *mutatis mutandis*, *Petrović*, gore citirana, stavka 41).

108. Konačno, Sud će ispitati argument tužitelja da su oni i dalje diskriminirani kao istospolni par u pogledu određenih razlika nastalih iz statusa braka, s jedne strane, i registriranog partnerstva, s druge strane.

109. Sud polazi od gore navedenih utvrđenja da su prema članku 12 Konvencije, kao i prema članku 14 u vezi s člankom 8, države još uvijek slobodne da parovima različitog spola ograniče zaključenje braka. Bilo kako bilo, proizlazi da se tužitelji žale da ukoliko država odluči da istospolnim parovima omogući alternativna sredstva priznanja, obavezna je osigurati im status koji - iako drugačijeg naziva - odgovara braku u bilo kom i svakom smislu. Sud nije uvjeren u ovaj argument. Suprotno tome, smatra da države uživaju izvjesnu marginu slobodne ocjene u pogledu točno određenog statusa koji se osigurava alternativnim sredstvima priznavanja.

110. Sud zapaža da u mnogim aspektima Zakon o registriranom partnerstvu omogućava tužiteljima ostvarivanje pravnog statusa istog ili sličnog braku (vidi gore, stavke 18-23). Dok tu postoje samo male razlike u pogledu materijalno-pravnih posljedica, izvjesne suštinske razlike ostaju u domenu roditeljskog prava. Međutim, ovo u cijelosti odgovara trendu u drugim državama članicama (vidi gore, stavke 32-33). Štoviše, u ovom predmetu Sud nije pozvan da detaljno ispituje neku ili sve ove razlike. Na primjer, kako tužitelji ne tvrde da se restrikcije umjetne oplodnje ili usvojenja direktno na njih odnosi, izašlo bi se van opsega tužbe kada bi se ispitivalo da li su te razlike opravdane. U cjelini, Sud ne vidi bilo kakvu naznaku da je tužena država prekoračila marginu slobodne ocjene izborom prava danih registriranom partnerstvu.

111. Zaključno, Sud nalazi da nema kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

IV. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 1 PROTOKOLA BR. 1

112. Tužitelji se žale da usporedivo sa bračnim parom, trpe mane u financijskoj sferi, naročito prema poreznim zakonima. Pozivaju se na članak 1 Protokola Broj 1, koji glasi, kako slijedi:

“Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utječu na pravo države da

primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu s općim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa ili kazni.”

Prihvatljivost

113. U podnescima, Vlada navodi da žalbu tužitelja o mogućoj diskriminaciji u sferi financija treba proglasiti neprihvatljivom zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava. Međutim, ovaj argument nije istakla u usmenom izlaganju pred sudom.

114. Sud zapaža da su tužitelji u žalbi Ustavnom sudu istakli okolnost diskriminacije u financijskoj sferi, naročito u poreznim zakonima, da bi ilustrirali primarnu žalbu, tj. da su kao istospolni par diskriminirani time što ne mogu zaključiti brak.

115. Prema okolnostima ovog predmeta, Sud nije pozvan da rješava pitanje da li su tužitelji iscrpili domaća pravna sredstva. Zapaža da tužitelji u aplikaciji ne navode detalje u vezi navodnog kršenja članka 1 Protokola br. 1. Stoga, Sud smatra da ova žalba nije potkrijepljena.

116. Slijedi da je ta žalba očigledno neosnovana i mora se odbaciti na osnovu članka 35 stavka 3 i 4 Konvencije.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. *Odbija* jednoglasno zahtjev Vlade za skidanje predmeta sa liste;
2. *Prolašava* sa šest glasova prema jedan da je žalba tužitelja prema članku 12 Konvencije prihvatljiva;
3. *Prolašava* jednoglasno prihvatljivom žalbu tužitelja prema članku 14 u vezi s člankom 8 Konvencije;
4. *Prolašava* jednoglasno neprihvatljivim ostatak aplikacije;
5. *Utvrdjuje* jednoglasno da nema kršenja članka 12 Konvencije;
6. *Utvrdjuje* s četiri prema tri glasa da nema kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

Sačinjeno na engleskom jeziku i dostavljeno u pismenom obliku dana 24. srpnja 2010. godine, na temelju Pravila 77 stavka 2 i 3 Pravila Suda.

André Wampach
Christos Rozakis
Zamjenik Tajnika
Predsjednik

Na osnovu članka 45 stavka 2 Konvencije i Pravila 74 stavka 2 Pravila suda, ovoj presudi prilažu se sljedeća izdvojena mišljenja:

(a) Zajedničko suprotno mišljenje sudaca Rozakisa, Spielmanna i Jebensa;

(b)	Suglasno	mišljenje	suca	Malinvernija,
kojem	se	pridružio	sudac	Kovler.C.L.R.
A.M.W				

ZAJEDNIČKO SUPROTNO MIŠLJENJE SUDACA

ROZAKISA, SPIELMANNA I JEBENSA

1. Glasali smo protiv točke 6 operativnog dijela presude. Ne možemo se suglasiti s većinom da nema kršenja članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije, iz sljedećih razloga:

2. U ovom vrlo važnom predmetu, nakon što je pažljivo ispitao svoju raniju praksu, Sud je načinio važan korak naprijed u svojoj praksi proširujući pojam “obiteljski život” na istospolne parove. Oslanjajući se naročito na razvoj u pravu EU (vidi Direktive 2003/86/EC od 22. rujna 2003. godine o pravu na ujedinjenje obitelji i 2004/38/EC u vezi prava državljana Unije i članove njihovih obitelji na slobodno kretanje i nastanjenje na teritoriju država članica), u stavki 93 presude, Sud je identificirao “rastuću tendenciju uključivanja istospolnih parova u pojam obitelji”.

3. Sud je ovo dostojanstveno potvrdio u stavki 94 presude:

“U svjetlu te evolucije, Sud smatra umjetnim održavati stanovište da suprotno od para različitog spola, istospolni par ne može ostvarivati “obiteljski život” u svrhu članka 8. Posljedično, veza između tužitelja, istospolnog para koji živi zajedno u stabilnoj *de facto* vezi, spada pod pojam “obiteljskog života”, isto kao što bi bila situacija s vezom para različitog spola.”

4. Nepostojanje bilo kakvog pravnog okvira prije nego je Zakon o registriranom partnerstvu (“Zakon”) stupio na snagu, stvara ozbiljan problem. U tom smislu mi zapažamo kontradikciju u razlozima Suda. Odlučivši u stavu 94. da “*veza između tužitelja spada pod pojam obiteljskog života*”, trebalo je da Sud izvede zaključke iz ove tvrdnje. Međutim, odlučujući da nema kršenja, Sud u isto vrijeme potvrđuje ovaj pravni vakuum, bez nametanja tuženoj državi bilo koje pozitivne obveze da osigura zadovoljavajući okvir, makar u izvjesnoj mjeri, omogućavanjem tužiteljima zaštitu koju bi trebala uživati svaka obitelj.

5. U stavki 99, po vlastitoj inicijativi, Sud je odlučio da:

“su istospolni parovi kao i parovi različitog spola jednako sposobni da stupe u stabilnu vezu. Otuda, oni se nalaze u relevantno sličnoj situaciji kao i parovi različitog spola, u pogledu njihove potrebe za zakonskim priznanjem i zaštitom njihovih odnosa.”

6. Tužitelji se ne žale samo da su diskriminirani time što im je uskraćeno pravo na zaključenje braka, već i – a što je značajno – da nisu imali nikakvu drugu mogućnost da se njihova veza prizna zakonom prije nego je Zakon stupio na snagu.

7. Ne želimo se zadržavati na djelovanju Zakona, koji je tek 2010. godine stupio na snagu, niti posebno na pitanje da li su izvjesna rješenja iz tog Zakona, kako ih je Sud identificirao u stavkama presude 18-23, u suglasnosti s člankom 14 u vezi s člankom 8 Konvencije budući da je prema našem viđenju, kršenje kombinacije ovih članova nastupilo u svakom slučaju prije Zakona.

8. Identificirajući “*relevantno sličnu situaciju*” (stavka 99), i naglašavajući da “*razlikovanje temeljeno na seksualnoj orijentaciji zahtijeva naročito ozbiljne razloge opravdanja*” (stavka 97), trebalo je da Sud utvrdi kršenje članka 14 u vezi s člankom 8 Konvencije, jer tužena Vlada nije predložila nijedan argument da bi opravdala razliku u postupanju, u tom smislu se oslanjajući uglavnom na njenu marginu slobodne procjene (stavka 80). Međutim, u nedostatku bilo kakvih uvjerljivih razloga Vlade u pravcu opravdanja različitog postupanja, ne treba biti mjesta primjeni margine procjene. Posljedično “*postojanje ili nepostojanje zajedničkih osnova među propisima država članica*” (stavka 98) je irelevantno jer su takva stanovišta samo osnova, podložna primjeni koncepta margine slobodne ocjene. Zaista, to će biti samo u slučaju da nacionalne vlasti daju osnovu za opravdanje kojim se Sud može zadovoljiti, uzimajući u obzir postojanje ili nepostojanje zajedničkog pristupa, jer su one (nacionalne vlasti) u boljoj poziciji da se time djelotvorno bave, nego što je to Sud.

9. Danas je u društvu široko priznato i prihvaćeno da istospolni parovi stupaju u stabilne veze. Svaki nedostatak pravnog okvira koji im omogućava, makar u izvjesnoj mjeri, ista prava ili povlastice dane braku (vidi stavku 4 ovog suprotnog mišljenja) bi zahtijevao snažno opravdanje, naročito uzimajući u obzir rastući trend u Europi k omogućavanju nekih načina ostvarivanja tih prava ili povlastica.

10. Stoga, po našem mišljenju, prekršen je članak 14 u vezi s člankom 8 Konvencije.

SUGLASNO MIŠLJENJE SUCA MALINVERNIJA KOJEM SE PRIDRUŽIO SUDAC KOVLER

(Prijevod)

Kao i moje kolege, glasao sam da nema kršenja članka 12 Konvencije. Međutim, ne mogu se pridružiti nekim argumentima iznijetim u presudi, kada se donosio takav zaključak.

1. Stoga, ne dijelim mišljenje da se “izolirano gledajući, rječnik članka 12 može interpretirati tako da ne isključuje brak između dva muškarca ili dvije žene” (vidi stavku 55 presude).

Člankom 31 stavkom 1 Bečke Konvencije o pravu međunarodnih ugovora od 23. svibnja 1969. godine, koji propisuje opće pravilo interpretacije međunarodnih ugovora “ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora”.

Prema mom viđenju, “uobičajeni smisao izraza iz ugovora” u slučaju članka 12 ne može biti ništa drugo do potvrda da muškarac i žena, osobe suprotnog spola, imaju pravo na zaključenje braka. Do takvog zaključka sam došao čitajući članak 12 “u svjetlu njegovog predmeta i svrhe”. Zaista, članak 12 pridružuje pravo na zaključenje braka pravu na osnivanje obitelji.

Članak 31 stavak 3 Bečke Konvencije propisuje da se, kao i kontekst, “o svakoj naknadnoj praksi u primjeni ugovora kojom se ustanovljuje sporazum između stranaka o tumačenju ugovora” mora voditi računa (točka (b)).

Ne mislim da se na ovu odredbu Bečke Konvencije može pozvati u prilog zaključku iznijetom u stavci 55. Činjenica da trenutno pet država omogućavaju homoseksualnim parovima da zaključe brak, prema mom mišljenju se ne može smatrati “naknadnom praksom u primjeni ugovora” u smislu značenja ove odredbe.

Literarna interpretacija, koja prema Bečkoj Konvenciji, predstavlja “opće pravilo tumačenja” time prekludira članak 12 kao da je dat tako da osobama istog spola omogućava zaključenje braka.

Do istog zaključka dolazim ukoliko tumačim članak 12 pozivom na druga pravila tumačenja, iako su ta pravila, kako je to pravilno istaknuto u naslovu članka 32 Bečke Konvencije, jedino dopunski načini tumačenja, te doslovno tumačenje ostaje kao opće pravilo (članak 31).

U smislu članka 32 Bečke Konvencije može se pribjeći dopunskim načinima tumačenja, naročito da bi se “utvrdilo značenje, kada je tumačenje prema članku 31 (a) dvosmisleno ili nejasno; ili (b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman”.

Imajući u vidu da dopunski načini interpretacije uključuju, kako je to navedeno u članku 32 Bečke Konvencije “pripreme radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen”, smatram da takozvana povijesna interpretacija na koju se poziva članak 32 Bečke Konvencije može služiti samo da bi se “potvrdio smisao koji proističe iz primjene članka 31” (članak 32).

Prema tome, kod mene nema sumnje da se članak 12 Konvencije ne može tumačiti na bilo koji drugi način osim da se primjenjuje isključivo na osobe različitog spola.

Zaista, Konvencija je živi instrument koji se mora tumačiti na “suvremeni” način, u svjetlu današnjih okolnosti (vidi *E.B. protiv Francuske* [GC], broj 43546/02, stavka 92, ECHR 2008-..., i *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 28957/95, stavke 74-75, ECHR 2002-VI). Istina je i da od usvajanja Konvencije postoje važne socijalne promjene institucije braka (vidi *Christine Goodwin*, gore citirana, stavka 100). Međutim, kako je Sud našao u *Johnston i Ostali protiv Irske* (18. prosinca 1986. godine, stavka 53, Serija A, broj 112), dok se Konvencija mora tumačiti u svjetlu današnjih uvjeta, Sud ne smije, bilo kakvim razvojnim tumačenjem “odstupiti od prava koje u početku nije bilo ni propisano”.

2. Ne mogu prihvatiti ni izjavu da “vodeći računa o članku 9 Povelje... Sud ne bi dalje smatrao da pravo na zaključenje braka predviđeno člankom 12 mora u svakom slučaju biti ograničeno na brak između dvije osobe suprotnih spolova. Posljedično, ne može se reći da članak 12 nije primjenjiv na žalbe tužitelja” (vidi stavku 61 presude).

Suprotno tome, smatram da članak 12 nije primjenjiv na osobe istog spola.

Istina, osiguravajući pravo na zaključenje braka, članak 9 Povelje Europske Unije o osnovnim pravima ciljano propušta bilo kakvu referencu na muškarce i žene, jer propisuje da se “pravo na zaključenje braka i zasnivanje obitelji osigurava u skladu s nacionalnim zakonima kojima se uređuje izvršavanje tih prava”.

Prema mom mišljenju, međutim, iz ovoga se ne mogu izvesti bilo kakvi zaključci u pogledu tumačenja članka 12/. Konvencije.

Komentar Povelje zaista potvrđuje da su autori namjeravali da obim članka 9 bude širi nego odgovarajući članci u drugim međunarodnim instrumentima. No, ne smije se zaboraviti da članak 9 Povelje osigurava pravo na zaključenje braka i osnivanje obitelji “u skladu s nacionalnim zakonima kojima se uređuje izvršavanje tih prava”.

Pozivajući se na ovaj način na relevantno domaće zakonodavstvo, članak 9 Povelje prosto ostavlja državama da odluče žele li omogućiti homoseksualnim parovima pravo na zaključenje braka. No, kako se to pravilno ukazuje Komentarom “nema prepreka priznanju istospolnih veza u kontekstu braka. Mada, tu nema izričitog zahtjeva da domaće zakonodavstvo treba urediti takve brakove.”

Prema mom viđenju, članak 9 Povelje ne treba voditi računa o tumačenju članka 12 Konvencije tako da pravo na zaključenje braka imaju samo osobe različitog spola.

Točno je da se Sud već pozivao na članak 9 Povelje u presudi *Christine Goodwin* (gore citirana, stavka 100). Međutim, u tom je predmetu Sud razmatrao da li je činjenica što je domaće zakonodavstvo uzelo u obzir, u svrhu ovlasti za zaključenje braka, spol registriran u trenutku rođenja, a ne spol stečen operativnom promjenom spola, bila ograničenje koja je umanjila suštinu prava na zaključenje braka. Nakon operacije, tužiteljica je živjela sa ženom i željela je zaključiti brak s muškarcem. Dakle, predmet se tiče braka između osoba istog spola.

Prava transrodnih osoba

Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva

Sud nije uvjeren da medicina ili znanstvena saznanja pružaju bilo kakav odlučujući argument po pitanju pravnog priznavanja transseksualnih osoba Nije dokazano da postoji bilo kakva vjerojatnost da će promjene statusa transseksualnih osoba prouzročiti 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 tolerira određenu dozu neugodnosti kako bi se pojedincima/kama omogućilo da vode dostojanstven i častan život sa spolnim identitetom za koji su se, uz velike osobne žrtve, opredjelili/e.

Van Kuck protiv Njemačke

... koncept „privatnog života“ je širok pojam koji nije podložan iscrpnom definiranju. On pokriva fizički i psihološki integritet osobe. Katkada može uključivati aspekte fizičkog i društvenog identiteta osobe. Elementi kao što su, primjerice, spolni identitet, ime, seksualna orijentacija i seksualni život spadaju u osobnu sferu koja je zaštićena člankom 8. Članak 8 također štiti pravo na osobni razvoj te pravo uspostave i razvoja odnosa s drugim ljudskim bićima i vanjskim svijetom. Također, Sud drži da, iako niti jedan prijašnji slučaj nije definirao pravo na samoodređenje kao takvo, tj. kao što je to navedeno u članku 8, poimanje osobne autonomije je važno načelo koje čini temelj za tumačenje jamstava svojstvenih samoodređenju. Štoviše, sama bit Konvencije, dakle, poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudskih sloboda, štiti pravo transseksualnih osoba na osobni razvoj te fizičku i moralnu sigurnost.

**PREDMET GOODWIN PROTIV UJEDINJENOG
KRALJEVSTVA**

(Zahtjev br. 28957/95)

PRESUDA

STRASBOURG

11. srpnja 2002.

U predmetu Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva,

Europski sud za ljudska prava, zasjedajući kao Veliko vijeće u sastavu od sljedećih sudaca/sutkinja:

Mr L. Wildhaber, *predsjednik*,
g. J.-P. Costa,
Sir Nicolas Bratza,
gđa. E. Palm,
g. L. Caflisch,
g. R. Türmen,
gđa. F. Tulkens,
g. K. Jungwiert,
g. M. Fischbach,
g. V. Butkevych,
gđa. N. Vajić,
g. J. Hedigan,
gđa. H.S. Greve,
g. A.B. Baka,
g. K. Traja,
g. M. Ugrehelidze,
gđa. A. Mularoni, *suci*,
i također g. P. J. Mahoney, *tajnik*,

Nakon vijećanja zatvorenog za javnost 20. ožujka i 3. srpnja 2002. godine, donosi sljedeću presudu, koja je usvojena potonjeg datuma:

....

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

12. Podnositeljica zahtjeva je državljanka Ujedinjenog Kraljevstva rođena 1937. godine. Ona je postoperativna transseksualna osoba koja promijenila spol iz muškog u ženski.

13. Podnositeljica zahtjeva je imala tendenciju odijevanja kao žena od ranog djetinjstva i podvrgnula se averzivnoj terapiji 1963. i 1964. godine. Sredinom 1960-ih dijagnosticirana je kao transseksualna osoba. Iako je bila u braku sa ženom s kojom je imala četvero djece, bila je uvjerena da njen „mentalni spol” nije odgovarao njenom tijelu. Od tada pa do 1984. odijevala se kao muškarac za posao, a kao žena u slobodno vrijeme. U siječnju 1985. godine, podnositeljica zahtjeva započela je s ozbiljnom terapijom, odlazeći svaka tri mjeseca na tretmane u Kliniku za rodni identitet bolnice Charing Cross, što je uključivalo redovne konzultacije s psihijatrom, kao i povremene s psihologom. Propisana joj je hormonska terapija, počela je pohađati satove dotjerivanja i glasovne vježbe. Od tog je razdoblja u potpunosti živjela kao žena. Operaciji skraćivanja glasnica podvrgnula se u listopadu 1986. godine. Na listu čekanja za operaciju promjene spola je stavljena u kolovozu 1987. godine. Operacija promjene spola obavljena je 1990. u jednoj državnoj bolnici. Troškove njenog liječenja i operacije pokrila je Nacionalna zdravstvena služba.

14. Podnositeljica zahtjeva razvela se od svoje bivše supruge neutvrđenog datuma, ali su joj njezina djeca i dalje pružala ljubav i podršku.

15. Podnositeljica zahtjeva tvrdi da su je kolege/ice na poslu seksualno uznemirivale od 1990. do 1992. godine. Pokušala je pred Sudom za radne sporove dobiti spor zbog seksualnog uznemiravanja, ali je navela da u tome nije uspjela s obzirom na to da je u očima zakona bila muškarac. Tu odluku nije osporavala žalbom Žalbenom sudu za radne sporove. Podnositeljica zahtjeva je nakon toga otpuštena s posla zbog zdravstvenih razloga, međutim, ona tvrdi da je pravi razlog bio taj što je transseksualna osoba.

16. Podnositeljica zahtjeva je 1996. godine počela raditi za novog poslodavca i trebala je predložiti broj socijalnog osiguranja ("SO broj"). Bila je zabrinuta da će poslodavac, kad dobije broj, biti u prilici saznati detalje o njoj te kontaktirati prethodne poslodavce da bi doznao informacije. Iako je od Službe za socijalno osiguranje ("SSO") tražila dodjelu novog SO broja, taj zahtjev je odbijen i na kraju je dala novom poslodavcu svoj SO broj. Podnositeljica zahtjeva tvrdi da je počela doživljavati probleme na poslu nakon što je novi poslodavac otkrio njen identitet. Kolege/ice su prestale/i s njom razgovarati te joj je rečeno da svi pričaju iza njenih leđa.

17. Agencija za doprinose SSO-a je podnositeljicu zahtjeva obavijestila da neće steći pravo na državnu mirovinu u dobi od 60 godina, dobnoj granici umirovljenja žena u Ujedinjenom Kraljevstvu. U travnju 1997. godine SSO je obavijestio podnositeljicu zahtjeva da će doprinose za mirovinsko osiguranje morati nastaviti uplaćivati sve dok ne navrši 65 godina, dobnu granicu umirovljenja za muškarce, dakle, do travnja 2002. godine. Stoga se dana 23. travnja 1997. SSO-u obvezala da će doprinose za socijalno osiguranje, koje bi inače njezin poslodavac odbijao od njene plaće, kao što to čini za sve zaposlenike koji su muškarci, uplaćivati direktno. U svjetlu preuzete obveze, Agencija za doprinose SSO-a je 2. svibnja 1997. podnositeljici zahtjeva izdala obrazac CF 384 Potvrdu o oslobađanju od plaćanja zbog dobi ...

18. Spisi podnositeljice zahtjeva su u SSO-u bili označeni kao "osjetljivi", čime se osiguralo da im mogu pristupiti samo službenici/e određenog ranga. U praksi je to značilo da je podnositeljica zahtjeva morala dogovarati posebne sastanke, čak i za najtrivijalnije stvari, te da se nije mogla direktno obratiti lokalnoj službi niti dobiti informacije preko telefona. U njenom spisu i dalje stoji da je njen spol muški i, usprkos "posebnim procedurama", od SSO-a dobiva dopise naslovljene na muško ime koje joj je dodijeljeno prilikom rođenja.

19. Podnositeljica zahtjeva je u više navrata izjavila da je morala birati između davanja na uvid svog rodnog lista i odricanja od određenih pogodnosti koje su bile uvjetovane njegovim davanjem na uvid. Konk-

retno, nije dobila kredit uvjetovan životnim osiguranjem, ponudu za refinanciranje hipoteke, kao ni pravo na naknadu za ogrjev od SSO-a. Isto tako, podnositeljica zahtjeva je i dalje primorana plaćati skuplje premije osiguranja vozila koje se primjenjuju na muškarce. Uz to nije bila u stanju prijaviti krađu 200 funti sterlinga policiji zbog straha da će istraga zahtijevati da otkrije svoj identitet.

II. RELEVANTNI DOMAĆI ZAKONI I PRAKSA

A. Imena

20. Prema engleskom zakonodavstvu, osoba ima pravo uzeti osobno ime ili prezime kakvo želi. Takva su imena važeća u svrhu identifikacije te se mogu koristiti u putovnicama, vozačkim dozvolama, medicinskim i osiguravateljskim iskaznicama itd. Nova imena se također unose u birački popis.

B. Brak i definicija spola u domaćem zakonodavstvu

21. Prema engleskom zakonodavstvu, brak je definiran kao dobrovoljna zajednica između muškarca i žene. U predmetu *Corbett v. Corbett* ([1971. g.] Probate Reports 83), sudac Ormrod presudio je da spol u tu svrhu treba utvrditi primjenom kromosomskih, gonadnih i genitalnih testova i njihove podudarnosti, bez obzira na kirurške intervencije. Žalbeni sud je odobrio korištenje ovih bioloških kriterija u predmetu *R. v. Tan* ([1983..] Queen's Bench Reports 1053) te su oni dobili široku primjenu; sud je smatrao da je osoba koja je rođena kao muškarac bila pravično osuđena prema odredbi za kažnjavanje muškaraca koji žive zarađujući prostitucijom, bez obzira što je optužena bila podvrgnuta terapiji promjene spola.

22. Prema članku 11b Zakona o bračnim sporovima iz 1973., bilo koji brak u kojem supružnici nisu muškarac i žena je nevažeći. Test koji se primjenjuje za utvrđivanje spola partnera u braku propisan je gore spomenutim predmetom *Corbett v. Corbett*. Prema toj istoj odluci,

brak između transseksualne osobe koja je napravila promjenu spola iz muškog u ženski i muškarca također se može proglasiti nevažećim temeljem toga da transseksualna osoba nije bila sposobna konzumirati brak u kontekstu uobičajenog i potpunog spolnog snošaja (*obiter per g.* sudac Ormrod).

Odluka je potkrijepljena člankom 12a Zakona o bračnim sporovima iz 1973., prema kojem je moguće poništiti brak koji nije konzumiran zbog nemogućnosti jedne od strana. Članak 13, stavak 1 Zakona propisuje da sud ne smije donijeti odluku o poništenju ukoliko se uvjeri da je tužitelj/ica znalo/la da se brak može poništiti, ali je naveo tuženog/u da povjeruje da neće tražiti poništenje braka, kao i ako se uvjeri da bi donošenje takve odluke bilo nepravično.

C. Rodni listovi

23. Prijava rođenja uređena je Zakonom o maticama rođenih i umrlih iz 1953. godine (“Zakon iz 1953.”). Članak 1, stavak 1 tog Zakona propisuje da rođenje svakog djeteta mora biti upisano u Maticu rođenih i umrlih na području gdje je dijete rođeno. Upisom se smatra evidencija o činjeničnom stanju u vrijeme rođenja. Sukladno tome, rodni list predstavlja dokument koji ne otkriva trenutni identitet, već povijesne činjenice.

24. Spol djeteta mora biti upisan u rodnom listu. Kriteriji za utvrđivanje spola nisu definirani Zakonom. Praksa matičara je da uzima u obzir isključivo biološke kriterije (kromosomske, gonadne i genitalne) kao što je propisao sudac Ormrod u gore navedenom predmetu *Corbett v. Corbett*.

25. Zakonom iz 1953. predviđena je mogućnost ispravka administrativnih i činjeničnih grešaka od strane matičara. Službeni stav je da izmjena može biti napravljena samo ukoliko je do greške došlo prilikom upisa rođenja. Činjenica da se kasnije u životu osobe može ispostaviti da je njegov ili njezin “psihološki spol” u konfliktu sa biološkim kriterijima ne znači da je prvobitni upis prilikom rođenja bio činjenična greška. Promjena prvobitnog upisa moguća je samo u slučajevima kad

je očigledni i genitalni spol djeteta pogrešno utvrđen ili kad se biološki kriteriji nisu podudarali. U tu svrhu neophodno je predložiti medicinske dokaze da je prvobitni upis bio netočan. Postojanje greške pri upisu rođenja ne prihvaća se u slučaju kad se osoba podvrgne medicinskom i kirurškom tretmanu koji joj omogućava da preuzme ulogu suprotnog spola.

26. Vlada ukazuje da se glavni matičar ne zalaže za korištenje rod-nog lista u identifikacijske svrhe, tako da rodni listovi već niz godina sadržavaju upozorenje da ne predstavljaju dokaz identiteta osobe koja ga predložava. Međutim, na pojedincima/kama je odluka hoće li postu-pati u skladu s tom preporukom.

D. Socijalna zaštita, zapošljavanje i mirovine

27. U svrhu socijalne zaštite, socijalnog osiguranja i zapošljavanja, transseksualna osoba se i dalje vodi kao pripadnica/k onog spola koji joj je pripisan rođenjem.

1. Socijalno osiguranje

28. U svrhu socijalnog osiguranja, SSO sve britanske državljane/ke evi-dentira na temelju podataka iz rodnog lista. Osobe koje nisu britanski/e državljani/ke, a žele se prijaviti na SO/NI u Ujedinjenom Kraljevstvu, svoj identitet mogu dokazati uz pomoć putovnice ili osobne iskaznice ako nemaju rodni list.

29. Svakoj osobi koja se prijavi na socijalno osiguranje SSO dodjeljuje jedinstveni broj SO. Broj SO ima standardnu formu sastavljenu od dva slova popraćena sa tri para brojčanih znamenki i još jednim slovom. Sâm po sebi, taj broj ni na koji način ne ukazuje na spol osiguranika/ce niti na bilo koje druge osobne podatke. Broj SO se koristi kako bi se utvrdio račun SO svake osobe

...

SSO na taj način može evidentirati podatke o svim doprinosima za

SO koji se na račun osiguranika/ce uplaćuju tokom njegovog ili njenog života, kao i precizno pratiti obaveze, doprinose i pravo na naknade svih osoba. U izuzetnim slučajevima, osobama se mogu izdati novi brojevi, na primjer, u okviru programa za zaštitu svjedoka/inja ili zaštitu identiteta maloljetnih počinitelja/ica kaznenih djela.

30. Prema pravilu 44 Pravilnika o socijalnom osiguranju (doprinosa za socijalno osiguranje) iz 1979. godine, donesenom sukladno ovlastima iz stavka 8 (1) (p) Priloga 1 uz Zakon o doprinosa za socijalno osiguranje i naknadama iz 1992., određene osobe su dužne prijaviti se za broj SO ako im taj broj prethodno nije dodijeljen.

31. Prema pravilu 45. Pravilnika iz 1979., zaposlenik/ca je dužan/na svom poslodavcu na zahtjev dostaviti svoj broj SO.

32. Članak 112, stavak 1 Zakona o socijalnom osiguranju iz 1992. propisuje:

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

(a) dâ iskaz ili izjavu za koju zna da je lažna; ili

(b) dostavi ili pribavi, ili svjesno omogućiti ili dozvoli da bude dostavljen ili pribavljen bilo koji dokument ili informacija za koje zna da sadrže lažne podatke, smatrat će se krivom za kazneno djelo.”

33. Prema tome, temeljem ovog članka, ako bi bilo koja osoba dala lažnu izjavu da bi došla do broja SO, to bi se smatralo kaznenim djelom.

34. Svaka osoba može odabrati osobno ime, prezime ili način oslovljavanja (npr. g/gđa/gđica/gđ) koje želi u svrhu prijavljivanja na SO pod tim imenom. Svaku izmjenu te vrste SSO će unijeti u kompjutorski

dosje dotične osobe, njegov/njezin fizički spis i karticu s brojem SO. Međutim, politika SSO nalaže da jedna osoba može imati samo jedan broj SO, bez obzira na eventualne promjene spolnog identiteta osobe putem nekog zahvata, kao što je operacija promjene spola. Ponovljeni zahtjev, kojim je jedna transseksualna osoba koja je promijenila spol iz muškog u ženski tražila da joj se dozvoli da podnese zahtjev za sudsko preispitivanje zakonitosti ove politike, Žalbeni sud je odbio u predmetu *R. v. Secretary of State for Social Services ex parte Hooker* (1993.) (neobjavljeno). ...

35. Podaci koji se u okviru SSO-a nalaze u evidenciji o socijalnom osiguranju su povjerljivi i obično se ne daju trećim stranama bez odobrenja osoba na koje se odnose. Izuzeci su mogući u slučajevima kad je u pitanju javni interes ili je otkrivanje podataka neophodno da bi se zaštitila državna sredstva. Temeljem članka 123 Zakona o socijalnom osiguranju iz 1992., ukoliko bi neka osoba zaposlena u Zavodu za socijalno osiguranje neovlašteno otkrila podatke do kojih je došla u toku svoje službe, takav bi se postupak smatrao kaznenim djelom.

36. SSO-ova je politika da se spisi o osobama za koje se zna da su transseksualne obično označavaju kao «osjetljivi» na nivou cijele zemlje. Pristup ovim podacima kontrolira rukovodstvo SSO-a. Svaki tiskani dokument iz ovih spisa obično se upućuje posebnoj službi u okviru SSO-a kako bi se osiguralo da podaci o identitetu budu u skladu s podacima koje je dotična osoba tražila.

37. Doprinosi za socijalno osiguranje uplaćuju se tako što poslodavac odbija određeni iznos od zarade zaposlenog te taj iznos potom uplaćuje Poreznoj upravi (koja ga dalje proslijeđuje SSO-u). Prema trenutnoj praksi, zaposlenim ženama poslodavci taj iznos odbijaju od plaće sve dok ne navrše 60 godina, kada stječu uvjet za odlazak u mirovinu, dok za zaposlene muškarce to čine sve dok ne navrše 65 godina. SSO provodi politiku prema kojoj transseksualna osoba koja je promijenila spol iz muškarca u ženu, po navršenoj 60. godini života, može na sebe preuzeti obavezu da SSO-u direktno uplaćuje sve neuplaćene doprinose za socijalno osiguranje koje je poslodavac prestao odbijati od zarade

jer je bio uvjeren da je zaposlena osoba žena. U slučaju transseksualnih osoba koje su promijenile spol iz žene u muškarca, zaposlenik može od SSO-a direktno tražiti povratak svih sredstava koja mu je na ime doprinosa poslodavac odbijao od zarade nakon što je navršio 60 godina.

38. U nekim slučajevima, poslodavci će tražiti dokaz da je zaposlena, koja je po svoj prilici žena, napunila ili će uskoro napuniti 60 godina, čime stječe pravo da joj se od zarade više ne odbijaju doprinosi za socijalno osiguranje. Taj dokaz se može dostaviti u obliku potvrde o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje zbog dobi (obrazac CA4180 ili CF384). SSO takvu potvrdu može izdati transseksualnoj osobi koja je promijenila spol iz muškarca u ženu ako ta osoba preuzme na sebe obvezu da sve doprinose za socijalno osiguranje uplaćuje direktno SSO-u.

2. Državne mirovine

39. Prema trenutnoj praksi, transseksualna osoba koja je promijenila spol iz muškarca u ženu pravo na državnu mirovinu stječe kad navrši 65 godina života, što je uvjet za odlazak u starosnu mirovinu koji vrijedi za muškarce, a ne s navršenih 60 godina, što je uvjet za žene. Punu mirovinu moći će dobivati samo ako je doprinose uplaćivala 44 godine, a ne 39 godina, razdoblje propisano za žene.

40. U svrhu odlaska u starosnu mirovinu spol se utvrđuje na temelju biološkog spola u trenutku rođenja. Ovakav pristup odobren je od strane Povjerenika/ce za socijalnu zaštitu (službenik/ca suda specijaliziran/na za socijalno pravo) u nekoliko predmeta.

...

41. Vlada je započela planove za ukidanje razlike između muškaraca i žena u pogledu starosne granice za stjecanje prava na državnu mirovinu. Izjednačavanje starosne granice treba započeti 2010. godine, a predviđa se da će taj proces biti okončan do 2020. godine. Što se tiče

povlastica za besplatan prijevoz gradskim autobusima u Londonu, kod kojih opet postoji razlika između muškaraca i žena u pogledu starosne granice za stjecanje prava (65 godina za muškarce, 60 za žene), Vlada je također najavila planove za uvođenje jedinstvene starosne granice.

3. Zapošljavanje

42. Prema članku 16, stavku 1 Zakona o krađi iz 1968. kojim se sankcionira pribavljanje protupravne imovinske koristi, ostvarivanje novčane koristi na nepošten način, obmanom, smatra se kaznenim djelom za koje je propisana zatvorska kazna. Prema članku 16, stavku 2c, novčana korist podrazumijeva dobivanje mogućnosti za ostvarivanje zarade u okviru radnog odnosa. Ako potencijalni poslodavac od transseksualne osobe koja je operacijom promijenila spol zatraži da mu navede sva svoja prethodna imena, a ova to u potpunosti ne učini prije zaključenja ugovora o radu, to bi se moglo smatrati kaznenim djelom. Uz to, ako poslodavac otkrije da mu nisu navedeni svi traženi podaci, takva osoba može dobiti otkaz ili je poslodavac može tužiti i tražiti nadoknadu štete.

43. U presudi od 30. travnja 1996., u predmetu *P. v. S. and Cornwall County Council*, Europski sud pravde (ESP) je zaključio da diskriminacija koja proizlazi iz promjene spola predstavlja diskriminaciju na temelju spola i da, shodno tome, članak 5, stavak 1 direktive Vijeća br. 76/207/EEC, od 9. veljače 1976., o provođenju načela ravnopravnog postupanja prema muškarcima i ženama u smislu pristupa zapošljavanju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, kao i u smislu uvjeta rada, zabranjuje otpuštanje transseksualne osobe iz razloga koji se tiču promjene spola. Odbacujući argument Vlade Ujedinjenog Kraljevstva o tome da bi poslodavac otpustio P. čak i da je P. prethodno bio žena koja je operacijom promijenila spol i postala muškarac, ESP je zaključio kako slijedi:

“...ako osoba dobije otkaz zato što namjerava promijeniti spol ili zato što je to već učinila, tada se smatra da se takva osoba stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druge pripadnike/ce spola kojem se smatralo da ta osoba pripada prije nego što je promijenila spol. Toleriranje takvog oblika diskriminacije prema toj osobi bilo bi jednako nepoštovanju dostojanstva i slobode na koje ona ima pravo i koje je Sud dužan jamčiti.” (stavci 21- 22)

44. Odluku ESP Žalbeni sud za radne sporove primijenio je u odluci donesenoj 27. lipnja 1997. (u predmetu *Chessington World of Adventures Ltd v. Reed* [1997. g.], 1 Industrial Law Reports).

45. Propisi o zabrani diskriminacije na osnovi spola (promjene spola) iz 1999. doneseni su s ciljem postupanja u skladu s odlukom koju je Europski sud pravde donio u predmetu *P. v. S. and Cornwall County Council* (30. travnja 1996.). Tim propisima je, u općem smislu, predviđeno da se prema transseksualnim osobama na radnom mjestu ne smije postupiti nepovoljnije samo zato što su transseksualne (bez obzira radi li se o transseksualnim osobama prije ili poslije operacije promjene spola).

E. Silovanje

46. Prije 1994. godine, u svrhu zakona koji sankcionira silovanje, transseksualna osoba koja je promijenila spol iz muškarca u ženu smatrala bi se muškarcem. Prema članku 142 Zakona o kaznenoj odgovornosti i javnom redu iz 1994., da bi se utvrdilo da se radi o silovanju mora postojati “vaginalni ili analni spolni odnos s nekom osobom”. U presudi od 28. listopada 1996., Krunski sud u Readingu^{5*} utvrdio je da penetracija penisom u umjetnu vaginu transseksualne osobe koja je promijenila spol iz muškarca u ženu predstavlja silovanje: *R. v. Matthews* (neobjavljeno).

F. Lišavanje slobode

47. Zatvorska pravila obično nalažu odvojeni smještaj muških i ženskih zatvorenika/ca, kao i to da svlačenje i pretresanje niti jednog zatvorenika/ce ne smije biti izvršeno u prisutnosti osoba suprotnog spola (pravilo 12, stavak 1, odnosno 41, stavak 3 Zatvorskih pravila iz 1999.).

48. Prema izvještaju Radne skupine za transseksualne osobe (Ministarstvo unutarnjih poslova, travanj 2000., vidjeti stavke 49-50 u daljnjem tekstu), koja je provela istraživanje zakonodavstva i prakse, transseksualne osobe koje su operacijom promijenile spol po mogućnosti

5 * op.prev. kazneni sud

se upućuju u zatvorsku ustanovu u kojoj su smješteni/e zatvorenici/e istog spola kao što je njihov novi spol. Razmatraju se i detaljne smjernice vezane za pretragu transseksualnih zatvorenika/ca, kojima je predviđeno da se transseksualne osobe koje su operacijom promijenile spol iz muškog u ženski prilikom pretrage tretiraju kao žene i da ih pretražuju isključivo žene (vidjeti stavke 2.75 - 2.76).

G. Trenutni razvoj događaja

1. Prikaz položaja transseksualnih osoba u Ujedinjenom kraljevstvu

49. Ministar unutarnjih poslova je 14. travnja 1999., objavio da je formirana Međuresorna radna skupina za transseksualne osobe, sa sljedećim zadatkom:

“da razmotri, s posebnim osvrtom na rodne listove, potrebu za uvođenjem odgovarajućih zakonskih mjera za rješavanje problema s kojima su suočene transseksualne osobe, uzimajući u obzir znanstvena i društvena kretanja, kao i mjere koje su druge zemlje poduzele u cilju njihovog rješavanja.”

50. Tokom travnja 2000., Radna skupina je sastavila izvještaj u kojem je istražila trenutni položaj transseksualnih osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu, s posebnim osvrtom na njihov status u domaćem pravu, kao i na promjene koje bi se mogle izvršiti. Tom prilikom je došla do sljedećih zaključaka:

“5.1. Transseksualne osobe se na različite načine nose sa svojom situacijom. Neke žive kao pripadnice suprotnog spola, ne podvrgavajući se nikakvim tretmanima kako bi stekle njegove fizičke atribute. Druge uzimaju hormone kako bi stekle neke sekundarne odlike odabranog spola. Manji broj njih će se podvrgnuti kirurškim zahvatima kako bi njihova tijela bila što više slična tijelima pripadnika/ca njihovog novostečenog spola. Opseg tretmana može biti stvar osobnog izbora ili ovisiti o drugim faktorima,

poput zdravstvenog stanja ili financijskih sredstava. Mnogi ljudi se ponovno vraćaju svom biološkom spolu, nakon što su neko vrijeme živjeli kao pripadnici/e suprotnog spola, a neki pak cijelog života naizmjenično prelaze iz jednog spola u drugi. Prema tome, prilikom razmatranja daljnjih koraka, treba uzeti u obzir potrebe ljudi u ovim različitim fazama promjene.

5.2. U određenim oblastima već su poduzete mjere za pomoć transseksualnim osobama. Na primjer, diskriminacija na radnom mjestu na osnovi transseksualnosti zabranjena je Propisima o zabrani diskriminacije na osnovi spola (promjene spola) iz 1999., kojima je, uz nekoliko iznimki, predviđeno da se prema transseksualnoj osobi (bez obzira da li se radi o transseksualnoj osobi prije ili poslije operacije promjene spola) ne smije nepovoljnije postupati samo zato što je transseksualna. Kaznenopravni sustav (odnosno policija, zatvori, sudovi, itd.) nastoji izaći u susret potrebama transseksualnih osoba onoliko koliko je to moguće u okviru operativnih ograničenja. Transseksualna osoba koja je počinila kazneno djelo obično će biti optužena kao pripadnik/ca novostečenog spola, a zatvorenik/ca transseksualna osoba, koja je operacijom promijenila spol, obično će biti upućena u odgovarajuću zatvorsku ustanovu koja je u skladu s njezinim novim statusom. Isto tako, transseksualne žrtve i svjedoci/kinje će, u većini slučajeva, biti tretirani/e kao pripadnici/e novostečenog spola.

5.3. Pored toga, u slučajevima gdje se radi o identifikaciji, a ne o pravnom statusu, često se izdaju službeni dokumenti u kojima je naveden novostečeni spol. Na taj način, transseksualna osoba može dobiti putovnicu, vozačku dozvolu, zdravstvenu iskaznicu itd., u kojima će biti naveden njegov ili njezin novi spol. Kako smo shvatili, mnoga nevladina tijela, poput ispitnih komisija, često izdaju nova uvjerenja o položenim ispitima itd. (ili neki drugi dokaz o kvalifikacijama) u kojima je naveden traženi spol. Također smo utvrdili da barem jedno osiguravajuće društvo transseksualnim osobama izdaje police u kojima je naveden njihov novostečeni spol.

5.4. Unatoč ovim odredbama, transseksualne osobe imaju određenih problema s kojima se najveći dio stanovništva ne mora suočavati. U podnescima dostavljenim Radnoj skupini ukazano je da u najvažnije oblasti u kojima zajednica transseksualnih osoba traži promjene spadaju rodni listovi, pravo na stupanje u brak i

puno priznavanje njihovog novog spola u sve pravne svrhe.

5.5. Utvrdili smo da postoje tri moguće opcije u budućnosti;
- da trenutno stanje ostane nepromijenjeno;
- da se izdaju rodni listovi u kojima će biti navedeno novo ime i, po mogućnosti, novi spol osobe;
- da, u pravnom smislu, novi spol bude u potpunosti priznat, pod uvjetom da se primjene određeni kriteriji i procedure.
Predlažemo da, prije izjašnjavanja o ovim opcijama, vlada eventualno provede javne konzultacije u vezi s ovim pitanjima.”

51. Ovaj izvještaj predložen je Parlamentu u srpnju 2000. godine. Kopije izvještaja pohranjene su u knjižnicama oba doma Parlamenta i poslane na 280 adresa, uključujući članove/ice radne skupine, državne dužnosnike/ce, članove/ice Parlamenta, pojedince/ke i organizacije. Ministarstvo unutarnjih poslova je svojim priopćenjem obavijestilo javnost da je izvještaj sačinjen i učinilo ga dostupnim na način da se građani/ke tom ministarstvu obrate pismenim putem, elektronskom poštom, telefonom ili preko web stranice ministarstva.

2. Recentna domaća sudska praksa

52. U predmetu *Bellinger v. Bellinger*, EWCA Civ 1140 [2001.], 3 FCR 1, žaliteljica, koja je pri rođenju bila upisana kao osoba muškog spola, podvrgnula se operaciji promjene spola i 1981. godine zasnovala neki oblik bračne zajednice s muškarcem koji je bio upoznat s njenom prošlošću. Ona je tražila da se taj brak proglasi važećim temeljem Zakona o obiteljskom pravu iz 1986. Žalbeni sud je, većinom glasova, zaključio da je njen brak nevažeći jer supružnici nisu muškarac i žena, što se utvrđuje na osnovu bioloških kriterija, kako je navedeno u odluci u predmetu *Corbett v. Corbett* [1971.]. Iako je navedeno da se sve veći naglasak stavlja na utjecaj psiholoških faktora na spol, nije jasno u kom trenutku se za takve faktore može reći da su doveli do promjene spola. Netko tko je pri rođenju pravilno upisan kao osoba muškog spola, a kasnije se podvrgnuo operaciji promjene spola i sada živi kao žena, smatra se muškarcem u biološkom smislu i stoga se, u svrhu braka, ne može definirati kao osoba ženskog spola. Odluku o tome u kom trenutku bi bilo svrsishodno priznati da je osoba kojoj je pri rođenju upisan jedan spol promijenila spol u svrhu sklapanja braka treba donijeti Parlament, a ne sudovi. Gospođa Elizabeth Butler-Sloss, predsjednica Obiteljskog

suda, istaknula je da je Europski sud za ljudska prava upozorio da i dalje nema nikakve reakcije u pogledu položaja transseksualnih osoba i primijetila da je najviše zbog tih kritika i osnovana Međuresorna radna skupina koja je, u travnju 2000., objavila temeljitu i sveobuhvatnu ocjenu tog medicinskog stanja, trenutne prakse u drugim zemljama, kao i stanja engleskog prava u pogledu relevantnih aspekata života pojedinca.

...

53. U izdvojenom mišljenju uz presudu, lord sudac Thorpe je iznio stav da temelji presude u predmetu *Corbett v. Corbett* nisu više tako sigurni, smatrajući da pristup koji se svodi na biološke kriterije više nije prihvatljiv u svjetlu znanstvenih, medicinskih i društvenih promjena.

“[155.] U kontekstu braka, tvrdnja da kromosomski faktor predstavlja uvjerljiv ili čak dominantan dokaz meni djeluje naročito sporna jer je u pitanju jedna nevidljiva odlika pojedinca/ke, koja se ne može uočiti niti registrirati ni na jedan drugi način osim uz pomoć znanstvenog testiranja. Taj faktor ni na koji način ne doprinosi fiziološkom ili psihološkom aspektu osobnosti. 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 spola izvrši ili prilikom sklapanja braka ili neposredno prije toga, a ne u trenutku rođenja...

[160.] Više je nego očigledno da ova žalba spada u područje sustava obiteljskog pravosuđa. Taj sustav uvijek mora biti dovoljno fleksibilan kako bi se prilagodio promjenama u društvu. Isto tako, mora biti human i spreman hitro priznati pravo na ljudsko dostojanstvo i slobodu izbora u privatnom životu pojedinca/ke. Jedan od ciljeva reforme kodificiranog prava u ovom području mora biti osiguravanje toga da zakon reagira na društvene promjene i da bude njihov odraz. U svom tumačenju postojećih zakonskih odredbi tom cilju moraju težiti i suci/sutkinje kojeli se bave ovom materijom. Čvrstog sam stajališta 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 žaliteljice ne bude u pravnom smislu priznat. Ja bih prihvatio ovu žalbu.”

Konstatirao je i izostanak napretka u provođenju domaćih reformi:

“[151.] ...iako je [međuresorni] izvještaj po objavljivanju postao dostupan javnosti, g. Moylan je izjavio da od tada nije bilo nikakvih javnih konzultacija. Osim toga, upitan da li Vlada u ovom trenutku namjerava pokrenuti javne konzultacije ili bilo koji drugi proces u cilju izrade nacrtu zakona, g. Moylan je rekao da u tom smislu nije dobio nikakve upute. On nije imao nikakve upute niti u vezi s pitanjem da li Vlada namjerava donijeti propise s tim u vezi. ...”

3. Prijedlozi za reformu sustava upisa u matice rođenih, vjenčanih i umrlih

54. U siječnju 2002., Vlada je Parlamentu dostavila dokument pod naslovom: “Upis građana u državne matice: suštinska promjena (Matica rođenih, vjenčanih i umrlih u 21. stoljeću)”, u kojem su izloženi planovi za stvaranje središnje baze podataka državnih matrica koja bi predstavljala iskorak iz tradicionalnog, šturog prikaza događaja u životu pojedinca/ke ka koncepciji žive evidencije koja se stalno mijenja ili koncepciji jedinstvene evidencije koja pojedinca/ku prati “tokom cijelog života”:

“S vremenom bi ažuriranje podataka u matici rođenih podrazumijevalo i mogućnost unošenja promjena u smislu imena osobe, a potencijalno i u smislu njezina spola.” (stavak 5.1)

“5.5 Unošenje izmjena

Postoji snažna podrška naporima za ublažavanje pravila kojima se reguliraju ispravci u državnim maticama. 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. Ispravljanje čak i najobičnije pravopisne greške zahtijeva službene procedure i razmatranje odgovarajućih dokaza. Konačna verzija evidencije sadrži kompletne temeljne, kao i ispravljene podatke koji se prikazuju i u izvacima koji će se naknadno izdati. Vlada je svjesna da to može predstavljati destimulirajući faktor. Izmjene (koje ukazuju na događaje nakon prvobitnog unosa podataka) ubuduće će se vršiti i službeno evidentirati. U dokumentima koje izdaju državne matice nalazit se samo izmijenjeni i dopunjeni podaci, mada će se svi podaci i dalje čuvati. ...”

H. Argumenti treće stranke - Liberty

55. *Liberty* je ažurirao zapažanja koja su, u formi pisanog podneska, dostavljena u predmetu *Sheffield i Horsham (Sheffield and Horsham v. the United Kingdom)*, presuda od 30. srpnja 1998., Izvještaji o presudama i odlukama, 1998- V, str. 2021, stavak 35) koja se tiču pravnog priznavanja transseksualnih osoba u komparativnom pravu. U svojoj studiji iz 1998., *Liberty* je ustanovio da se, u prethodnom desetljeću, u državama članicama Vijeća Europe pojavila jasna tendencija punog pravnog priznavanja promjene spola. Konkretno je zapazio da, od trideset i sedam analiziranih zemalja, samo četiri (uključujući i Ujedinjeno Kraljevstvo) ne dozvoljavaju nikakvo unošenje izmjena u rodne listove u smislu upisivanja promijenjenog spola određene osobe. U slučajevima kada je promjena spola zakonito izvršena i financirana od strane države, novi spolni identitet takve osobe nije u potpunosti pravno priznat samo u Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj.

56. U pratećoj studiji, dostavljenoj 17. siječnja 2002., *Liberty* je naveo da, iako u Europi statistički nije zabilježen porast u smislu broja država koje u potpunosti pravno priznaju promjenu spola, podaci o stanju izvan Europe ukazuju na to da se stvari kreću u tom smjeru. Na primjer, u Singapuru je promjena spola zakonski priznata, a sličan obrazac priznavanja postoji i u Kanadi, Južnoj Africi, Izraelu, Australiji, na Novom Zelandu, kao i u svim saveznim državama Sjedinjenih Američkih Država, osim dvije. Posebno su citirani predmeti *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, transseksualnim osobama priznat njihov promijenjeni spol kako bi njihovi brakovi bili proglašeni važećim: u ovom drugom predmetu, gospodin sudac Chisholm je zaključio:

“Ne vidim nikakav pravni niti politički temelj zbog kojeg bi australsko pravo trebalo slijediti odluku u predmetu *Corbett*. Mislim da bi takav postupak doveo do neopravdanog nesklada između australskog zakona o braku i drugih australskih zakona. To bi zakon odvelo

u pravcu koji je u općem smislu suprotan razvoju događaja u drugim zemljama. Održalo bi se stajalište 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, suvremeno značenje, ne postoji rješenje u vidu formule za utvrđivanje nečijeg spola 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 kriterija ili ograničenog spiska kriterija. Stoga je pogrešno reći da nečiji spol ovisi od nekog pojedinačnog faktora, poput kromosoma ili fenotipskog spola, ili nekog ograničenog niza faktora, poput gonada, kromosoma ili spolnih organa (u trenutku rođenja ili u nekom drugom trenutku). Isto tako, u pravnom smislu, bilo bi pogrešno reći da se ovo pitanje može riješiti pozivanjem isključivo na psihološko stanje neke osobe ili utvrđivanjem spola kojem mentalno pripada.

Da bi se spol neke osobe utvrdio u svrhu zakona o braku, moraju se uzeti u obzir sva relevantna pitanja. Nije mi namjera nabrajati cijelu listu tih pitanja ili sugerirati da su neki faktori nužno bitniji od drugih. Međutim, relevantna pitanja, po mom mišljenju, obuhvaćaju biološke i fizičke karakteristike osobe u trenutku rođenja (uključujući i gonade, spolne organe i kromosome); njena životna iskustva, uključujući i spol u skladu s kojim je odgajana, kao i njen stav prema tom spolu; činjenicu da li ta osoba sebe doživljava kao muškarca ili kao ženu; stupanj u kojem je ona u društvu funkcionirala kao muškarac ili kao žena; sve hormonske, kirurške ili druge medicinske tretmane kojima se podvrgla radi promjene spola, zatim posljedice takvih tretmana, kao i njene biološke, psihološke i fizičke karakteristike u trenutku stupanja u brak...

U cilju utvrđivanja valjanosti braka prema australskom pravu, pitanje da li je osoba muškarac ili žena treba se utvrditi na dan stupanja u brak...”

57. Što se tiče prava transseksualnih osoba koje su operacijom promijenile spol na stupanje u brak s osobom čiji je spol suprotan od

njihovog novostečenog spola, istraživanje koje je proveo *Liberty* je ukazalo na to da je takav brak dozvoljen u 54 posto država ugovornica (u Dodatku br. 6 nabrojane su Austrija, Belgija, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Island, Italija, Letonija, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Slovačka, Španjolska, Švedska, Švicarska, Turska i Ukrajina), a nije dozvoljen u 14 posto država (Irska i Ujedinjeno Kraljevstvo ne dozvoljavaju takav brak, dok u Moldaviji, Poljskoj, Rumunjskoj i Rusiji ne postoje nikakvi propisi na tu temu). Pravno stajalište preostalih 32 posto država nije jasno.

III. MEĐUNARODNI DOKUMENTI

58. Članak 9 Povelje o temeljnim pravima Europske unije, potpisane 7. prosinca 2000. godine, propisuje:

“Pravo na brak i pravo na osnivanje obitelji mora se jamčiti u skladu sa nacionalnim zakonima kojima se uređuje ostvarivanje tih prava.”

PRAVO

I. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 8 KONVENCIJE

59. Podnositeljica zahtjeva tvrdi da je došlo do kršenja članka 8. Konvencije, čiji relevantni dio predviđa sljedeće:

“1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog ... života ...

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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

A. Argumenti stranaka

1. Podnositeljica zahtjeva

60. Podnositeljica zahtjeva je navela da, usprkos upozorenjima Suda da je važno da se prati potreba za provođenjem pravne reforme, Vlada još uvijek nije poduzela nikakve konstruktivne korake za rješavanje patnje i poteškoća kroz koje prolaze podnositeljica zahtjeva i druge transseksualne osobe koje su operacijom promijenile spol. Zbog toga što njen promijenjeni spol nije pravno priznat, ona je imala brojna diskriminirajuća i ponižavajuća iskustva kroz koja je prolazila u svakodnevnom životu. U prošlosti, a naročito u razdoblju od 1990. do 1992., bila je zlostavljana na poslu i nije bila na odgovarajući način zaštićena od diskriminacije. Tvrdila je da sve one posebne procedure kroz koje je morala proći vezano za doprinose za SO i državnu mirovinu, same po sebi, predstavljaju neopravdanu razliku u postupanju jer za time ne bi bilo nikakve potrebe da je u pravne svrhe priznata kao žena. Konkretno, sama činjenica da SSO provodi politiku prema kojoj su podaci o transseksualnim osobama označeni kao osjetljivi već predstavlja razliku u postupanju. Posljedica toga je, primjerice, da podnositeljica zahtjeva ne može otići u SSO bez prethodnog zakazivanja dolaska.

61. Podnositeljica zahtjeva je dalje navela da je postojala realna opasnost da njen poslodavac sazna za njen prethodni identitet. Poslodavac je mogao otkriti podatke o njenom prethodnom zaposlenju na temelju njenog broja SO, što se zaista i desilo. Tvrdila je da nedavni izostanak njenog promaknuća zapravo posljedica toga što je poslodavac doznao njen status.

62. Što se tiče starosne granice za odlazak u mirovinu, podnositeljica zahtjeva je izjavila da je radila 44 godine i da je odbijanje da joj se prizna pravo na državnu mirovinu s navršениh 60 godina života, na temelju biološkog testa za utvrđivanje spola, u suprotnosti sa člankom 8 Konvencije. Isto tako, ona nije mogla podnijeti zahtjev za izdavanje propusnice za besplatan prijevoz gradskim autobusima u Londonu s navršениh 60 godina, kao što to mogu druge žene, već je morala čekati da navršі 65 godina. Prilikom popunjavanja zahtjeva za životno osiguranje, hipoteku, privatnu mirovinu ili osiguranje vozila, morala je navesti spol koji joj je pripisan pri rođenju ili pokazati rodni list zbog čega je odustala od traženja tih pogodnosti.

63. Podnositeljica zahtjeva je tvrdila da se u smislu znanstvenih spoznaja i društvenog stava o transseksualnosti stvari brzo mijenjaju, i to ne samo širom Europe, već i drugdje u svijetu. Ona se, *inter alia*, pozvala i na članak 29 nizozemskog Građanskog zakonika, članak 6 talijanskog Zakona br. 164 od 14. travnja 1982., kao i na članak 29 turskog Građanskog zakonika, koji je izmijenjen i dopunjen Zakonom br. 3444 od 4. svibnja 1988., temeljem kojih je dozvoljena promjena građanskog statusa. Isto tako, prema zakonu Novog Zelanda iz 1995., Dio V, članak 28, sud može naložiti pravno priznavanje promijenjenog spola transseksualne osobe nakon što razmotri medicinske i ostale dokaze. Podnositeljica zahtjeva ne vidi nikakav uvjerljivi razlog zbog kojeg se sličan pristup ne bi mogao usvojiti i u Ujedinjenom Kraljevstvu. Podnositeljica zahtjeva ukazala je i na sve veću prihvaćenost transseksualnih osoba u društvu, kao i na sve izraženiji interes za probleme s kojima se one suočavaju, što se vidi i po načinu izvještavanja u novinama, na radiju i televiziji, kao i po blagonaklonoj dramatizaciji likova transseksualnih osoba u vodećim programima.

2. Vlada

64. Pozivajući se na praksu Suda, Vlada je tvrdila da među državama ugovornicama ne postoji općeprihvaćeni stav o transseksualnosti i da, s obzirom na diskrecijske ovlasti koje su prema Konvenciji dane

državama, nepriznavanje novog spolnog identiteta podnositeljice zahtjeva u pravne svrhe u Ujedinjenom Kraljevstvu ne podrazumijeva kršenje članka 8 Konvencije. Vlada je osporavala tvrdnju podnositeljice zahtjeva da su znanstvena istraživanja i “ogromne društvene promjene” dovele do općeg prihvatanja transseksualnosti ili konsenzusa po ovim pitanjima.

65. Vlada se složila da možda postoje posebni slučajevi u kojima odbijanje da se u pravnom smislu prizna novi spolni identitet transseksualne osobe može predstavljati povredu članka 8, pogotovo onda kada transseksualna osoba zbog toga svakodnevno trpi praktičnu i stvarnu štetu i poniženja (vidi *B. v. France*, presuda od 25. ožujka 1992., Serija A br. 232- C, str. 52-54, stavci 59–63). Međutim, poricala je da je podnositeljica zahtjeva bila suočena s bilo kakvim praktičnim poteškoćama koje se s tim slučajevima mogu usporediti, budući da je, *inter alia*, mogla pribaviti važne osobne isprave u kojima su navedena imena i spolni identitet koje je odabrala (na primjer, novu putovnicu i vozačku dozvolu).

66. Što se tiče konkretnih poteškoća koje je podnositeljica zahtjeva navela, Vlada je tvrdila da poslodavac ne može utvrditi spol podnositeljice zahtjeva temeljem samog broja SO jer taj broj ne sadrži nikakvu šifriranu oznaku njenog spola. Podnositeljici zahtjeva izdana je nova kartica SO koja glasi na njeno promijenjeno ime, uz izmijenjeni način oslovljavanja. Osim toga, SSO provodi politiku čuvanja tajnosti osobnih podataka o osiguranicima/cama, a naročito politiku i procedure posebne zaštite transseksualnih osoba. Stoga, nema načina da poslodavac od SSO-a zakonitim putem dobije informacije o prethodnom spolnom identitetu zaposlene osobe. Po mišljenju Vlade, isto tako postoji veoma mala vjerojatnost da poslodavac podnositeljice zahtjeva na bilo koji drugi način preko njenog broja SO sazna za njenu promjenu spola. Odbijanje izdavanja novog broja SO opravdano je jer je jedinstvenost broja SO od ključnog značaja za upravljanje sustavom socijalnog osiguranja i sprečavanje zloupotreba starih brojeva SO.

67. Vlada je tvrdila da je potpuno neosnovana bojazan podnositeljice zahtjeva da će njen prethodni spolni identitet biti otkriven nakon što navrší 60 godina, kada njen poslodavac više neće biti u obvezi da joj

od plaće odbija doprinose za SO, pošto je podnositeljica zahtjeva već dobila potvrdu o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje zbog dobi, koja se izdaje na obrascu CF384.

68. Što se tiče nemogućnosti podnositeljice zahtjeva da dobije državnu mirovinu s navršenih 60 godina života, Vlada je navela da je zaključeno kako je razlika koja postoji između muškaraca i žena u pogledu dobne granice za stjecanje prava na mirovinu u skladu s pravom Europske zajednice (čl. 7. (1) (a) Direktive 79/7/EEC; Europski 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 podnositeljice zahtjeva kao muškarca, kao takvo, nije u suprotnosti sa člankom 8. Konvencije, tako da bi odobravanje prava na odlazak u mirovinu s navršenih 60 godina života predstavljalo povlašteni tretman koji bi bio nepravedan prema javnosti.

69. Na kraju, u pogledu tvrdnji o napadu i zlostavljanju na poslu, Vlada je navela da je podnositeljica zahtjeva mogla podnijeti tužbu zbog uznemiravanja i napada prema kaznenom zakonodavstvu. Uznemiravanje na radnom mjestu zbog transseksualnosti također bi predstavljalo povod za tužbu po Zakonu o zabrani diskriminacije na osnovi spola iz 1975. u slučaju da su poslodavci znali za to uznemiravanje, a nisu poduzeli korake da ga spriječe. Prema tome, postojala je odgovarajuća zaštita prema domaćem pravu.

70. Država je navela da je, prema tome, uspostavljena pravična ravnoteža između prava pojedinca i općeg interesa zajednice. Kad je riječ o mogućnosti da transseksualna osoba bude suočena sa situacijom u kojoj će se, do određenih razmjera, otkriti činjenica kako je promijenila spol, takve situacije su neizbježne i neophodne, na primjer, u kontekstu ugovora o osiguranju, u kojima povijest bolesti i spol utječu na obračunavanje premija.

B. Ocjena Suda

1. Uvodna razmatranja

71. U ovom predmetu postavlja se pitanje da li je tužena Država postupila u skladu s pozitivnom obvezom da osigura poštovanje prava na privatni život podnositeljice zahtjeva, transseksualne osobe koja operacijom promijenila spol iz muškog u ženski, pogotovo s obzirom na to da njena promjena spola nije priznata u pravnom smislu.

72. Sud podsjeća da pojam “poštovanje”, u smislu članka 8, nije jasno definiran, posebno kad je riječ o pozitivnim obvezama koje taj pojam podrazumijeva: uzimajući u obzir raznovrsnu praksu koju države ugovornice provode, kao i situacije s tim u vezi, zahtjevi koji proizlaze iz tog pojma značajno će se razlikovati od predmeta do predmeta, a diskrecijske ovlasti koje vlastima treba dati mogu biti šire od onih koje se, prema Konvenciji, primjenjuju u drugim oblastima. Prilikom utvrđivanja da li pozitivna obveza postoji ili ne postoji, treba imati u vidu i pravičnu ravnotežu koja se mora uspostaviti između općeg interesa zajednice i interesa pojedinca/ke, a težnja za tom ravnotežom prožima cijelu Konvenciju (*Cossey v. the United Kingdom*, presuda od 27. rujna 1990., Serija A br. 184, str. 15, stavak 37).

73. Sud podsjeća da je već razmatrao žalbe u vezi s položajem transseksualnih osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu (vidjeti *Rees v. the United Kingdom*, presuda od 17. listopada 1986., Series A br. 106; *Cossey v. the United Kingdom*, prethodno navedena presuda; X, Y. i Z. pr v. the United Kingdom, presuda od 22. travnja 1997., *Reports of Judgments and Decisions* 1997. - II; kao i *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, presuda od 30. srpnja 1998., *Reports* 1998.- V, str. 2011). U tim predmetima, Sud je zaključio da se odbijanje Vlade Ujedinjenog Kraljevstva da izmjeni podatke u matici rođenih ili izdaje rodne listove čiji se sadržaj i priroda razlikuju od sadržaja i prirode prvobitno upisanih podataka o nečijem spolu, ne može smatrati miješanjem u pravo na poštovanje privatnog života (prethodno navedena presuda u predmetu *Rees*, str. 14, stavak 35, kao i presuda u predmetu *Cossey*, str. 15, stavak 36). Također je zaključio da Vlada nema pozitivnu obvezu izmjene postojećeg sustava upisa u matice rođenih uvođenjem novog sus-

tava ili vrste dokumenata koji bi se koristili za dokazivanje trenutnog građanskog statusa. Isto tako, Vlada nije dužna dozvoliti unošenje napomena u postojeće matice rođenih niti takvu vrstu napomena držati u tajnosti od trećih osoba (prethodno navedena presuda u predmetu *Rees*, str. 17, stavak 42, kao i presuda u predmetu *Cossey*, str. 15, stavci 38–39). U tim predmetima je utvrđeno da su vlasti poduzele korake kako bi na najmanju moguću mjeru svele nametljive upite (na primjer, tako što su dozvolile da se transseksualnim osobama izdaju vozačke dozvole, putovnice i druge vrste isprava s novim imenom i spolom). Također nije pokazano da su, zbog toga što u pravnom smislu nisu dobili opće priznanje promjene spola, podnositelji/ce zahtjeva pretrpjele/i dovoljno ozbiljnu štetu u povijesti svojih slučajeva koja bi imala prevagu nad diskrecijskim ovlastima tužene Države u ovom području (*Sheffield and Horsham*, prethodno navedena presuda, str. 2028–2029, stavak 59).

74. Premda Sud nema formalnu obvezu postupiti sukladno svojim prethodnim presudama, u interesu je pravne sigurnosti, predvidivosti i jednakosti pred zakonom da, bez valjanog razloga, ne odstupa od presedana ustanovljenih u prethodnim predmetima (vidjeti, na primjer, *Chapman v. the United Kingdom* [GC], br. 27238/95, ECHR 2001- I, stavak 70). Međutim, s obzirom na to da Konvencija prije svega predstavlja sustav za zaštitu ljudskih prava, Sud mora uzeti u obzir uvjete koji se mijenjaju u okviru tužene Države, kao i u okviru država ugovornica uopće, i odgovoriti, na primjer, na svako evolutivno približavanje standardima koje treba ostvariti (vidjeti, uz ostale izvore, presudu u predmetu *Cossey*, str. 14, stavak 35., kao i predmet *Stafford v. the United Kingdom* [GC], br. 46295/99, presuda od 28. svibnja 2002., koje će biti objavljene u ECHR 2002- ..., stavci 67–68). Od suštinske je važnosti da se Konvencija tumači i primjenjuje na način koji omogućuje da u njoj predviđena prava budu ostvariva i djelotvorna, a ne teoretska i prividna. Ako Sud ne uspije zadržati dinamični i evolutivni pristup, zaista mu prijeti opasnost da postane prepreka reformi ili unapređenju (vidjeti prethodno navedenu presudu u predmetu *Stafford v. the United Kingdom*, stavak 68). U sadašnjem kontekstu, Sud je od 1986. godine u nekoliko navrata ukazivao na to da je svjestan ozbiljnih problema s kojima se suočavaju transseksualne osobe i naglašavao koliko je važno da se prati potreba za odgovarajućim zakonskim mjerama u ovom području (vidjeti presudu u predmetu *Rees*, stavak 47.; presudu u predmetu *Cossey*, stavak 42; presudu u predmetu *Sheffield and Horsham*, stavak 60).

75. Stoga, Sud predlaže da se ispita situacija u državama ugovornicama, kao i izvan njih, da bi se “u svjetlu današnjih uvjeta” procijenilo kakvo bi tumačenje i primjena Konvencije sada bili odgovarajući (vidjeti *Tyrer v. the United Kingdom*, presuda od 25. travnja 1978., Serija A br. 26, stavak 31, kao i kasniju sudsku praksu).

2. Situacija podnositeljice zahtjeva kao transseksualne osobe

76. Sud primjećuje da se podnositeljica zahtjeva, koja je pri rođenju upisana kao muškarac, podvrgnula operaciji promjene spola i da u društvu živi kao žena. Usprkos tome, podnositeljica zahtjeva se u pravne svrhe i dalje tretira kao muškarac. To je utjecalo, a i dalje utječe, na život podnositeljice zahtjeva u situacijama kad je spol u pravnom smislu bitan i kada se radi razlika između muškaraca i žena, kao, *inter alia*, u oblasti mirovina i starosne granice za odlazak u mirovinu. Na primjer, podnositeljica zahtjeva mora nastaviti uplaćivati doprinose za socijalno osiguranje sve dok ne navrši 65 godina zato što ima pravni status muškarca. Međutim, s obzirom na to da je zaposlena pod spolnim identitetom žene, ona je morala pribaviti potvrdu o oslobađanju od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje na osnovu koje će joj njen poslodavac prestati uplaćivati doprinose, a ona će ih sama nastaviti uplaćivati. Iako je Vlada navela da su na taj način u dovoljnoj mjeri uzete u obzir poteškoće koje proizlaze iz položaja podnositeljice zahtjeva, Sud konstatira da ona ipak mora koristiti posebnu proceduru koja, sama po sebi, može skrenuti pažnju na njen status.

77. Isto tako, mora se priznati da može doći do ozbiljnog miješanja u privatni život onda kada stanje domaćeg prava dolazi u sukob s jednim važnim aspektom osobnog identiteta (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Dudgeon v. the United Kingdom*, presuda od 22. listopada 1981., Serija A br. 45, stavak 41). Prema mišljenju Suda, stres i otuđenje koji proizlaze iz nesklada između položaja u društvu koji zauzima transseksualna osoba koja je operacijom promijenila spol i položaja koji joj nameće zakon koji odbija priznati njezin promijenjeni spol, ne mogu se smatrati manjom neugodnošću nastalom zbog formalnosti. Tu dolazi do sukoba

između društvene stvarnosti i prava, što transseksualnu osobu stavlja u jedan izniman položaj koji kod nje može izazvati osjećaje ranjivosti, poniženja i strepnje.

78. U ovom predmetu, kao i u mnogim drugim predmetima, podnositeljica zahtjeva je promjenu spola izvršila o trošku nacionalne zdravstvene službe, koja priznaje stanje spolne disforije i, *inter alia*, osigurava promjenu spola operativnim putem kako bi se, kao jedan od osnovnih ciljeva, postigla što veća asimilacija sa spolom kome transseksualna osoba smatra da stvarno pripada. Sud iznenađuje činjenica da, usprkos tome, promjena spola koja je zakonito osigurana nije u potpunosti pravno priznata jer bi se ona mogla smatrati konačnim korakom koji predstavlja kulminaciju dugotrajnog i mukotrpnog procesa transformacije kroz koji je transseksualna osoba prošla. Usklađenost administrativne i pravne prakse u okviru nacionalnog sustava mora se uzeti kao bitan faktor u ocjeni provedenoj prema članku 8 Konvencije. Ako je Država odobrila liječenje i kirurški zahvat radi ublažavanja stanja u kojem se transseksualna osoba nalazi, financirala ili osigurala dio sredstava za operacije, pa čak dozvoljava i umjetnu oplodnju žene koja živi s transseksualnom osobom koja je promijenila spol iz ženskog u muški (kao što je pokazano u prethodno navedenom predmetu *X, Y. i 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 transseksualnih osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu priznali domaći sudovi (vidjeti prethodno navedeni predmet *Bellinger v. Bellinger*, stavak 52.), kao i Međuresorna radna skupina, koja je ispitala stanje u Ujedinjenom Kraljevstvu i zaključila da, usprkos tome što im se u praksi izlazi u susret, transseksualne osobe imaju određenih problema s kojima se najveći dio stanovništva ne mora suočavati (vidjeti gore stavak 50).

80. U odnosu na ove aspekte, Sud je razmotrio podjednako bitne argumente koji su, po svojoj prirodi, od javnog interesa i koji su izneseni da bi se opravdalo to što se sadašnje stanje nastavlja. Sud primjećuje da

je u prethodnim predmetima iz Ujedinjenog Kraljevstva značaj pridan medicinskim i znanstvenim aspektima, zatim stanju koje se tiče bilo kakvog konsenzusa na europskom i međunarodnom nivou, kao i utjecaju bilo kakvih promjena na sadašnji sustav upisa u matricu rođenih.

3. Medicinska i znanstvena razmatranja

81. Još uvijek ne postoje uvjerljivi nalazi koji bi ukazivali na uzrok transseksualnosti, pogotovo ne o tome da li je ona u potpunosti psihološke prirode ili je povezana s fizičkom diferencijacijom u mozgu. Utvrđeno je da iskazi vještaka u domaćem predmetu *Bellinger v. Bellinger* ukazuju na sve veće prihvatanje nalaza o spolnim razlikama u mozgu koje se određuju još u prenatalnoj fazi, iako su znanstveni dokazi koji idu u prilog ovoj teoriji daleko od potpunih. Međutim, Sud smatra da je mnogo značajnije to što je na međunarodnom nivou transseksualnost 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 transseksualnosti zamijenjena je “poremećajem spolnog identiteta”; vidjeti također deseto izdanje Međunarodne klasifikacije bolesti (*ICD-10*)). U Ujedinjenom Kraljevstvu, kao u ogromnoj većini država ugovornica, Nacionalna zdravstvena služba priznaje postojanje ovog stanja i osigurava ili dozvoljava liječenje, uključujući nepovratne kirurške zahvate. Medicinski i kirurški zahvati, putem kojih se u ovom slučaju vrši promjena spola, zaista se obavljaju pod nadzorom nacionalnih zdravstvenih vlasti. Isto tako, imajući u vidu mnogobrojne i bolne zahvate koje takva operacija podrazumijeva, kao i stupanj predanosti i uvjerenja koji su neophodni da bi osoba promijenila svoju spolnu ulogu u društvu, ne može se sugerirati da ima bilo čega samovoljnog ili hirovitog u odluci koju je donijela osoba koja se treba podvrgnuti promjeni spola. U takvim okolnostima, tekuća znanstvena i medicinska rasprava o točnim uzrocima ovog stanja gubi na značaju.

82. Iako je točno i to da transseksualne osobe ne mogu poprimiti sve biološke karakteristike pripisanog spola (prethodno navedeni predmet *Sheffield i Horsham*, str. 2028, stavak 56.), Sud konstatira da, usprkos sve sofisticiranijim kirurškim zahvatima i hormonskoj terapiji, kromosomi čine osnovni i nepromjenljivi biološki aspekt spolnog identiteta. Poznato je, međutim, da kromosomske anomalije mogu nastati pri-

rodnim putem (na primjer, u slučajevima interseksualnih stanja, kada se biološki kriteriji ne poklapaju u trenutku rođenja) i, u takvim slučajevima, neke osobe se moraju odrediti kao pripadnici/e 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 kromosomski faktor neizbježno mora imati presudni značaj za pravno određivanje spolnog identiteta transseksualne osobe (vidjeti izdvojeno mišljenje gospodina suca Thorpa u predmetu *Bellinger v. Bellinger*, citirano gore u stavku 52, kao i presudu suca Chisholm u australskom predmetu *Re Kevin*, citiranu gore u stavku 55).

83. Prema tome, Sud nije uvjeren da medicina ili znanstvena saznanja pružaju bilo kakav odlučujući argument po pitanju pravnog priznavanja transseksualnih osoba.

4. Stanje koje se tiče bilo kakvog konsenzusa na europskoj ili međunarodnoj razini

84. Već u vrijeme kad je razmatran predmet *Sheffield i Horsham*, među državama ugovornicama Vijeća Europe se pojavljivao konsenzus o tome da promjena spola treba biti pravno priznata (vidjeti stavak 35 te presude). Najnovije istraživanje, koje je za ovaj predmet dostavio *Liberty*, ukazuje na to da na međunarodnom nivou postoji neprestana tendencija ka takvom pravnom priznavanju (vidjeti gore stavke 55–56). Izgleda da u Australiji i na Novom Zelandu sudovi polako napuštaju stav da se spol utvrđuje na temelju bioloških parametara u trenutku rođenja (kao što je to navedeno u predmetu *Corbett v. Corbett* iz Ujedinjenog Kraljevstva) i zauzimaju stav da, u kontekstu kada transseksualna osoba želi sklopiti brak, spol treba ovisiti od mnoštva faktora koje treba procijeniti u samom trenutku sklapanja braka.

85. Sud napominje da je, u predmetu *Rees* iz 1986. godine, naveo da među državama ugovornicama po ovom pitanju skoro da ne postoji zajednički stav, tako da neke od njih dozvoljavaju promjenu spola, a neke ne, i da se, u općem smislu, čini da se pravo nalazi u prijelaznoj fazi (vidjeti stavak 37.). U kasnijem predmetu *Sheffield i Horsham*, Sud je, u svojoj presudi, naglasak stavio na nepostojanje zajedničkog europskog pristupa pitanju kako riješiti problem reperkusija koje bi pravno priznavanje promjene spola moglo podrazumijevati na drugim

područjima prava, kao što su brak, srodstvo, privatnost ili zaštita podataka. Dokle god je, po svoj prilici, situacija takva, gotovo da i ne čudi to što četrdeset i tri države ugovornice, koje imaju veoma različite pravne sustave i tradicije, nemaju zajednički pristup ovom pitanju. U skladu s načelom supsidijarnosti, države ugovornice prije svega trebaju donijeti odluke o neophodnim mjerama kojima će se osigurati zaštita prava iz Konvencije u okviru njihovih nadležnosti, a prilikom rješavanja praktičnih problema proisteklih iz pravnog priznavanja spola promijenjenog operacijom u okviru njihovih pravnih sustava, države ugovornice moraju imati široke diskrecijske ovlasti. Shodno tome, Sud manji značaj pridaje nedostatku dokaza o postojanju zajedničkog europskog 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 transseksualnih osoba u društvu, već i pravnom priznavanju novog spolnog identiteta transseksualnih osoba koje su operacijom promijenile spol.

5. Utjecaj na sustav upisa u matice

86. U predmetu *Rees*, Sud je prihvatio činjenicu da Vlada može pridavati veliki značaj povijesnom aspektu sustava upisa u maticu rođenih. Argument o tome da bi, kad bi se dozvolili izuzeci u ovom sustavu, njegova funkcija bila dovedena u pitanje, umnogome je utjecao na ovu ocjenu.

87. Međutim, može se navesti da su, što se tiče povijesne osnove sustava upisa u maticu rođenih, izuzeci već napravljeni i to u slučaju priznavanja izvanbračne djece i usvajanja gdje postoji mogućnost izdavanja ažuriranih izvadaka iz matice rođenih u kojima je evidentirana promjena statusa nakon rođenja. Prema mišljenju Suda, pravljenje novih izuzetaka u slučaju transseksualnih osoba (kategorije koja obuhvaća između 2000 i 5000 osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu, prema procjeni iz Izvještaja Međuresorne radne grupe, str. 26) ne bi predstavljalo opasnost da se čitav taj sustav sruši. Iako je prethodno ukazano na štetu koju bi pretrpjele treće osobe koje možda ne bi mogle doći do originalnih podataka, kao i na komplikacije koje bi nastale u području obiteljskog i nasljednog prava (vidjeti presudu u predmetu *Rees*, str. 18, stavak 43), ove tvrdnje su opće formulacije, tako da, na temelju materijala koji se pred njim nalazi u ovom trenutku, Sud ne može utvrditi da su uočeni bilo kakvi realni izgledi za nastanak štete ukoliko bi se izvršile promjene u sadašnjem sustavu.

88. Uz to, Sud navodi da je Vlada nedavno dala prijedloge za provođenje reforme koja bi omogućila kontinuiranu izmjenu i dopunu podataka o građanskom statusu (vidjeti stavak 54). Stoga, Sud nije uvjeren da, u trenutnim okolnostima, potreba za nepokolebljivim podržavanjem integriteta povijesne osnove sustava upisa u maticu rođenih ima isti značaj kao što je imala 1986. godine.

6. Uspostavljanje ravnoteže u ovom

89. Sud je prethodno (stavci 76-79) naveo poteškoće i nepravilnosti u vezi s položajem podnositeljice zahtjeva kao transseksualne osobe koja je operacijom promijenila spol. Mora se priznati da u ovom predmetu nije dostignut onaj stupanj svakodnevnog miješanja kakav je pretrpio podnositelj zahtjeva u predmetu *B. v. France* (presuda od 25. ožujka 1992., Serija br. 232), kao i to da se, u određenim situacijama, rizik od nastanka poteškoća ili neugodnosti s kojima se ova podnositeljica zahtjeva 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, prema članku 8 Konvencije, u kojem pojam osobne autonomije predstavlja važno načelo na kojem se temelji tumačenje jamstava koje taj članak sadrži, štiti se osobna sfera svake/og pojedinca/ke, uključujući i njihovo pravo na određivanje podataka o svom identitetu kao ljudskih jedinki (vidjeti, *inter alia*, *Pretty v. the United Kingdom*, br. 2346/02, presuda od 29. travnja 2002., stavak 62., kao i *Mikulić v. Croatia*, br. 53176/99, presuda od 7. veljače 2002., stavak 53., koje će biti objavljene u ECHR 2002-...). U dvadeset i prvom stoljeću, pravo transseksualnih osoba na osobni razvoj i fizičku i moralnu sigurnost, kakvu u punom smislu uživaju ostali članovi društva, ne može se promatrati kao nešto što je kontroverzno i što iziskuje protok nekog vremena kako bi se pitanja s tim u vezi mogla sagledati u jasnijem svijetlu. Ukratko, nezadovoljavajuća situacija u kojoj transseksualne osobe koje su operacijom promijenile spol žive u nekakvom međuprostoru, ne pripadajući u potpunosti niti jednom niti drugom spolu, više nije održiva. Uvažavanje ove ocjene na domaćem nivou može se pronaći u izvještaju Međuresorne radne

grupe, kao i u presudi Žalbenog suda u predmetu *Bellinger v. Bellinger* (vidjeti stavke 50, 52– 53).

91. Sud ne umanjuje značaj poteškoća ili važnih reperkusija koje će svaka veća promjena sustava neizbježno izazvati i to ne samo u oblasti upisa u maticu rođenih, već i u oblastima pristupa dokumentaciji, obiteljskog prava, srodstva, nasljeđivanja, kaznenopravnog sustava, zapošljavanja, socijalne zaštite i osiguranja. Međutim, kao što je Međuresorna radna skupina u svom izvještaju jasno naznačila, daleko od toga da se ovi problemi ne mogu prevladati, pa je, stoga, Radna skupina našla za shodno da kao jednu od mogućnosti predloži puno priznavanje novog spola u pravnom smislu, pod uvjetom da se primjene određeni kriteriji i procedure. Prema konstataciji lorda suca Thorpa u predmetu *Bellinger*, bilo kakve “poteškoće u pogledu spektra”, naročito u oblasti obiteljskog prava, podjednako su rješive i prihvatljive ako se ograniče na slučajeve potpuno ostvarenih transseksualnih osoba koje su operacijom promijenile spol. Isto tako, Vlada nije uspjela uvjeriti Sud u svoju argumentaciju da bi dopuštanje da se na podnositeljicu zahtjeva primjene pravila koja vrijede za žene, čime bi se također promijenio datum njenog stjecanja prava na državnu mirovinu, nanijelo bilo kakvu nepravdu drugim ljudima koji su obuhvaćeni sustavom socijalnog osiguranja i državnih mirovina, kako tvrdi Vlada. Nije dokazano da postoji bilo kakva vjerojatnost da će promjene statusa transseksualnih osoba prouzročiti 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 tolerira određenu dozu neugodnosti kako bi se pojedincima/kama omogućilo da vode dostojanstven i častan život sa spolnim identitetom za koji su se, uz velike osobne žrtve, opredjelili/e.

92. U prethodnim predmetima iz Ujedinjenog Kraljevstva, ovaj Sud je od 1986. godine naglašavao koliko je važno da se prati potreba za odgovarajućim zakonskim mjerama, imajući u vidu znanstvena i društvena kretanja (vidjeti navode gore u stavku 73). Nedavno je njegova napomena u predmetu *Sheffield i Horsham* iz 1998. da tužena Država još uvijek nije poduzela nikakve korake u tom smislu, usprkos sve većoj društvenoj prihvaćenosti fenomena transseksualnosti i sve većem uvažavanju problema s kojima se transseksualne osobe

suočavaju (kako je navedeno gore u stavku 60). Iako u tom predmetu nije utvrđeno nikakvo kršenje, ponovno je izričito ukazano na potrebu za praćenjem događaja na ovom planu. Od tada je Međuresorna radna skupina, u travnju 2000., objavila izvještaj, u kojem je izložila rezultate istraživanja trenutnog položaja transseksualnih osoba, uz ostalo, u kaznenom pravu, obiteljskim i radnim sporovima i utvrdila razne opcije za reformu. Pošto zapravo ništa nije učinjeno na ostvarivanju ovih prijedloga, Žalbeni sud je, u srpnju 2001., konstatirao da se tako nešto niti ne planira (vidjeti stavke 52-53). Može se primijetiti da je jedina spomena vrijedna zakonodavna promjena, primjena određenih odredbi o nediskriminaciji, proizašla iz odluke Europskog suda pravde, od 30. travnja 1996., u kojoj je zaključeno da je diskriminacija na osnovi promjene spola jednaka diskriminaciji na osnovi spola (vidjeti gore stavke 43-45).

93. Imajući u vidu prethodno spomenute aspekte, Sud smatra da tužena Vlada ne može više tvrditi da ovo pitanje spada u njene diskrecijske ovlasti, osim u pogledu odgovarajućeg sredstva putem kojeg će biti priznato pravo koje je zaštićeno Konvencijom. S obzirom na to da ne postoje značajni faktori od javnog interesa koji bi odnijeli prevagu nad interesom ove podnositeljice zahtjeva da se u pravnom smislu prizna promjena spola kojoj se podvrgnula, Sud zaključuje da pravična ravnoteža, koja se u Konvenciji podrazumijeva, sada odlučno naginje u korist podnositeljice zahtjeva. Slijedom navedenog, nije poštovano njeno pravo na privatni život, čime je prekršen članak 8 Konvencije.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 12 KONVENCIJE

94. Podnositeljica zahtjeva je, također, tvrdila da je došlo do kršenja članka 12 Konvencije, kojim je propisano kako slijedi:

“Muškarci i žene u dobi za sklapanje braka imaju pravo stupiti u brak i osnovati obitelj, u skladu s domaćim zakonima koji uređuju ostvarenje tog prava.”

A. Argumenti stranaka

1. Podnositeljica zahtjeva

95. Podnositeljica zahtjeva je prigovorila da, iako sada ima potpuni fizički odnos s muškarcem, ona i njen partner ne mogu sklopiti brak jer se ona u očima zakona tretira kao muškarac. Ona je iznijela argument da se u nedavnom predmetu *Bellinger v. Bellinger* ispostavilo da definicija spola u svrhu braka iz predmeta *Corbett v. Corbett* više nije dovoljna, kao i to da, čak i kad bi oslanjanje na biološke kriterije i dalje bilo prihvatljivo, upotreba samo nekih od tih kriterija za utvrđivanje spola i isključivanje onih koji te elemente ne ispunjavaju predstavlja povredu članka 12.

2. Vlada

96. Vlada se pozvala na prethodnu praksu Suda (prethodno navedene presude u predmetima *Rees*, *Cossey* i *Sheffield i Horsham*) i tvrdila je da se niti po članku 12 niti po članku 8 Konvencije od države ne zahtjeva da dozvoli transseksualnoj osobi da sklopi brak s osobom koja pripada njegovom odnosno njenom prvobitnom spolu. Također je istaknula da je Žalbeni sud u predmetu *Bellinger v. Bellinger* nedavno ispitao i podržao pristup iz domaćeg prava, tako da ovo pitanje sada čeka na razmatranje u Gornjem domu Parlamenta. Po njihovom mišljenju, ako u ovoj važnoj ili delikatnoj oblasti treba izvršiti bilo kakve promjene, one trebaju proizaći isključivo od sudova u Ujedinjenom Kraljevstvu koji postupaju u okviru diskrecijskih ovlasti koje je ovaj Sud uvijek dopuštao. Vlada se pozvala i na činjenicu da svaka promjena može izazvati neželjene posljedice, navodeći da bi pravno priznavanje moglo dovesti do poništenja postojećih brakova, pa bi se transseksualne osobe i njihovi partneri/ce mogli naći u istospolnim brakovima. Naglasili su značaj pravilnog i pažljivog analiziranja svih promjena u ovoj oblasti,

kao i potrebu za prijelaznim odredbama.

B. Ocjena Suda

97. Sud podsjeća da u predmetima *Rees*, *Cossey* i *Sheffield i Horsham* nije ustanovljeno da to što transseksualne osobe u ovim predmetima nisu mogle sklopiti brak s osobom čiji je spol suprotan od njihovog promijenjenog spola predstavlja povredu članka 12 Konvencije. Te presude su, između ostaloga, bile zasnovane i na razumijevanju da se pravo na sklapanje braka odnosi na tradicionalni brak između osoba suprotnog biološkog spola (vidjeti presudu u predmetu *Rees*, str. 19, stavak 49), stajalištu da je kontinuirano usvajanje bioloških kriterija za utvrđivanje spola u svrhu braka u domaćem pravu obuhvaćeno ovlastima država ugovornica da unutrašnjim zakonima urede ostvarivanje prava na sklapanje braka, kao i na zaključku da unutrašnje zakone ne treba promatrati kao nešto što pravo transseksualne osobe na sklapanje braka ograničava ili umanjuje na takav način ili do takvih razmjera da to narušava njegovu samu suštinu (presuda u predmetu *Cossey*, str. 18, stavci 44–46, presuda u predmetu *Sheffield i Horsham*, str. 2030, stavci 66–67). Ukazano je i na formulaciju članka 12 kojom se brak štiti kao osnova obitelji (*Rees*, *loc. cit.*).

98. Razmatrajući stanje iz 2002. godine, Sud primjećuje da članak 12 osigurava osnovno pravo muškarca i žene da stupe u brak i osnuju obitelj. Međutim, njegov drugi aspekt nije uvjetovan prvim, tako da se to što neki parovi ne mogu imati djecu ili biti roditelji, samo po sebi, ne može promatrati kao ukidanje njihovog prava na ostvarivanje prvog segmenta ove odredbe.

99. Ostvarivanje prava na sklapanje braka povlači za sobom društvene, osobne i pravne posljedice. To pravo podliježe unutrašnjim zakonima država ugovornica, ali ograničenja koja se njima uvode ne smiju to pravo sputavati ili umanjivati na takav način ili do takvih razmjera da to narušava njegovu samu suštinu (vidi presudu u predmetu *Rees*, str. 19, stavak 50; *F. v. Switzerland*, presuda od 18. prosinca 1987., Serija A br.

128, stavak 32).

100. Točno je da se prva rečenica izričito odnosi na pravo muškarca i žene da stupe u brak. Sud nije uvjeren da se, na dan razmatranja ovog predmeta, još uvijek može pretpostaviti da se ovi pojmovi odnose na utvrđivanje spola putem čisto bioloških kriterija (kao što je zaključio sudac Ormrod u predmetu *Corbett v. Corbett*, stavak 21 gore). Od usvajanja Konvencije dogodile su se značajne društvene promjene u instituciji braka, kao i dramatične promjene izazvane medicinskim i znanstvenim dostignućima na polju transseksualnosti. Sud je, na osnovi članka 8 Konvencije, u prethodnom tekstu ustanovio da se test poklapanja bioloških faktora više ne može smatrati presudnim za odbijanje da se u pravnom smislu prizna spol transseksualne osobe koji je promijenjen operativnim putem. Postoje i drugi važni faktori - prihvaćanje od strane zdravstvenih djelatnika i zdravstvenih vlasti u državama ugovornicama stanja koje podrazumijeva poremećaj spolnog identiteta, osiguravanje liječenja, uključujući kirurške zahvate kako bi se takva osoba što više asimirala s pripadnicima/ama spola kojem smatra da zaista pripada, kao i preuzimanje društvene uloge pripisanog spola od strane transseksualne osobe. Sud također konstatira da nema sumnje da članak 9 nedavno usvojene Povelje o temeljnim pravima u Europskoj uniji namjerno odstupa od formulacije iz članka 12 Konvencije time što se u njemu ne spominju muškarci i žene (vidi stavak 58 gore).

101. Međutim, pravom na poštovanje privatnog života prema članku 8 nisu obuhvaćena sva pitanja iz članka 12, u kojem se uvjeti nametnuti unutrašnjim zakonima posebno spominju. Stoga je Sud razmotrio pitanje da li u domaćem pravu svrstavanje u spol koji je upisan odmah po rođenju predstavlja ograničenje koje narušava samu suštinu prava na sklapanje braka u ovom predmetu. U tom smislu, Sud smatra da nije prirodno tvrditi da transseksualne osobe nisu lišene prava na sklapanje braka jer, po zakonu, one i dalje mogu sklopiti brak s osobom čiji je spol suprotan od njihovog prethodnog. Podnositeljica zahtjeva u ovom predmetu živi kao žena, u vezi je s muškarcem i isključivo bi željela sklopiti brak s muškarcem. Ona nema nikakvu mogućnosti da to učini. Po mišljenju Suda, ona stoga može tvrditi da je narušena sama suština njenog prava na sklapanje braka.

102. Sud nije utvrdio niti jedan drugi razlog koji bi ga spriječio da donese ovakav zaključak. Vlada je iznijela argument da u ovoj delikatnoj oblasti odluku o ispunjavanju uvjeta za brak prema domaćem pravu treba prepustiti domaćim sudovima u okviru diskrecijskih ovlasti države, skrećući pažnju na utjecaj koji to može imati na već postojeće brakove u kojima je jedan od partnera/ica transseksualna osoba. Međutim, prema mišljenju većine u presudi Žalbenog suda u predmetu *Bellinger v. Bellinger*, čini se da domaći sudovi naginju mišljenju da ovo pitanje najbolje može riješiti zakonodavna vlast, iako Vlada u ovom trenutku ne namjerava donijeti propise s tim u vezi (vidjeti stavke 52-53).

103. Na temelju materijala koje je dostavio *Liberty* može se konstatirati da, usprkos rasprostranjenom prihvaćanju braka transseksualnih osoba, manji broj zemalja dozvoljava brak između transseksualnih osoba u njihovom pripisanom spolu, nego što priznaje samu promjenu spola. Sud, međutim, nije uvjeren da to ide u prilog argumentu da ovo pitanje treba u potpunosti prepustiti državama ugovornicama kao nešto što potpada pod njihove diskrecijske ovlasti. To bi bilo ravno zaključku da niz mogućnosti koje državi ugovornici stoje na raspolaganju obuhvaća i djelotvornu zabranu ostvarivanja prava na sklapanje braka. Diskrecijske ovlasti ne mogu se protezati tako daleko. Iako država ugovornica, uz ostalo, mora utvrditi uvjete pod kojima osoba koja traži da se u pravnom smislu prizna kao transseksualna osoba treba dokazati da je promjena spola obavljena na odgovarajući način ili uvjete pod kojima prethodni brakovi prestaju vrijediti, 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 transseksualnoj osobi zabrani ostvarivanje prava na sklapanje braka pod bilo kojim okolnostima.

104. Sud zaključuje da je u ovom predmetu došlo do povrede članka 12 Konvencije.

III. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 14 KONVENCIJE

105. Podnositeljica zahtjeva je, također, tvrdila da je došlo do kršenja članka 14 Konvencije, kojim je propisano kako slijedi:

“Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.”

106. Podnositeljica zahtjeva je prigovorila da je to što njen promijenjeni spol nije pravno priznat uzrok brojnih oblika diskriminacije i štete. Posebno je ukazala na činjenicu da ne može podnijeti zahtjev za državnu mirovinu dok ne navrši 65 godina, kao i na činjenicu da ne može podnijeti zahtjev za “propusnicu”, koja bi joj omogućila besplatan prijevoz u Londonu, što je pogodnost na koju žene stječu pravo s navršениh 60, a muškarci s navršениh 65 godina.

107. Država je iznijela stav da se ne pokreću nikakva pitanja koja se razlikuju od pitanja kojima se bavi članak 8 Konvencije, kao i da prigovori 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 spola transseksualne osobe koja je operacijom promijenila spol čini suštinu prigovora koje je podnositeljica zahtjeva podnijela prema članku 14 Konvencije. Ova pitanja razmotrena su prema članku 8 i, kao rezultat toga, ustanovljeno je kršenje te odredbe. U danim okolnostima, Sud smatra da prema članku 14 Konvencije nije pokrenuto niti jedno posebno pitanje i zato ne donosi nikakav poseban zaključak.

IV. NAVODNO KRŠNJE ČLANKA 13 KONVENCIJE

109. Podnositeljica zahtjeva je tvrdila da je došlo do kršenja članka 13 Konvencije, kojim je propisano kako slijedi:

“Svatko čija su prava i slobode, koji su priznati u ovoj Konvenciji, povrijeđeni, ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.”

110. Podnositeljica zahtjeva je prigovorila da nije imala na raspolaganju djelotvorni pravni lijek vezano za prethodno navedene prigovore.

111. Vlada je navela da nije bilo dokazivog kršenja niti jednog prava predviđenog Konvencijom koje bi podrazumijevalo pravo na pravni lijek na temelju članka 13. U svakom slučaju, od 2. listopada 2000., kada je stupio na snagu Zakon o ljudskim pravima iz 1998., pred domaćim sudovima moguće je pozvati se na prava predviđena Konvencijom, tako da bi podnositeljica zahtjeva pred domaćim sudom sada imala na raspolaganju pravni lijek za bilo kakvo kršenje prava predviđenog Konvencijom.

112. Sud ponavlja da članak 13 Konvencije jamči raspoloživost pravnog lijeka, na nacionalnom nivou, za provođenje suštine prava i sloboda prema Konvenciji u kojem god vidu ona bila zajamčena u domaćem pravnom poretku. Njegovo djelovanje sastoji se od zahtjeva za osiguranje domaćeg pravnog lijeka kako bi se riješila suština “dokazive žalbe” prema Konvenciji i pružila odgovarajuća zaštita (vidjeti, uz ostale izvore, *Aksoy v. Turske*, presuda od 25. rujna 1996., *Reports* 1996-VI, str. 2286, stavak 95).

113. S obzirom na to da su prethodno ustanovljena kršenja članaka 8 i 12 Konvencije, prigovori podnositeljice zahtjeva su u tom smislu nesumnjivo dokazivi u smislu članka 13 Konvencije. Međutim, sudska praksa koja se odnosi na pravne institute Konvencije ukazuje da se članak 13 ne može tumačiti u smislu zahtjeva za osiguranje 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. the United Kingdom*, presuda od 21. veljače 1986., Serija A Br. 98, str. 48, stavak 86). Dakle, s obzirom na to da u domaćem pravu pravni lijek nije postojao sve do 2. listopada 2000., kad je Zakon o ljudskim pravima iz 1998. stupio na snagu, prigovori podnositeljice zahtjeva kose se s ovim načelom. Poslije tog datuma, podnositeljica zahtjeva mogla se žaliti domaćim sudovima, koji bi imali na raspolaganju čitav niz mogućih pravnih lijekova.

114. U danim okolnostima, Sud u ovom predmetu nije utvrdio povredu članka 13 Konvencije.

V. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

115. Članak 41 Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarne pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci.”

A. Šteta

116. Podnositeljica zahtjeva je tražila ukupan iznos od 38200 funti sterlinga (GBP) na ime materijalne štete. To uključuje iznos od GBP 31200 na ime mirovine koju nije mogla tražiti s navršenih 60 godina života, kao i GBP 7000 na ime procijenjene vrijednosti povlastice za besplatan prijevoz umirovljenica gradskim autobusom, za koju nije ispunjavala uvjete. Na ime nematerijalne štete, podnositeljica zahtjeva tražila je GBP 40000 za pretrpljenu bol, strepnju i poniženje.

117. Vlada je smatrala da bi, ukoliko Sud utvrdi bilo kakvu povredu Konvencije, samo to utvrđenje predstavljalo zadovoljavajuće pravednu naknadu u smislu članka 41 Konvencije.

118. Sud podsjeća da mora postojati jasna uzročno-posljedična veza između kršenja Konvencije i materijalne štete koju podnositeljica zahtjeva potražuje, kao i da time, u odgovarajućem slučaju, može biti obuhvaćena i naknada na ime gubitka zarade ili drugih izvora prihoda (vidjeti, uz ostale izvore, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, presuda od 13. lipnja 1994. (članak 50), Serija A Br. 285- C, str. 57- 58, stavci 16. – 20.; *Cakýcy v. Turkey*, presuda od 8. srpnja 1999., *Reports 1999- IV*, stavak 127).

119. Sud primjećuje da se podnositeljica zahtjeva nije mogla umiroviti s navršenih 60 godina života, na što imaju pravo ostale zaposlene žene, niti dobiti državnu mirovinu ili tražiti besplatnu kartu za prijevoz. Međutim, nije sasvim jasno u kojoj mjeri je podnositeljica zahtjeva uslijed toga pretrpjela eventualnu financijsku štetu, s obzirom na to da je podnositeljica zahtjeva, iako možda ne po vlastitom izboru, nastavila raditi i temeljem toga ostvarivati zaradu. (...)

120. Sud je ustanovio da, s obzirom na razvoj događaja, ova situacija izlazi iz okvira diskrecijskih ovlasti Ujedinjenog Kraljevstva. Na Vladi Ujedinjenog Kraljevstva je da provodi mjere koje smatra odgovarajućima kako bi ispunila svoje obveze i kako bi podnositeljici zahtjeva i drugim transseksualnim osobama osigurala pravo na poštovanje privatnog života, kao i pravo na sklapanje braka u skladu s ovom presudom. Iako nema nikakve sumnje da je podnositeljica zahtjeva u prošlosti pretrpjela stres i tjeskobu, upravo to što transseksualnim osobama, koje su operacijom promijenile spol, promjena spola nije pravno priznata čini suštinu prigovora u ovom zahtjevu, posljednjem u nizu predmeta u kojima su i drugi/e podnositelji/ce zahtjeva pokrenuli/e ista pitanja. Stoga, Sud ne smatra da je primjereno da se ovoj konkretnoj podnositeljici zahtjeva dodijeli odšteta. Sâmo utvrđenje kršenja, uz posljedice koje će to imati u budućnosti, može se smatrati pravednom naknadom u ovim okolnostima.

B. Troškovi i izdaci

(...)

123. Sud utvrđuje da su iznosi koje je podnositeljica zahtjeva tražila na ime sudskih troškova i izdataka [£44375], za koje nisu dostavljeni nikakvi podaci u smislu broja sati rada i visina naknada, visoki s obzirom na stupanj složenosti i postupke usvojene u ovom predmetu. Imajući u vidu iznose koji su dodijeljeni u drugim predmetima iz Ujedinjenog Kraljevstva i s obzirom na iznose koje je Vijeće Europe isplatilo na ime pravne pomoći, Sud na ime ove stavke dodjeljuje iznos od 39000 eura (EUR), zajedno sa svim porezima na dodanu vrijednost koji bi se mogli zaračunati. ...

C. Zatezna kamata

124. S obzirom na to da su iznosi iskazani u eurima i bit će pretvoreni u nacionalnu valutu na dan isplate, Sud smatra da i stopa zatezne kamate treba biti iskazana u eurima, kao referentnoj valuti. Sud smatra primjerenim, kao opće pravilo, da se zatezna kamata temelji na najnižoj kamatnoj stopi Europske središnje banke kojoj treba dodati tri postotna boda.

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. *Presuđuje*, jednoglasno, da je došlo do kršenja članka 8 Konvencije;
2. *Presuđuje*, jednoglasno, da je došlo do kršenja članka 12 Konvencije;
3. *Presuđuje*, jednoglasno, da niti jedno posebno pitanje nije pokrenuto temeljem članka 14 Konvencije;
4. *Presuđuje*, jednoglasno, da nije došlo do kršenja članka 13 Konvencije;
5. *Presuđuje*, jednoglasno, da utvrđenje kršenja, samo po sebi, predstavlja zadovoljavajuće pravednu naknadu za nematerijalnu štetu koju je podnositeljica zahtjeva pretrpjela;
6. *Presuđuje*, jednoglasno, da je tužena Država, u roku od tri mjeseca, podnositeljici zahtjeva dužna isplatiti EUR 39000 (trideset i devet tisuća eura) na ime troškova i izdataka, zajedno sa svim porezima na dodanu vrijednost koji bi se mogli zaračunati, pretvoreno u funte sterlinga na dan namirenja;
7. *Presuđuje*, sa petnaest glasova prema dva, da se od proteka naprijed navedena tri mjeseca do namirenja plaća obična kamata prema stopi koja je jednaka najnižoj kamatnoj stopi Europske središnje banke, uvećana za tri postotna boda;
8. *Odbija*, jednoglasno, ostatak zahtjeva podnositeljice zahtjeva za pravednu naknadu.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava u Strasbourg dana 11. srpnja 2002.

Luzius Wildhaber

Predsjednik

Paul Mahoney

Tajnik

U skladu s člankom 45. stavkom 2. Konvencije i pravilom 74. stavkom 2. Poslovnika Suda, ovoj se presudi prilaže:

- (a) suglasno mišljenje g. Fischbach-a;
- (b) djelomično izdvojeno mišljenje g. Türmen-a;
- (c) djelomično izdvojeno mišljenje gđe. Greve.

L.W.
P.J.M

SLUČAJ: VAN KÜCK PROTIV NJEMAČKE

(Broj predmeta: 35968/97)

KONAČNO

12/09/2003

PRESUDA

STRASBOURG

12. lipnja 2003

U slučaju Vana Kücka protiv Njemačke, u zatvorenoj raspravi, Sudsko vijeće (Trećeg odsjeka) Europskog suda za ljudska prava sastavljeno od sudaca:

predsjednika, gospodina I. Cabrala Barreto, a,

gospodina G. Ressa,

gospodina L. Caflischa,

gospodina R. Türmena,

gospodina B. Zupančiča,

gospodina J. Hedigana,

gospođe H. S. Greve,

te registratora odsjeka, V. Bergera,

nakon što je privatno raspravljalo 20. lipnja 2002. i 22. svibnja 2003., donosi sljedeću presudu usvojenu na potonji datum:

...

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

8. Podnositeljica tužbe rođena je 1948. godine i živi u Berlinu. Pri rođenju, upisana je kao muškarac imena Bernhard Friedrich.

A. Procedure za promjenu imena podnositeljice tužbe

9. 1990. godine, podnositeljica tužbe pokrenula je postupak pred Okružnim sudom okruga Schöneberg za promjenu svojih imena u Carola Brenda.

10. 20. prosinca 1991., Okružni je sud odobrio zahtjev podnositeljice tužbe. Sud je ustvrdio da su u slučaju podnositeljice tužbe zadovoljeni uvjeti iz Odsjeka 1 Zakona o transseksualnim osobama (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen).

11. Okružni je sud, nakon saslušanja podnositeljice tužbe i nakon uzimanja u obzir pisanih mišljenja psihijatrijskih stručnjaka, profesora R. i doktorice O., od 28. kolovoza 1991. godine, te mišljenja psihologijskog stručnjaka, profesora D., od 1. rujna 1991. godine, zaključio da je podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski. Sud je ustvrdio da, iako su profesor R. i doktorica O. ukazali na to da podnositeljica tužbe nije tipična transseksualna osoba, Zakon o transseksualnim osobama nalaže da je dovoljno da se zadovolje uvjeti koji definiraju transseksualnost bez obzira na pojedinačne oblike transseksualnosti. Štoviše, sud je ustvrdio da su ovi stručnjaci uvjerljivo

pokazali da se podnositeljica zahtjeva barem u zadnje tri godine naprezala živjeti po kriterijima transseksualnosti te da postoji velika vjerojatnost da ona neće promijeniti ove sklonosti ni u budućnosti.

B. Sudski građanski postupak protiv osiguravatelja zdravstvene zaštite

12. 1992. godine, podnositeljica tužbe, zastupljena putem umješaka, pokrenula je pred berlinskim Regionalnim sudom postupak protiv jednog njemačkog osiguravatelja zdravstvene zaštite. Budući da je ovom osiguravatelju plaćala premije od 1975. godine, od njega je potraživala naknadu za troškove lijekova za hormonsku terapiju. Nadalje, zatražila je i deklaratornu presudu kojom bi tuženi osiguravatelj bio dužan naknaditi 50% troškova nastalih operacijom promjene spola te troškova za daljnju hormonsku terapiju ...

13. 20. listopada 1992., berlinski Regionalni sud odlučio je pribaviti stručna svjedočenja o tome da li je ili nije podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski, da li je ili nije njen oblik transseksualnosti poremećaj, da li je ili nije operacija za promjenu spola bila nužan medicinski zahvat za transseksualnost, i da li je ili nije ovaj postupak općenito prihvaćen u medicinskoj znanosti.

14. Psihijatar, dr. H., nakon što je pregledao podnositeljicu tužbe u siječnju 1993., dostavio je svoje mišljenje u veljači 1993. U svojim zaključcima potvrdio je da je podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski, te da se njena transseksualnost treba smatrati poremećajem. Nadalje, ukazao je na to da kirurški zahvat promjene spola nije jedino moguće liječenje u slučajevima transseksualnosti. U slučaju podnositeljice tužbe, s psihijatrijsko-psihoterapeutskih aspekata preporučio je takav zahvat s obzirom na to da bi se time popravio njen socijalni položaj. Istaknuo je da općenito kirurški zahvat promjene spola nije prihvaćen u medicinskoj znanosti te da u stručnoj literaturi postoji nekoliko komentara koji iskazuju skeptičnost prema učinkovitosti takvog zahvata; no dodao je da se može smatrati da činjenica da transseksualne osobe prihvaćaju sebe i svoje tijelo doprinosi njihovoj stabilizaciji. Prema njemu, mnoge transseksualne osobe postigle su takvu ravnotežu tek nakon operacije. Prema njegovom mišljenju, to je bilo slučaj i s podnositeljicom tužbe te stoga operacija treba biti odobrena. Stručnjak je zaključio da operacija promjene spola čini dio postupka liječenja mentalnoga poremećaja.

15. 3. kolovoza 1993., Regionalni sud, nakon saslušanja podnositeljice tužbe, odbacio je njene zahtjeve. ...

16. U svojem obrazloženju, sud, uzevši u obzir mišljenje pripremljeno od doktora H. i stručna mišljenja pripremljena tijekom postupka pred Okružnim sudom okruga Schöneberg, usvojio je da je podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski te da se njeno stanje treba smatrati poremećajem. Pitanje je li dotični postupak prihvaćen u medicinskoj znanosti ocijenjeno je nevažnim. Prema mišljenju suda, hormonska terapija i kirurški zahvat promjene spola ne mogu se razložno smatrati nužnim medicinskim tretmanima. Pouzdajući se na relevantne prijašnje, slične slučajeve iz prakse Saveznog suda za socijalne sporove, sud je odredio da je podnositeljica tužbe prvo trebala iscrpiti manje radikalne postupke, to jest opsežan tretman od 50 do 100 psihoterapijskih seansi, što je predložio psihijatrijski stručnjak, prof. D., a koje je podnositeljica tužbe prekinula nakon druge seanse; (prema tvrdnji države, na izvornoj uputnici za terapiju predložene su 24 seanse). Sud nije bio uvjeren da otpor podnositeljice tužbe prema predloženom tretmanu ostavlja traženu operaciju jedinom mogućom terapijom.

17. Štoviše, Regionalni sud je ustvrdio da dokazi ne pokazuju bespogovorno da bi mjere promjene spola olakšale duševne i fizičke tegobe podnositeljice tužbe, što je još jedan kriterij da se takve mjere smatraju medicinski potrebnima. Stručnjak, dr. H., operaciju je preporučio samo na temelju psihijatrijsko-psihoterapeutskih aspekata, budući da bi se time poboljšao socijalni položaj podnositeljice tužbe. Njegovi izvještaji, po kojima je učinak kirurškog zahvata za promjenu spola često precijenjen, nisu pokazali da su zahvati za promjenu spola nužni iz medicinskih razloga. Stoga sud nije bio dužan da na vlastitu inicijativu pozove stručnjaka i zatraži od njega da svoje mišljenje objasni i usmeno.

18. 11. listopada 1993., podnositeljica tužbe podnijela je žalbu berlinskom Prizivnom sudu. U žalbenim podnescima, podnositeljica tužbe uložila je prigovore na zaključke Regionalnog suda, uključujući i na zaključak kojim se zahvati za promjenu spola odbacuju kao nužni. Podnositeljica tužbe također je navela da je bezuspješno prisustvovala na 24 do 35 psihoterapijskih seansa. U vezi s tim, navela je pismena stručna mišljenja te je također spomenula mogućnost pribavljanja dokaza od ovih stručnjaka.

19. U studenome 1994., podnositeljica tužbe podvrgnula se kirurškom zahvatu promjene spola. Prema njenoj tvrdnji, budući da od veljače

1994. nije bila sposobna za posao, složila se sa svojim liječnikom koji ju je liječio da joj njene tegobe neće dopustiti da dočeka ishod prizivnog procesa.

20. 27. siječnja 1995., Prizivni sud, nakon saslušanja, odbacio je priziv podnositeljice tužbe. Prizivni sud je procijenio iznos postavljenih zahtjeva na 28455.92 njemačkih maraka.

21. Prizivni sud je ustvrdio da je podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski i da, po mišljenju stručnjaka, doktora H., njena transseksualnost jest poremećaj, što nikada nije bilo osporeno od strana u procesu.

22. Pozivajući se na Odredbu 1 Općih uvjeta osiguranja, Prizivni je sud prihvatio zaključke Regionalnog suda da stručnjak, dr. H., nije potvrdio nužnost zahvata promjene spola. Prizivni se sud osvrnuo na razne dijelove stručnog mišljenja. Stoga je ustvrdio da je stručnjak razmatrao kirurški zahvat promjene spola kao jednu od mogućih terapija; međutim, s obzirom na neusuglašena znanstvena mišljenja i različite rezultate, pitanje nužnosti nije se moglo jasno odrediti. S tim u vezi, postojao je konsenzus da promjena spolne uloge može poboljšati psiho-socijalni položaj, ali da su učinci operacije, kao takve, često precijenjeni. U slučaju podnositeljice tužbe, prema mišljenju ovog stručnjaka, prevladali bi pozitivni rezultati operacije, dok se psihoterapijom ne bi mogla izliječiti njena transseksualnost zbog kronično narcisoidne strukture njenog karaktera, a čak ni opsežna psihoterapija najvjerojatnije ne bi rezultirala nikakvim promjenama. Pozivajući se na izjavu stručnjaka da promjena spola nije jedini postupak liječenja, već samo preporučljiv s psihijatrijsko-psihoterapeutskog aspekta kako bi se poboljšalo socijalno stanje podnositeljice tužbe, Prizivni je sud ustvrdio da, uz ovakvu opreznu formulaciju, ovaj stručnjak nije jasno potvrdio nužnost operacije. Stoga, podnositeljica tužbe nije uspjela dokazati da su u njenom slučaju ispunjeni uvjeti za naknadu troškova medicinskog postupka. Prizivni je sud dodao da je stručnjak, iako je naveo da operacija promjene spola „čini dio postupka liječenja mentalnog poremećaja“, uzmu li se u obzir njegove druge izjave, šanse za uspjeh ocijenio neizvjesnima. Imajući na umu ciljeve zdravstvenog osiguranja, tako nejasan uspjeh nije mogao opravdati nužnost medicinskog zahvata. Stoga, zdravstveni osiguravatelj morao je snositi samo troškove procedure prikladne za liječenje poremećaja. U slučaju podnositeljice tužbe, stručnjak je već objasnio da se nije očekivalo da bi zahvat promjene spola izliječio njenu transseksualnost, već bi, u najboljem slučaju, popravio njen psiho-socijalni položaj. Ovaj ishod nije bio dostatan, s obzirom na to da

takvo poboljšanje ne bi imalo utjecaja na samu transseksualnost podnositeljice tužbe. S obzirom na ove preostale nedoumice, Prizivni je sud zaključio da podnositeljica tužbe nije uspjela dokazati nužnost tretmana za nju.

23. Prizivni je sud nadalje zaključio da u svakom slučaju podnositeljica tužbe nema pravo na naknadu prema Odredbi 5.1(b) Općih uvjeta osiguranja budući da je sama sebi namjerno prouzročila poremećaj, kao što je to tvrdio i tuženik u svojim prijašnjim podnescima.

24. Pozivajući se na pojedinosti iz povijesti njenog poremećaja, navedene u stručnom mišljenju doktorice O. iz kolovoza 1991. godine, Prizivni sud je posebice ustvrdio da je podnositeljica tužbe rođena kao muško dijete i da nije tvrdila da je žensko na temelju kromosomskih čimbenika. Na početku, ona nije usvojila ženskasto ponašanje. Što se tiče njene rane dobi kao muškarca, u to je vrijeme bila sposobna odupirati se osjećajima da bi radije bila cura i da bi to bilo prikladnije, te je svoj emocionalni život držala pod nadzorom.

25. Prizivni je sud ustvrdio da je podnositeljica tužbe nastavila živjeti kao muškarac. Po stajalištu suda, „strah“ podnositeljice tužbe „od većih dječaka u školi“ nije specifičan spolu. Nadalje, njena prijava da se pridruži oružanim snagama ne ukazuje na ženske osjećaje, iako je ona napustila oružane snage, ali ne zbog toga što je bila „žena“, nego zbog toga što je doživjela ponižavajući tretman. Podnositeljica tužbe (sic) „oženila se“ u studenom 1972., što je također znak muške orijentacije u tom vremenu. Od 1981. supružnici su željeli imati dijete.

26. Prema Prizivnom sudu, „prekretnica“ je bila u vrijeme nakon bezuspješne operacije 1986. kad je doznala da je neplodna, što je podnositeljica tužbe sama izjavila. Prizivni je sud citirao slijedeći odlomak iz stručnog mišljenja iz 1991. godine:

„Saznanje da je on neplodan bilo je odlučujući faktor koji je pokrenuo njegov kasniji transseksualni razvoj.“

27. Nadalje u stručnom mišljenju slijedi:

„Potpuno svjesna ove situacije, podnositeljica tužbe zaključila je o sebi: „Ako ne možeš imati djece, onda nisi muško.“, i posljedično tomu, otišla je korak dalje i otad želi biti žena. Inače nikada prije nije osjećala da jest ili da mora postati žena, već je jednostavno izjavila da može i bez spolnog uda, a da i dalje ima zadovoljavajuće odnose sa svojom ženom ... Moći bez spolnog uda nije isto kao i neodoljiva želja

da se postane žena. Kako bi pospjela put do cilja koji je sama sebi postavila, od prosinca 1986., bez liječničkih savjeta, pomoći ili naputaka, počela je uzimati ženske hormone ...

To je bilo namjerno. Nakon što je saznala da ne može imati djece, (nesumnjivo da je to za nju bilo bolno), odlučila je distancirati se od svoje prošlosti kao muškarac ... Upravo ovaj namjerni čin samoliječenja sve je više pojačavao njenu odluku da želi biti i da želi izgledati kao žena, iako je to biološki bilo nemoguće. To je proizlazilo iz njene ograničene spremnosti i sposobnosti da kritički rasuđuje ... ali je bilo pogrešno namjerno zato što je podnositeljica tužbe za svaki svoj postupak u tom razdoblju bila u stanju uvidjeti kakve će biti posljedice njenog samoliječenja, te je mogla sukladno tomu i reagirati.

... »

28. 25. listopada 1996., Savezni ustavni sud je odbio razmotriti ustavnu žalbu podnositeljice tužbe.

II. RELEVANTNI DOMAĆI ZAKONI I PRAKSA TE OSTALI MATERIJALI

...

B. Kirurški zahvat promjene spola

1. Opći sustav zdravstvenog osiguranja

32. ... Prema relevantnim odredbama, osobe osigurane po zdravstvenom sustavu imaju pravo na medicinski tretman kako bi se dijagnosticirala ili izliječila bolest, kako bi se spriječilo njeno pogoršanje ili kako bi se olakšavali njeni simptomi.

33. Savezni sud za socijalne sporove u svojoj odluci od 6. kolovoza 1987. godine (Izvješća o odlukama, BSGE 62, stranice 83 i sljedeća) potvrdio je odluku nižeg suda da, u individualnom slučaju, troškovi kirurškog zahvata promjene spola moraju biti plaćeni ukoliko je promjena spola jedini način olakšanja poremećaja, a da su pritom psihijatrijski i psihoterapeutske tretmani bili bezuspješni.

2. Privatno zdravstveno osiguranje

34. ... Prema odsjeku 178.b (Zakona o ugovorima osiguranja), privatno zdravstveno osiguranje pokriva troškove liječenja koje je medicinski nužno uslijed bolesti ili ozljeda nanesenih u nesrećama te troškove drugih medicinski nužnih usluga, a do iznosa navedenog u ugovoru. Osiguravatelj je oslobođen odgovornosti ukoliko je osiguranik namjerno sam prouzročio svoju bolest ili nesreću (odsjek 178.l). Ugovorni odnosi su standardizirani u Općim uvjetima osiguranja.

35. Savezni sud pravde u odluci od 11. travnja 1994. (Versicherungsrecht 1995, stranice 447 i sljedeća) prihvatio je zaključak nižeg suda da se kirurški zahvat promjene spola mora smatrati nužnim medicinskim tretmanom bolesti ukoliko je, po odsjecima 8 i sljedećem Zakona o transseksualnim osobama, priznata promjena spola osiguranika.

C. Ostali relevantni materijali

36. U svojoj presudi od 30. travnja 1996. u slučaju P. protiv S. i Vijeća okruga Cornwall (C-13/94, Spis 1996, stranica I-2143), Europski sud pravde ustvrdio je da diskriminacija na temelju promjene spola predstavlja diskriminaciju na temelju spola sukladno Članku 5 § 1 Direktive vijeća 76/207/EEC od 9. veljače 1976. o primjeni načela jednakog tretmana za muškarce i žene glede zapošljavanja, profesionalne edukacije, promocija i uvjeta rada, koji isključuje mogućnost diskriminiranja transseksualne osobe uslijed razloga vezanih uz promjenu spola.

(...)

ZAKON

I. NAVEDENO KRŠENJE ČLANKA 6 KONVENCIJE

38. Podnositeljica tužbe požalila se na navodnu nepravdu u sudskim procesima u Njemačkoj protiv privatnog zdravstvenog osiguravatelja glede njenih zahtjeva za nadoknadom medicinskih troškova.

Ona se pozvala na članak 6 §1 Konvencije, u čijem relevantnom dijelu piše:

„U određivanju građanskih prava i obveza ... svaka osoba ima pravo ... na pošteno saslušanje ... od strane ... suda. ...“

A. Argumenti strana

1. Podnositeljica zahtjeva

39. Podnositeljica zahtjeva ostala je pri tvrdnji da su njemački sudovi pristrano i u uskom smislu protumačili pojam „nužnog medicinskog tretmana“. Po njoj, stručnjak je bez oklijevanja preporučio kirurški zahvat za nju. Međutim, posebice Prizivni sud ubacio je opća stajališta o transseksualnosti u stručno mišljenje doktora H. te je zatražio da kirurški zahvat bude jedina moguća terapija.

40. Ona je također smatrala da Prizivni sud nije smio donijeti zaključke na osnovi pisanog stručnog mišljenja pripremljenog za prijašnje sudske rasprave bez saslušavanja stručnjakinje, doktorice O. Ona se samo složila uvažavati ove spise kako bi izbjegla opetovane postupke dokazivanja njene seksualne orijentacije. Stručnjaci nikada nisu ubacili biografske činjenice u kontekst pitanja o tome je li ona namjerno sama prouzročila svoju transseksualnost. Štoviše, u svojem stručnom mišljenju, dr. O. je samo ustvrdila da je neplodnost podnositeljice tužbe doprinijela razvoju njene transseksualnosti. Zaključak Prizivnog suda, bez stručnog medicinskog izvještaja, da je njena hormonalna terapija prouzročila njenu transseksualnost jest arbitraran.

2. Država

41. Prema državi, postupci su u cijelosti bili nepristrani. Prema njima, podnositeljica tužbe imala je priliku predstaviti sve relevantne argumente i dokaze. Štoviše, berlinski Regionalni sud pribavio je mišljenja o tome je li kirurški zahvat nužan medicinski tretman te je propisno uvažio zaključke stručnjaka, doktora H. Isto tako, Prizivni je sud u potpunosti razmotrio medicinsko stručno mišljenje te je u toku jednog saslušanja dao podnositeljici tužbe dodatnu priliku da komentira situaciju.

42. Prema Konvenciji, tumačenja njemačkih sudova ugovorenog osiguranja između podnositeljice tužbe i zdravstvenog osiguravatelja, a posebice nužnosti kirurškog zahvata promjene spola kao medicinskog tretmana, nisu bila sporna. Teret dokazivanja ostao je na podnositeljici tužbe kao osiguranice. Stručnjak nije nedvosmisleno potvrdio medicinsku nužnost kirurškog zahvata, nego je to preporučio s psihijatrijsko-psihoterapeutskog stajališta. Iz toga je Prizivni sud zaključio da kirurški zahvat nije nužan kao medicinska terapija, iako je time društveni položaj

podnositeljice tužbe mogao biti popravljen. Sudovi su se također osvrnuli na postupke u vezi s promjenom imena podnositeljice tužbe.

43. Nadalje, budući da je pismeno stručno mišljenje bilo nedvosmisleno, Regionalni sud i Prizivni sud nisu bili dužni pozvati stručnjaka.

44. Štoviše, Prizivni je sud, uzevši u obzir podneske podnositeljice tužbe, pribavio mišljenje o tome da li je podnositeljica tužbe sama sebi namjerno prouzročila poremećaj. Sud je ovu temu razmotrio na temelju stručnog mišljenja doktorice O., prije postupka za promjenu imena pred Okružnim sudom okruga Schöneberg. U prvostupanjskim se raspravama podnositeljica tužbe složila da se pregledaju ti spisi.

45. Prema državi, stručno je mišljenje sadržavalo dovoljno elemenata, koji se, između ostalog, odnose i na njen rani život, vojnu službu i njen brak, da se podrži zaključak da je podnositeljica tužbe sama sebi namjerno prouzročila svoju transseksualnost. U vezi s tim, Prizivni je sud pravilno utvrdio da je podnositeljica tužbe započela hormonalnu terapiju bez da se prije toga posavjetovala s medicinskim profesionalcem.

B. Ocjena Suda

1. Opći pristup Suda

46. Sud ponavlja da u prvom redu nacionalne vlasti, prvenstveno sudovi, trebaju protumačiti domaće zakone, te da u nedostatku arbitraže neće zamijeniti njihovo tumačenje svojim (vidjeti, uz izvršene nužne izmjene, Ravensborg protiv Švedske, presuda od 23. ožujka 1994., Serija A broj 283-B, stranice 29 - 30, § 33; Bulut protiv Austrije, presuda od 22. veljače 1996., Izvješća o presudama i odlukama 1996-II, stranice 355 - 356, § 29; i Tejedor García protiv Španjolske, presuda od 16. prosinca 1997, Izvješća 1997-VIII, stranica 2796, § 31).

47. Nadalje, nacionalni sudovi trebaju ocijeniti pribavljene dokaze te značaj dokaza koje je bilo koja od strana htjela predstaviti. Ipak, ovaj Sud mora ocijeniti da li su postupci, koji se smatraju cjelovitima, bili poštteni kao što to nalaže članak 6 § 1 (vidjeti Mantovanelli protiv Francuske, presuda od 18. ožujka 1997., Izvješća 1997-II, stranice 436 - 437, § 34, i Elsholz protiv Njemačke [GC], broj 25735/94, § 66, ECHR 2000-VIII).

48. Posebno, članak 6 § 1 obvezuje Sud da provodi odgovarajuće razmatranje podnesaka, argumenata i dokaza predstavljenih od strana, bez

obzira na njegovo mišljenje o tome jesu li oni važni za njegovu odluku ili ne (vidjeti Van de Hurk protiv Nizozemske, presuda od 19. travnja 1994., Serija A broj 288, stranica 19, § 59).

49. Što se tiče područja transseksualnosti, Sud navodi da je, u okviru svoje prakse koja se odnosi na pravni status transseksualnih osoba, imao, između ostalog, i obzira prema razvoju medicinske i znanstvene prakse i teorije.

(...)

2. Ocjenjivanje „medicinske nužnosti“ postupaka promjene spola

53. Sud utvrđuje da je u građanskoj parnici protiv privatnog zdravstvenog osiguravatelja, podnositeljica tužbe, koja je svoja imena promijenila 1991. nakon sudskog postupka po Zakonu o transseksualnim osobama, zatražila nadoknadu za medicinske troškove nastale postupkom promjene spola, to jest za hormonalnu terapiju i kirurški zahvat promjene spola. 1992. godine, Regionalni je sud zatražio stručno mišljenje o transseksualnosti podnositeljice tužbe i o nužnosti postupaka promjene spola. Regionalni sud i Prizivni sud zaključili su da stručnjak nije nedvosmisleno potvrdio nužnost za kirurškim zahvatom promjene spola. U vezi s tim, Regionalni je sud uzeo u obzir dva čimbenika, to jest: prije svega, podvrgavanje opsežnoj psihoterapiji što predstavlja manje radikalnu mjeru, te nedostatak jasne potvrde stručnjaka o nužnosti za postupkom promjene spola iz medicinskih razloga, uz ograničenu preporuku gdje se spominje samo poboljšanje socijalnog položaja podnositeljice zahtjeva. Prizivni je sud uvažio drugi aspekt prosudbe Regionalnog suda i zaključio da, iako dvojbe ostaju, podnositeljica tužbe nije uspjela dokazati nužnost kirurškog zahvata promjene spola.

54. Sud, imajući na umu složenost ocjenjivanja transseksualnosti podnositeljice tužbe i ocjenjivanja potrebe za medicinskim postupcima, zaključuje da je Regionalni sud s pravom zatražio stručno medicinsko mišljenje o ovim pitanjima. Međutim, usprkos tomu što je stručnjak u slučaju podnositeljice tužbe nedvosmisleno preporučio postupak promjene spola, njemački su sudovi zaključili da ona nije uspjela dokazati medicinsku nužnost tog postupka. Prema njihovom shvaćanju, nalaz stručnjaka da bi postupak promjene spola poboljšao društveni položaj podnositeljice tužbe nije jasno s medicinskog aspekta potvrdio taj postupak. Sud smatra da određivanje po kurativnim učincima medicinske nužnosti za postupkom promjene spola transseksualne osobe nije stvar pravne definicije. U slučaju Christine Goodwin (vidjeti

točku 52 gore), Sud se pozvao na stručni dokaz u britanskom slučaju Bellinger protiv Bellingera, koji je ukazao na „sve veće prihvaćanje nalaza o prenatalno određenim spolnim razlikama u mozgu, iako su znanstveni dokazi o toj teoriji bili daleko od potpunih“. Sud je prihvatio kao značajniju činjenicu „da je transseksualnost međunarodno široko priznata kao medicinsko stanje za koje se pruža terapija kako bi se to stanje olakšalo“.

55. U konkretnom slučaju, čini se da se razmatranje stručnog mišljenja od strane njemačkih sudova i njihova ocjena da poboljšanje socijalnog položaja podnositeljice tužbe, što predstavlja sastavni dio psihološke terapije, ne udovoljava postavljenom uvjetu, ne poklapa sa zaključcima Suda (vidjeti Christine Goodwin, navedeno gore). U svakom slučaju, to bi zahtijevalo posebno medicinsko znanje i stručnost o području transseksualnosti. U toj situaciji, njemački su sudovi trebali zatražiti dodatna pismena ili usmena pojašnjenja od stručnjaka, doktora H., ili od bilo kojeg drugog medicinskog specijalista.

56. Nadalje, obazirući se na najnovije razvoje (vidjeti I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, i Christine Goodwin, oba slučaja navedena su gore, § 62, odnosno § 82), spolni je identitet jedno od najintimnijih područja čovjekovog privatnog života. U takvoj se situaciji, stoga, teret stavljen na čovjeka, zahtijevanje da dokaže nužnost za medicinskim postupkom uključujući i ireverzibilni kirurški zahvat, čini disproporcionalnim.

57. U ovim okolnostima, Sud zaključuje da tumačenje pojma „medicinske nužnosti“ i razmatranje dokaza u vezi s tim nisu bili razumni.

3. Ocjenjivanje uzroka transseksualnosti podnositeljice tužbe

58. Prizivni je sud, nadalje, osnovao svoju odluku na prosudbi da je, prema uvjetima osiguranja, tuženik oslobođen plaćanja troškova stoga što je podnositeljica tužbe sama sebi namjerno prouzročila svoju transseksualnost. U vezi s tim, Prizivni je sud ustvrdio da je podnositeljica tužbe tek nakon što je shvatila da je neplodna, dok je još bila muškarac, odlučila postati ženom, te da je taj proces provodila kroz samoliječenje ženskim hormonima.

59. Sud potvrđuje svoju izjavu iz slučaja I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva i slučaja Christine Goodwin (vidjeti točku 52 gore) da se, s obzirom na brojne i bolne zahvate izvršene tijekom kirurške promjene spola, te s obzirom na stupanj predanosti i samouvjerenosti koji su potrebni da

se ostvari promjena spolne uloge u društvu, ne može sugerirati kako postoji išta arbitražno ili kapriciozno u odluci osobe koja se podvrgne postupcima promjene spola.

60. Sud utvrđuje odmah da je podnositeljica tužbe, 1991. godine, sudskim putem, po Zakonu o transseksualnim osobama, pribavila priznanje za svoju transseksualnost. Štoviše, ona se već bila podvrgnula kirurškom zahvatu promjene spola u vrijeme kada je Prizivni sud još donosio svoju odluku.

61. Sud opaža da tema o uzroku transseksualnosti podnositeljice tužbe nije navedena u nalogu Regionalnog suda za pribavljanjem stručnih dokaza, te stoga ta tema nije bila pokrivena mišljenjem pripremljenim od doktora H. Prizivni sud sam nije od doktora H. tražio dokaze o toj temi, niti je ispitao stručnjake uključene u postupcima 1990., odnosno 1991. godine kao što je to zatražila podnositeljica tužbe. Umjesto toga, Prizivni je sud jedino analizirao osobne podatke navedene u povijesti slučaja, čiji su dijelovi bili sadržani u mišljenju pripremljenom od doktorice O. u vezi s postupkom vođenom po Zakonu o transseksualnim osobama 1991. godine. To mišljenje odnosilo se samo na pitanja da li je podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski i da li je barem zadnje tri godine živjela po ovim sklonostima, te je to mišljenje dalo pozitivan odgovor na oba pitanja.

62. Po mišljenju Suda, Prizivni sud nije smio smatrati da ima dostatne informacije i dovoljno medicinskog znanja da može zaključiti o složenom pitanju je li podnositeljica tužbe sama sebi namjerno prouzročila svoju transseksualnost (vidjeti, uz nužne izmjene, H. protiv Francuske, presuda od 24. listopada 1989, Serija A broj 162-A, stranice 25 - 26, § 70).

63. Nadalje, u nedostatku ikakvih konačnih znanstvenih nalaza glede uzroka transseksualnosti, posebice o tome da li je transseksualnost u potpunosti psihološko stanje ili je posljedica fizičke diferencijacije u mozgu (vidjeti ponovno I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Christine Goodwin, citirani u istom mjestu), stajalište koje je Prizivni sud usvojio čini se neprimjerenim.

4. Zaključak

64. Obazrevši se na određivanje medicinske nužnosti za zahvatima promjene spola u slučaju podnositeljice tužbe te također na uzrok njene transseksualnosti, Sud zaključuje da navedeni postupci kao cjelina nisu

udovoljili kriterijima poštenog suđenja.

65. Stoga, prekršen je članak 6 § 1 Konvencije.

II. NAVOĐENO KRŠENJE ČLANKA 8 KONVENCIJE

66. Podnositeljica tužbe nadalje smatra da su osporene sudske odluke prekršile njeno pravo da se poštuje njen privatni život u smislu članka 8 Konvencije, u čijim relevantnim dijelovima piše:

„1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog 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 sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

A. Argumenti strana

67. Podnositeljica tužbe smatra da Prizivni sud nije poštovao njen spolni identitet jer je njenu osobnost prikazao na temelju krivo protumačenih činjenica. Kada je razmatrao njenu prošlost kao muškarca, Prizivni je sud utvrdio da različiti nizovi događaja iz njenog života pokazuju njenu mušku spolnu orijentaciju, a pritom nije uzeo u obzir njene napore da potiskuje osjećaje nastalih iz posjedovanja drugačijeg identiteta. Na taj način, Prizivni je sud zanemario razvoj njene ličnosti i njenog spolnog identiteta.

68. Država je ostala pri stajalištu da je Prizivni sud pravilno razmotrio stručno mišljenje pripremljeno za potrebe prijašnjih sudskih postupaka. Oni su ponovili da je podnositeljica tužbe pristala na uzimanje u obzir tih spisa. Prizivni je sud bio istaknuo neke elemente iz navedenog stručnog mišljenja kako bi pokazao da je podnositeljica tužbe sama sebi namjerno prouzročila svoju transseksualnost. Prizivni sud nije kritizirao seksualnu orijentaciju podnositeljice tužbe, niti je smatrao takvu orijentaciju pokudnom ili neprihvatljivom. Naprotiv, činjenica da je Prizivni sud uvažio okolnost da je podnositeljica tužbe u međuvremenu živjela kao žena pokazuje da je sud prihvatio i poštovao njen spolni identitet. Ipak, Prizivni sud je morao razmotriti osobni razvoj podnositeljice tužbe da bi mogao odlučiti da li je njeno potraživanje od osiguravatelja

pravovaljano.

B. Ocjena Suda

1. Opći principi

69. Kao što je to Sud u prijašnjim prilikama navodio, koncept „privatnog života“ je širok pojam koji nije podložan iscrpnom definiranju. On pokriva fizički i psihološki integritet osobe (vidjeti *X i Y protiv Nizozemske*, presuda od 26. ožujka 1985., Serija A broj 91, stranica 11, § 22). Katkada može uključivati aspekte fizičkog i društvenog identiteta osobe (vidjeti *Mikulić protiv Hrvatske*, broj 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). Elementi kao što su naprimjer spolni identitet, ime, seksualna orijentacija i seksualni život spadaju u osobnu sferu koja je zaštićena člankom 8 (vidjeti naprimjer *B. protiv Francuske*, navedeno gore, stranice 53 - 54, § 63; *Burghartz protiv Švicarske*, presuda od 22. veljače 1994., Serija A broj 280-B, stranica 28, § 24; *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 22. listopada 1981., Serija A broj 45, stranice 18 - 19, § 41; *Laskey, Jaggard i Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 19. veljače 1997., Izvješća 1997-I, stranica 131, § 36; te *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi 33985/96 i 33986/96, § 71, ECHR 1999-VI). Članak 8 također štiti pravo na osobni razvoj, te pravo uspostave i razvoja odnosa s drugim ljudskim bićima i vanjskim svijetom (vidjeti naprimjer *Burghartz*, navedeno gore, mišljenje Komisije, stranica 37, § 47; te *Friedl protiv Austrije*, presuda od 31. siječnja 1995., Serija A broj 305-B, mišljenje Komisije, stranica 20, § 45). Također, Sud drži da iako niti jedan prijašnji slučaj nije definirao pravo na samoodređenje kao takvo, to jest kao što je to navedeno u članku 8, poimanje osobne autonomije je važno načelo koje čini temelj za tumačenje jamstava svojstvenih samoodređenju (vidjeti *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Štoviše, sama bit Konvencije, što je poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudskih sloboda, štiti pravo transseksualnih osoba na osobni razvoj, te na fizičku i moralnu sigurnost (vidjeti *I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 70, te *Christine Goodwin*, § 90, oba su slučaja navedena gore).

70. Sud nadalje ponavlja da, iako je primarni cilj članka 8 štititi pojedinca od samovoljnog uplitanja državnih vlasti, ovaj članak ne prisiljava države da se bez iznimaka susprežu od takvog uplitanja jer, iako je čin uplitanja negativan, u nekim se slučajevima može raditi o pozitivnim obvezama koje su sastavni dio učinkovitog poštovanja privatnog

i obiteljskog života. Ove obveze mogu uključivati usvojenje mjera da se osigurava zaštita privatnog života čak i u sferi međusobnih odnosa među pojedincima (vidjeti X i Y protiv Nizozemske, navedeno gore, stranica 11, § 23; Botta protiv Italije, presuda od 24. veljače 1998., Izvješća 1998-I, stranica 422, § 33; te Mikulić, navedeno gore, § 57).

71. Ipak, granicu između pozitivnih i negativnih obveza država, koje spadaju pod članak 8, nije moguće precizno definirati. Međutim, primjenjiva načela su slična. U određivanju toga da li postoji takva obveza, mora se voditi briga o postizanju poštene ravnoteže koja se mora postići između općeg interesa i interesa pojedinca; a u kontekstima ostvarivanja svakog od navedenih interesa, država uživa određeni stupanj slobode (vidjeti naprimjer Keegan protiv Irske, presuda od 26. svibnja 1994., Serija A broj 290, stranica 19, § 49; B. protiv Francuske, navedeno gore, stranica 47, § 44; te kao najnoviji primjeri: Sheffield i Horsham, navedeno gore, stranica 2026, § 52, i Mikulić, navedeno gore, § 57).

72. U uravnoteživanju protivničkih interesa, Sud je istaknuo posebnu važnost koje imaju stvari koje se odnose na najintimnije područje ljudskog života (vidjeti Dudgeon, navedeno gore, stranica 21, § 52; te Smith i Grady, navedeno gore, § 89).

2. Primjena ovih načela na konkretni slučaj

73. U konkretnom slučaju, u sudskom građanskom postupku spomenuta je sloboda podnositeljice tužbe da sebe definira kao žensku osobu, što je jedan od temeljnih i najbitnijih elemenata samoodređenja. Podnositeljica tužbe se požalila da se, u biti, u kontekstu njenog spora s osiguravateljem, njemački sudovi, a posebice berlinski Prizivni sud, nisu prikladno osvrnuli na njenu transseksualnost.

74. Sud zapaža da su podnesci podnositeljice tužbe, koji spadaju pod članak 8 § 1, fokusirani na rad njemačkih sudova u vezi s pribavljanjem i razmatranjem dokaza koji se odnose na njenu transseksualnost, a to je tema koja je već razmotrena pod člankom 6 § 1. Ipak, Sud ukazuje na razliku u prirodi interesa zaštićenih člankom 6, odnosno člankom 8 § 1, kojima se, između ostalog, jamči primjereno poštovanje privatnog života, naime, na razliku u proceduralnim zaštitnim načelima koja se odnose na te članke, a to je razlika koja opravdava ispitivanje iste skupine činjenica pod oba članka (vidjeti McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 24. veljače 1995., Serija A broj 307-B, stranica 57, § 91; Buchberger protiv Austrije, broj 32899/96, § 49, od 20. pros-

inca 2001; te P., C. i S. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, broj 56547/00, § 120, ECHR 2002-VI).

75. U konkretnom slučaju, činjenice ukazuju na to da ne samo da je podnositeljici tužbe uskraćeno pošteno saslušanje kao što to jamči članak 6 § 1, već je to također imalo posljedica na neke temeljne aspekte njenog prava na poštovanje privatnog života, naime na njeno pravo na spolni identitet i osobni razvoj. U ovim okolnostima, Sud smatra primjerenim da u okviru članka 8 razmotri i podnesak podnositeljice tužbe, gdje se tvrdi da njemački sudovi, prilikom razmatranja njenih zahtjeva za nadoknadom medicinskih troškova, nisu izvršili pozitivne obveze koje država ima.

76. Sud na početku zapaža da su konkretne procedure vođene između 1992. i 1995., u vrijeme kada je transseksualnost kao stanje bila općenito poznata ... U vezi s tim, Sud također zapaža dvojbe o esencijalnoj prirodi transseksualnosti i njenom uzroku, te činjenicu da je legitimitet kirurškog zahvata u takvim slučajevima ponekad osporen (vidjeti Zapažanja Suda od 1992., 1998. i 2002. u B. protiv Francuske, u Sheffield i Horsham, u I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, i u Christine Goodwin, sve navedeno gore, paragrafi 50 – 52).

77. Sud također otprije drži da činjenica da javno zdravstvo nije odgađalo pružanje svojih medicinskih usluga i kirurških tretmana transseksualnim osobama dok se svi pravni aspekti koji se odnose na te osobe ne istraže i riješe, u potpunosti je koristila tim osobama te je doprinijela njihovoj slobodi izbora (vidjeti Rees, navedeno gore, stranica 18, § 45). Štoviše, očita odlučnost smatra se faktorom koji je dostatno značajan da se uzme u obzir zajedno s ostalim faktorima pokrivenim člankom 8 (vidjeti B. protiv Francuske, navedeno gore, stranica 51, § 55).

78. U konkretnom slučaju, središnja sporna točka je način na koji su njemački sudovi primijenili postojeće kriterije koji se odnose na nadoknadu troškova medicinskih postupaka, odnosno način na koji su ti sudovi riješili zahtjev podnositeljice tužbe da joj se nadoknade troškovi kirurškog zahvata promjene spola, a ne legitimitet tih zahvata općenito. Nadalje, ono što je bitno nije pravo na nadoknadu kao takvo nego posljedice koje su nastale sudskim odlukama i koje se odnose na pravo podnositeljice tužbe da se poštuje njeno spolno samoodređenje kao jedan od aspekata njenog prava na poštovanje privatnog života.

79. Sud utvrđuje da je Regionalni sud, suprotno izjavama sadržanim u stručnom mišljenju, podnositeljicu tužbe uputio na mogućnost psihoterapije kao manje drastičnu mjeru liječenja njena stanja.

80. Nadalje, i Regionalni sud i Prizivni sud, unatoč nedvosmislenoj preporuci stručnjaka, osporili su nužnost promjene spola iz medicinskih razloga, i to bez pribavljanja dodatnih informacija o tome.

81. Prizivni sud je također okrivio podnositeljicu tužbe da je namjerno prouzročila svoju transseksualnost. Prilikom ocjenjivanja njenog spolnog identiteta i razvoja, Prizivni je sud analizirao njenu prošlost prije nego što je počela uzimati ženske hormone, te je ustvrdio da je ona dotad pokazivala isključivo muško ponašanje, te da je stoga bila istinski muški orijentirana. Postupivši tako, Prizivni sud, na temelju općih pretpostavki o muškom i ženskom ponašanju, i bez medicinske kompetencije, zamijenio je najintimnije osjećaje i iskustva podnositeljice tužbe svojim stajalištima. Time je od podnositeljice tužbe zatražio ne samo da dokaže da takva orijentacija postoji te da je dovoljno jaka da predstavlja poremećaj koji zahtijeva hormonalnu terapiju i kirurški zahvat promjene spola, već i da dokaže „istinsku prirodu“ svoje transseksualnosti iako, kao što je to gore navedeno (vidjeti paragraf 75 gore), esencijalna priroda i uzrok transseksualnosti nisu točno poznati.

82. S obzirom na nedavne razvoje (vidjeti I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, te Christine Goodwin, navedeni gore, § 62 odnosno § 82), teret koji je svaljen na osobu kada se od nje traži da dokaže nužnost medicinskog postupka uključujući i ireverzibilnost kirurškog zahvata, koji se odnose na jedno od najintimnijih područja privatnog života, čini se nerazmjernim.

83. U ovom kontekstu, Sud zapaža da se u to vrijeme podnositeljica tužbe, uz suglasnost liječnika koji ju je liječio, podvrgnula dotičnom kirurškom zahvatu promjene spola.

84. S obzirom na ove različite faktore, Sud zaključuje da nije uspostavljena pravedna ravnoteža između interesa privatnog zdravstvenog osiguravatelja na jednoj strani te interesa pojedinca na drugoj strani.

85. U ovakvim okolnostima, Sud smatra da su njemačke vlasti prekoračile stupanj slobode koji imaju po stavku 2 članka 8.

86. Posljedično tomu, prekršen je članak 8 § 1 Konvencije.

III. NAVOĐENO KRŠENJE ČLANKA 14 KONVENCIJE, RAZMOTRENO U KOMBINACIJI S ČLANCIMA 6 § 1 I 8

87. Podnositeljica tužbe također se žalila da je odluka Prizivnog suda

ekvivalent diskriminaciji na temelju njene transseksualnosti. Ona je to bazirala na članku 14 Konvencije, gdje stoji slijedeće:

„Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

(...)

91. Sud, međutim, smatra da u okolnostima konkretnog slučaja, priziv podnositeljice tužbe da je bila diskriminirana zbog svoje transseksualnosti realno predstavlja isti navod koji je, iako proizlazi iz drugog kuta gledanja, Sud već razmotrio u okviru članka 6 § 1, te još detaljnije u okviru članka 8 Konvencije (vidjeti Smith i Grady, navedeno gore, § 115).

92. Sukladno tomu, Sud smatra da ova točka priziva podnositeljice tužbe ne iziskuje zasebno razmatranje pod člankom 14 Konvencije, s obzirom na to da je već razmotrena u okviru članka 6 § 1 i članka 8.

IV. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

93. Članak 41 Konvencije jamči:

„Ako Sud utvrdi da su kršeni Konvencija ili njeni Aneksi i ako unutarnji zakoni omogućuju dotičnoj zemlji potpisnici da nadoknadi tek djelomičnu odštetu, Sud će, ako je potrebno, dati pravednu zadovoljštinu oštećenoj strani.“

A. Šteta

94. Podnositeljica tužbe, navevši praktične poteškoće u određivanju štete nanesene odlukama berlinskog suda, kojima je odbijen njen zahtjev za nadoknadom troškova nastalih zahvatima promjene spola, a posebice nemogućnost kvantificiranja posljedičnog negativnog učinka na njen život, zatražila je plaćanje iznosa od 14549 eura što je ekvivalent iznosa koji je odredio Prizivni sud (vidjeti paragraf 20 gore).

95. Država nije komentirala navedeno potraživanje podnositeljice tužbe.

96. Sud ne može špekulirati o tome kakav bi bio ishod osporenih sudskih postupaka da nije bilo kršenja Konvencije. Međutim, Sud smatra da je podnositeljica tužbe neporecivo pretrpjela nenovčanu štetu kao rezultat nepravednosti sudskih postupaka i nedostatka poštovanja prema njenom privatnom životu. Obazrevši se na okolnosti slučaja i primjenjujući načelo savjesnog donošenja odluka kao što to nalaže članak 41, Sud dodjeljuje podnositeljici tužbe odštetu u iznosu od 15000 eura.

B. Troškovi sudskih postupaka i medicinski troškovi

97. Troškovi sudskih postupaka, koje podnositeljice tužbe navodi u svom zahtjevu za nadoknadu istih, podijeljeni su na sljedeće stavke:

(i) 1916 eura, što predstavlja iznos koji je morala platiti berlinskom Regionalnom sudu (1730 njemačkih maraka) i iznos koji je morala platiti berlinskom Prizivnom sudu (567 njemačkih maraka unaprijed, odnosno ukupno 1449 njemačkih maraka nakon odluke tog suda); i

(ii) 807 eura (1578.37 njemačkih maraka) za postupak pred Saveznim ustavnim sudom.

98. Država nije uputila prigovor na ovaj zahtjev.

99. Ukoliko Sud utvrdi da je došlo do kršenja Konvencije, može podnositeljici tužbe dodijeliti ne samo iznos troškova nastalih pred strazburškim institucijama, već i troškove nastale pred nacionalnim sudovima radi obeštećivanja ili sprečavanja novih kršenja (vidjeti, posebice, Zimmermann i Steiner protiv Švicarske, presuda od 13. srpnja 1983., Serija A broj 66, stranica 14, § 36).

100. Prema mišljenju suda, na temelju njenih zahtjeva za nadoknadom medicinskih troškova ne može se naložiti i nadoknada sudskih troškova nastalih u vezi s postupkom pred Regionalnim sudom budući da ne postoji dovoljna povezanost između tih troškova i ustanovljenog kršenja prava. S druge strane, podnositeljica tužbe ima pravo na nadoknadu sudskih troškova pred Prizivnim sudom budući da je temelj za priziv bilo ocjenjivanje medicinske nužnosti promjene spola u njenom slučaju od strane Regionalnog suda, što je bilo jedan od elemenata za koje je Sud utvrdio da predstavljaju kršenje članaka 6 i 8. Što se iznosa ovih troškova tiče, Sud, pregledavši račune sudskih troškova koje je podnositeljica tužbe priložila, utvrđuje da je unaprijed plaćeni iznos bio odbijen od ukupnih sudskih troškova. Nadalje, podnositeljici tužbe mora-

ju se nadoknaditi troškovi sudskog postupka pred Saveznim ustavnim sudom.

101. Presudivši po osnovama nepristranosti, Sud odlučuje podnositeljici tužbe dodijeliti iznos od 2500 eura.

C. Zatezna kamata

102. Sud smatra primjerenim da se postotak zatezne kamate treba temeljiti na prosječnoj kamati za posuđena novčana sredstva prema Europskoj središnjoj banci, te na taj postotak treba dodati još tri postotka.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. Drži, uz četiri glasa za i tri protiv, da je prekršen članak 6 § 1 Konvencije;
2. Drži, uz četiri glasa za i tri protiv, da je prekršen članak 8 Konvencije;
3. Jednoglasno drži da, uz donesene odluke pod člankom 6 § 1 i člankom 8, ne postoji zasebno kršenje pod člankom 14;
4. Određuje, uz četiri glasa za i tri protiv,

(a) da tužena država mora, unutar tri mjeseca od dana kada presuda postane konačna prema članku 44 § 1 Konvencije, podnositeljici tužbe platiti sljedeće iznose:

(i) 15000 eura za nenovčanu štetu;

(ii) 2500 eura za sudske troškove;

(b) da će tužena država, od isteka navedenog roka od tri mjeseca do konačne isplate, na gore navedene iznose plaćati zateznu kamatu u visini prosječne kamate za posuđena novčana sredstva prema Europskoj središnjoj banci u vrijeme do konačne isplate, te da će na taj postotak kamate biti dodana još tri postotka;

5. Jednoglasno se odbacuje ostatak zahtjeva podnositeljice tužbe za poštenom zadovoljštinom.

Napisano na engleskom jeziku, objavljeno 12. lipnja 2003. napismeno kao što to nalaže Odredba 77 §§ 2 i 3 Sudskog poslovnika.

Ireneu Cabral Barreto, predsjednik Sudskog vijeća;

Vincent Berger, sudski registrar.

U skladu s Člankom 45 § 2 Konvencije i Odredbom 74 § 2 Sudskog poslovnika, ovoj su presudi pridodana sljedeća mišljenja:

(a) suglasno mišljenje gospodina Ressa;

(b) nesuglasna mišljenja gospode Cabral Barreto i Hedigan, te gospođe Greve.

(...)

NESUGLASNO MIŠLJENJE SUDACA CABRAL BARRETO
I HEDIGAN, TE SUTKINJE GREVE

1. Žalimo što se ne slažemo s većinom o ovom slučaju. Za nas ovaj slučaj nije o pravima transseksualnih osoba na poštovanje njihovih privatnih života, dostojanstva i spolnog samoodređenja. Smatramo da su ova prava već otprije jasno zajamčena u okviru pravosuđa Europskog suda za ljudska prava, što pokazuje najnoviji primjer Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva ([CG], broj 28957/95, ECHR 2002-VI), te se s time u potpunosti slažemo. Prema našem mišljenju, ovaj proces se bavi načinom na koji su njemački sudovi presudili o dvjema odredbama privatnog ugovora podnositeljice tužbe s osiguravateljem zdravstvene zaštite u procesima koje je ona bila pokrenula. Bojimo se da ova presuda previše ograničava mogućnost jedne od strana, u ovom slučaju tuženika to jest osiguravatelja, da se parniči oko odredbi ugovora sklopljenog s drugom stranom, u ovom slučaju s podnositeljicom tužbe.

(...)

3. Pitanje pri njemačkim sudovima bilo je da li su operacija i popratna terapija bile nužne i da li je podnositeljica tužbe sama sebi namjerno

prouzročila poremećaj. Odredbe ugovora o osiguranju bile su takve da ukoliko bi se utvrdilo da operacija nije bila nužna ili ukoliko bi se ustanovilo da je osiguranik sam sebi namjerno prouzročio poremećaj, osiguravatelj ne bi bio dužan platiti iznos prema polici osiguranja.

4. Slučaj je po prvi put razmotren pri berlinskom Regionalnom sudu. Taj sud je odlučio pribaviti stručne dokaze o slijedećim pitanjima:

(a) Je li podnositeljica tužbe transseksualna osoba promijenjena spola iz muškog u ženski?

(b) Je li njen oblik transseksualnosti poremećaj?

(c) Je li zahvat promjene spola bio nužan medicinski postupak za njenu transseksualnost?

(d) Je li postupak općenito prihvaćen u medicinskoj znanosti?

U Regionalnom sudu, podnositeljica tužbe izgubila je spor. Taj sud je smatrao da se hormonalna terapija i kirurški zahvat, kojima se podnositeljica tužbe podvrgla samovoljno, ne bi mogli smatrati nužnima u to vrijeme, te da stoga nisu bili nužni ni u ovom slučaju. Taj sud je smatrao da je podnositeljica tužbe trebala prvo pokušati manje radikalne mjere, naime da je trebala sudjelovati u opsežnom nizu od 50 do 100 psihoterapijskih seansi, kako je to preporučio psihijatar, doktor H. koji je autor spomenutog stručnog mišljenja. Podnositeljica tužbe je zapravo odbila nastaviti sudjelovati u seansama nakon 24. seanse. ... Iz izvještaja doktora H. čini nam se da je on bio čvrsta mišljenja da će kompletna psihoterapija barem biti jedna komponenta opsežne terapije koja će možda zahtijevati i kirurški zahvat, te esencijalan dio uspješnog postupka promjene spola. Obazirući se na ovaj izvještaj, na pomalo neobičnu pozadinu stanja podnositeljice tužbe, te na ireverzibilnu prirodu kirurškog zahvata, čini nam se da stajalište Regionalnog suda nije bilo nerazumno.

Regionalni sud nadalje je zaključio da predstavljeni dokazi ne jamče da će postupak promjene spola olakšati fizičke i psihičke tegobe podnositeljice tužbe, te je to bilo još jedno mjerilo za ocjenu nužnosti tog medicinskog postupka. Stručnjak je bio preporučio operaciju s psihijatrijsko-psihoterapeutskog aspekta, budući da bi to bilo popravilo socijalni položaj podnositeljice tužbe.

Prema ocjeni dokaza od strane tog suda, taj stručni izvještaj nije potvrdio da je operacija nužna medicinska terapija u ovom slučaju, nego je njime iskazano mišljenje da podnositeljica tužbe prvo treba sudjelovati

u opsežnoj psihoterapiji koju je preporučio psihijatar. Ta procjena nama se ne čini ni arbitrarnom niti nerazumnom, te stoga ne nalazimo razlog da ju kritiziramo.

(...)

5. Podnositeljica tužbe žalila se berlinskom Prizivnom sudu. Ona je prigovorila na zaključak da navedeni medicinski postupak nije nužan. Ona je navela da je prisustvovala u 24 do 35 psihoterapijskih seansi. Odbila je nastavljati dalje. Navela je pismena stručna mišljenja te ukazala na mogućnost svjedočenja tih stručnjaka.

6. U studenome 1994., podnositeljica tužbe podvrgla se kirurškom zahvatu, bez da je završila psihoterapijski postupak naveden kao bitan dio postupka promjene spola, čija je moguća komponenta bila i kirurški zahvat.

7. 27. siječnja 1995., Prizivni je sud, nakon saslušanja, odbacio njen priziv. Razlozi su navedeni u paragrafima 21 do 28 ove presude.

8. U svrhu ovog nesuglasnog mišljenja, smatramo da valja istaknuti sljedeće zaključke Prizivnog suda:

(a) Podnositeljica tužbe je transseksualna osoba;

(b) Prema doktoru H., njena transseksualnost predstavlja poremećaj;

(c) Prizivni sud je potvrdio zaključke Regionalnog suda kako slijedi:

(i) Dr. H. nije potvrdio nužnost operacije;

(ii) Prema mišljenju doktora H., kirurški zahvat predstavlja moguću medicinsku terapiju, ali nužnost za takvim zahvatom ne može se nedvojbeno potvrditi;

(iii) Procijenivši prednosti i ograničenja u slučaju podnositeljice tužbe, dr. H. je zaključio da prednosti prevladavaju, te je stoga preporučio operaciju;

(iv) Prizivni sud je zaključio da je formulacija doktora H. oprezna, te da stoga nije jasna potvrda nužnosti za operacijom;

(v) Prema mišljenju Prizivnog suda, izvještaj doktora H. pokazao je da on uspjeh operacije u slučaju podnositeljice tužbe smatra

dosta neizvjesnim. Prizivni sud je to opisao kao „nedefiniranu nadu“, te zaključio je da, uzevši u obzir ciljeve zdravstvenog osiguranja, to ne može opravdati nužnost za operacijom. Smatramo da su svi gore navedeni zaključci bili razumni u tim okolnostima.

9. Prizivni sud je zatim prešao u razmatranje Odredbe 5.1 (b) ugovora, te u ocjenjivanje istine o tome da li je podnositeljica tužbe zapravo sama sebi namjerno prouzročila svoj poremećaj kao što je to naveo osiguravatelj, to jest, tuženik. Prizivni sud je razmotrio povijest poremećaja, koja je bila uključena u stručnom mišljenju doktorice O. iz 1991. godine. Taj sud je to mišljenje citirao kao što je to navedeno u paragrafima 26 i 27 ove presude, i kao rezultat toga zaključio je da je podnositeljica tužbe sama sebi namjerno prouzročila svoj poremećaj. Držimo da je Prizivni sud čitanjem tog izvještaja ponovno bio došao na razuman zaključak, te ističemo da su činjenični detalji navedeni u povijesti poremećaja podnositeljice tužbe bili sasvim dostatni za donošenje takvog zaključka.

10. Slažemo se da je dužnost nacionalnih sudova ocjenjivati pribavljene dokaze, ali je dužnost Europskog suda ocijeniti jesu li postupci kao cjelina bili poštjeni. Nadalje, smatramo da je dužnost nacionalnih sudova izvršiti primjereno razmatranje podnesaka, argumenata i dokaza priloženih od strana. Kao što je gore zabilježeno, također se slažemo s odlukom ovog Suda u slučaju Christine Goodwin.

11. Ne možemo se složiti s ocjenom da je preporuka za kirurški zahvat, koju je sastavio dr. H., bila „nedvosmislena“ (vidjeti paragraf 54 ove presude). Kao što je gore navedeno, držimo da su zaključci obaju sudova, to jest i Prizivnog i Regionalnog, bili razumni. Njihovo karakteriziranje tog izvještaja bilo je „oprezno“ glaseći: „dotični izvještaj nije jasna potvrda o nužnosti za operacijom“. Također su zapazili „da je uspjeh operacije neizvjestan“ te da je preporuka bazirana na „nedefiniranoj nadi“ za uspjehom.

12. Slažemo se da je spolni identitet jedan od najintimnijih i najosobnijih aspekata života pojedinca. Međutim, ne možemo se složiti s onim što je istaknuto u drugoj rečenici paragrafa 56 ove presude da ima ičeg neproporcionalnog u tome da se od osobe, kao što je podnositeljica tužbe, traži da dokaže medicinsku nužnost terapije uključujući i nužnost ireverzibilnog kirurškog zahvata. Ovaj slučaj uključuje korake koje je poduzela podnositeljica tužbe da bi prisilila svog privatnog osiguravatelja da, na temelju njenog ugovora s njim, nadoknadi 50% troškova njenog tretmana. Jedan od uvjeta tog ugovora, kao što je gore istaknuto, bio je to da takav tretman mora biti medicinski nužan. Osigu-

ravatelj je zaključio da takav tretman nije nužan. Nije neuobičajeno, podnositeljica tužbe zaključila je da jest. Dakle, sporno je bilo samo pitanje nužnosti. Prema našem mišljenju, slučaj Christine Goodwin pokazuje da ništa ne zabranjuje ili smije zabranjivati bilo kojoj strani da se spori oko bilo koje odredbe ugovora, uključujući i oko odredbe kojom se zahtijeva da dotični tretman bude medicinski nužan. Kada bismo drugačije zaključili, bojimo se da bi to značilo da bi medicinska nužnost kirurškog zahvata bila podrazumijevana u svim slučajevima kada se radi o transseksualnoj osobi. Prema našem stajalištu, to ne bi bilo ispravno. Dakako, takvo pravilo najvjerojatnije bi rezultiralo isključivanjem takvog pokrića iz zdravstvenih polica osiguranja, što bi bilo vrlo nepovoljno za transseksualne osobe općenito.

13. Što se uzročnosti tiče, naše se mišljenje također razlikuje od većine iz istih razloga koji su navedeni gore. U vezi s tim, zapažamo krajnje neobičnu pozadinu ovog slučaja. Zapažamo da se podnositeljica tužbe sama složila da se koriste izvještaji iz ranijih postupaka. Što se uzročnosti tiče, povijest činjenica sadržanih u tom mišljenju je posve frapantna, a što se tiče poduzetih radnji u vezi s dotičnim ugovorom, odluku Prizivnog suda ne smatramo niti arbitrarnom niti nerazumnom, te kao što je gore navedeno, i kao što je regulirano Konvencijom, pravo je nacionalnih sudova ocjenjivati dokaze. Iz gore istaknutih razloga, po našem mišljenju, sudski postupci kao cjelina bili su poštjeni.

14. Iz gore navedenih razloga, žalimo što se ne slažemo s većinom glede ove presude, te ne vidimo kršenje članka 6 § 1 Konvencije.

Navedeno kršenje članka 8 Konvencije

15. Slažemo se s općim načelima istaknutim u paragrafima 69 do 72 ove presude.

Ne možemo se složiti s tvrdnjom u paragrafu 79 da je Regionalni sud, „*mimo napucima sadržanih u stručnom mišljenju*“, podnositeljicu tužbe uputio na mogućnost psihoterapije kao manje radikalno sredstvo liječenja njenih tegoba.

(...)

16. Zadatak njemačkih sudova na zahtjev podnositeljice tužbe bio je u ovom slučaju presuditi o dvjema spornim točkama iz njenog ugovora o osiguranju:

(a) o nužnosti kirurške promjene spola; i

(b) o uzročnosti njenog stanja.

Da bi se to izvelo, potrebna je bila bolna i intruzivna analiza medicinske povijesti podnositeljice tužbe. Adekvatna zaštita nespornog prava transseksualnih osoba na dostojanstvo, privatni život i spolno samoodređenje zahtijeva da se presuđivanja izvode s maksimalnim poštovanjem i maksimalno dostojanstveno, ali to ni u kom slučaju ne priječi izvođenje takvih analiza. Nama se čini da ova presuda proturječi tomu, jer kada bi domaći sudovi morali postupati u skladu s njom, presuđivanje na smislen način bilo bi im onemogućeno.

Zbog ovih razloga, vezano uz prigovore na osnovi članka 8 i članka 6, s poštovanjem molimo da se razumije naše neslaganje.

Pravo na slobodu okupljanja

Platforma „Artze fur das leben“ protiv Austrije

Demonstracije mogu izazvati bijes ili vrijeđati osobe koje se ne slažu s idejama ili izjavama koje se na njima promoviraju. Sudionicima/ama, međutim, mora biti omogućeno održavanje demonstracija bez straha da će biti izloženi fizičkom nasilju protivnika/ca; takav strah bi obeshrabrio udruge ili druge grupe koje podupiru zajedničke ideje ili interese da otvoreno izraze svoje mišljenje o vrlo kontroverznim pitanjima koja pogađaju društvo. U demokratskom društvu, pravo na kontra-demonstracije ne smije osujetiti nečije pravo na demonstracije. Istinska, djelotvorna sloboda okupljanja ne može stoga biti svedena samo na obvezu države da se ne miješa; takvo tumačenje nije u skladu s ciljevima i svrhom članka 11 Konvencije.

Alekseyev protiv Rusije

Sud ponavlja da je nespojivo s osnovnim vrijednostima Konvencije ako se ostvarivanja prava iz Konvencije od strane manjinskih grupa uvjetuje njihovom prihvaćenošću od strane većine. Da je tome tako, prava manjinske grupe na slobodu vjeroispovijesti, izražavanja i okupljanja postala bi tek teoretska, a ne praktična i učinkovita kao što to zahtjeva Konvencija.

SUD (VIJEĆE)

**PREDMET PLATFORMA “ÄRZTE FÜR DAS LEBEN”
PROTIV AUSTRIJE**

(Zahtjev br. 10126/82)

PRESUDA

STRASBOURG

21. lipnja 1988. godine

U predmetu Platforma “Ärzte für das Leben”^{6*} protiv Austrije,

Europski sud za ljudska prava, zasjedajući u skladu s člankom 43 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (“Konvencija”) i relevantnim odredbama Poslovnika Suda, kao Vijeće sastavljeno od slijedećih sudaca:

R. RYSSDAL, *predsjednik*

F. GÖLCÜKLÜ,

F. MATSCHER,

J. PINHEIRO FARINHA,

R. MACDONALD,

A. SPIELMANN,

J. A. CARRILLO SALCEDO,

i također M.-A. EISSEN, *tajnik* i H. PETZOLD, *zamjenik tajnika*,

Nakon vijećanja zatvorenog za javnost, 25. ožujka i 25. svibnja 1988.,

donosi slijedeću presudu koja je usvojena potonjeg datuma:

POSTUPAK

1. Predmet je proslijeđen Sudu Europske Komisije za ljudska prava (“Komisija”) 14. svibnja 1987., unutar tromjesečnog roka propisanog člankom 32 stavkom 1 i člankom 47 Konvencije. Pokrenut je temeljem zahtjeva Platforme “Ärzte für das Leben” (“Liječnici za pravo na život” Kampanja “Platforma”) (br. 10126/82) protiv Austrije podnesenog Komisiji u smislu članka 25, dana 13. rujna 1982.

Zahtjev Komisije temeljio se na člancima 44 i 48 i na austrijskoj

deklaraciji koja prepoznaje obvezujuću nadležnost Suda (članak 46). Svrha zahtjeva bila je dobiti odluku Suda vezanu za to je li činjenice iznesene u ovom predmetu predstavljaju kršenje obaveza iz članka 13 od strane države članice.

2. U odgovoru na upit postavljen u skladu s Pravilom 33 stavkom 3 Poslovnika Suda, podnositelj zahtjeva se izjasnio da želi sudjelovati u nadolazećim zasjedanjima Suda i imenovao je odvjetnika za zastupanje (Pravilo 30).

3. Uspostavljanje Vijeća od sedam sudaca uključivalo je *ex officio* g-dina F. Matschera, izabranog suca austrijskog državljanstva (članak 43 Konvencije) i g-dina R. Ryssdala, predsjednika Suda (Pravilo 21, stavak 3b). Predsjednik Suda je dana 23. svibnja 1987., u prisutnosti tajnika, izvukao imena ostalih pet članova, g-dina J. Pinheiro Farinhu, g-dina R. Macdonalda, g-dina J. Gersinga, g-dina A. Spielmanna i g-dina A.M. Donnera (članak 43 *in fine* Konvencije i Pravila 21 stavka 4). Nakon toga su g-din F. Gölcüklüa i g-din J.A. Carrillo Salcedou, zamjenski suci zamijenili g-dina Donnera i g-dina Gersinga, koji nisu bili u mogućnosti prisustvovati (Pravila 22 stavak 1 i 24 stavak 1).

4. Dana 20. lipnja 1987. predsjednik je savjetniku udruge podnositeljice zahtjeva

odobrio korištenje njemačkog jezika (Pravilo 27 stavak 3).

5. Preuzevši dužnost predsjednika Vijeća (Pravilo 21 stavak 5) i, nakon konzultiranja - preko tajnika - zastupnika austrijske vlade ("Vlada"), delegata Komisije i odvjetnika udruge podnositeljice zahtjeva, g. Ryssdal

(a) je dana 8. srpnja 1987. odučio da u ovoj fazi ne postoji potreba za podnošenjem pismenih očitovanja (Pravilo 37 stavak 1);

(b) je dana 3. studenog 1987. naložio da će usmeni postupak započeti 21. ožujka 1988. (Pravilo 38).

6. Tajnik je dana 16. rujna 1987. zaprimio zahtjev udruge podnositeljice zahtjeva u smislu članak 50. Konvencije.

7. Javno saslušanje je održano u Zgradi ljudskih prava, u Strasbourgu na dogovoreni datum. Sud je održao pripremni sastanak netom prije saslušanja.

Pred Sudom su se nastupili:

- za Vladu

g. Mr. H. TÜRK, pravni savjetnik,

Ministarstvo vanjskih poslova, *agent*,

g. Mr. W. OKRESEK, za Ured Saveznog kancelara,

g. Mr. A. HOLZHAMMER, Savezno ministarstvo unutarnjih poslova,
savjetnik;

- za Komisiju

g. Mr. G. BATLINER, *delegat*,

- za udrugu podnositeljicu zahtjeva

g. Mr. A. ADAM, Rechtsanwalt, *savjetnik*.

Sud je saslušao obraćanje g-dina Türk-a i g-dina Okresek-a ispred Vlade i g-dina Adam-a u ime udruge podnositeljice zahtjeva kao i njihove odgovore na njegova pitanja.

U POGLEDU ČINJENICA

8. Plattform “Ärzte für das Leben” je udruga liječnika/ca koja provodi kampanju protiv pobačaja i traži reformu austrijskog zakonodavstva u tom području. Dva puta su održali prosvjede, 1980. i 1982., koje su usprkos prisutnosti jakih policijski snaga prekinuli kontra-demonstranti.

I. DEMONSTRACIJA U STADL-PAURAI

A. Planiranje demonstracija

9. Udruga podnositeljica zahtjeva odlučila je 28. prosinca 1980. održati vjerski obred u crkvi Stadl-Paura (Gornja Austrija) nakon čega je planirana povorka do ambulante liječnika koji je obavljao pobačaje. Udruga podnositeljica zahtjeva je to, kao što to nalaže dio 2. Zakona o okupljanju iz 1953. (vidjeti stavak 40 izvještaja Komisije), 30. studenog prijavila policijskim vlastima općine Wels-Land-a. Policija nije imala nikakve primjedbe i dala je sudionicima/cama dozvolu za korištenje javne ceste. Međutim, policija je morala zabraniti druge dvije planirane demonstracije koje su naknadno najavili podržavatelji pobačaja, s obzirom da su se te demonstracije trebale dogoditi u isto vrijeme i na istom mjestu kao i demonstracije Platforme.

10. S obzirom na strah organizatora da su incidenti svejedno mogući, netom prije početka povorke, a u konzultaciji s lokalnim vlastima, zatražili su promjenu plana. Odustali su od ideje demonstracija ispred ambulante liječnika te su umjesto toga odlučili preusmjeriti povorku do oltara koji je podignut na brežuljku poprilično udaljenom od crkve i tamo održati vjerski obred.

11. Predstavnici/e policije istaknuli su kako je većina policijskih službenika/ca već raspoređena na položajima uz originalno planiranu rutu povorke te da, zbog položaja zemljišta, nova ruta nije prikladna za kontrolu mnoštva. Oni nisu odbili pružiti zaštitu, ali su izjavili kako će, bez obzira na rutu koja je izabrana ili koju tek treba izabrati, biti nemoguće spriječiti kontra-demonstrante u bacanju jaja i ometanju kako povorke tako i vjerskog obreda.

B. Incidenti

12. Tijekom mise veliki broj kontra-demonstranata, koji okupljanje, čini se, nisu prijavili policiji kako nalaže Zakon o okupljanju, okupio se ispred crkve i policija ih nije rastjerala. Ometali su povorku prema brežuljku tako što su se uvukli među sudionike/ce nadglasavajući molitvu krunice. Ista situacija se dogodila tijekom obreda na otvorenom: oko pet stotina ljudi pokušalo ga je prekinuti koristeći megafone, bacajući jaja i grumene trave na skup.

13. Nakon obreda, kada se situacija usijala do točke izbijanja fizičkog nasilja, posebne

postrojbe za suzbijanje nereda koje su do tada stajale i nisu intervenirale, oformile su kordon između suprotstavljenih skupina što je omogućilo procesiji da se vrati u crkvu.

14. U pismu Gornjoaustrijskoj službi sigurnosti predsjednik udruge opisao je ponašanje kontra-demonstranata kao “relativno mirno”: u drugim prilikama protivnici Platforme su napadali članove/ice udruge i vrijeđali policajce.

C. Pravni lijekovi podneseni nakon demonstracija

1. Pravni lijekovi koje je zatražila sama udruga

(a) Disciplinska pritužba

15. Dana 21. siječnja 1981. udruga podnositeljica zahtjeva podnijela je disciplinsku pritužbu (Dienstaufsichtsbeschwerde – vidjeti stavke 47-50 izvještaja Komisije) tvrdeći da lokalna policija nije pružila dovoljnu zaštitu demonstracijama.

Gornjoaustrijska služba sigurnosti smatrala je da je ponašanje policije bilo besprijeorno i odlučila ne poduzeti disciplinske mjere. Pozvala se na nemogućnost potpune zaštite demonstracija na otvorenom od verbalnog zlostavljanja i bacanja predmeta za koje nije vjerojatno da će ikome prouzročiti fizičke ozljede. Služba je dodala da policija nije intervenirala kako bi izbjegla ozbiljnije probleme.

(b) Ustavna žalba

16. Platforma je nakon toga podnijela žalbu Ustavnom sudu (Verfassungsbeschwerde – vidjeti stavke 41-43 izvještaja Komisije); u podnesku udruge stoji da je nedjelovanje lokalnih vlasti u ovom slučaju dovelo do kršenja slobode okupljanja i prakticiranja religije, koje su zajamčene austrijskim Ustavom.

Dana 11. prosinca 1981., Ustavni sud je saslušao nekoliko iskaza svjedoka/inja u cilju jasnog utvrđivanja činjenica. U presudi od 1. ožujka 1982., Sud je odlučio da nema nadležnost i stoga proglasio žalbu nedopuštenom. Naveo je da je jasno da žalba udruge podnositeljice

zahtjeva nije usmjerena protiv “odluke” ili radnji direktne upravne prisile u smislu članka 144. Ustava (vidjeti Službena zbirka presuda Ustavnog suda, br. 9334/1982).

2. Službeno poduzeti postupci

(a) Redoviti kazneni postupak

17. Platforma nije pokrenula nikakav redoviti kazneni postupak podnoseći žalbu ili supsidijarnu privatnu tužbu (“Subsidiaranklage” – vidjeti stavke 58-64 izvještaja Komisije).

Gornjoaustrijska služba sigurnosti i lokalna policija su, međutim, otvorile istražni postupak protiv nepoznate osobe ili osoba zbog remećenja skupa. Privatna organizacija “Österreichische Bürgerinitiative zum Schutz der Menschenwürde” podnijela je tužbu protiv jednog kontra-demonstranta, člana parlamenta, optužujući ga za ometanje vjerskog obreda i poticanje na mržnju u smislu članaka 188, 189 i 283 Kaznenog zakona kao i prekršaj prema odjeljku 2 Zakona o okupljanju iz 1953. Podnesene su tužbe protiv još dvije osobe.

Javni tužitelj Welsa prekinuo je postupak 1. travnja 1981., ali prema članku 90 Zakona o kaznenom postupku.

(b) Upravni kazneni postupak

18. Jedna osoba koja je uhićena prilikom bacanja jaja kažnjena je svotom od 1,000 austrijskih šilinga prema odjeljku IX važećeg Zakona o upravnom postupku (vidjeti stavak 66 izvještaja Komisije).

II. DEMONSTRACIJE U SALZBURGU

19. Nadležne policijske vlasti dale su dozvolu za druge demonstracije protiv pobačaja koje su se trebale održati na trgu kod katedrale u Salzburgu dana 1. svibnja 1982. Socijalistička partija je istog dana na tom istom trgu imala zakazano godišnje okupljanje, ali ga je morala otkazati jer ga je prijavila nakon što je udruga podnositeljica zahtjeva prijavila svoje okupljanje.

Demonstracije su počele u 14.15 h i završile jednosatnim molitvama u katedrali.

Otprilike oko 13.30 h, oko tristo pedeset ljudi koji su ljutito i glasno izražavali svoje protivljenje prošli su kroz arkade koje vode do trga i okupili se ispred katedrale. Stotinu policajaca oformilo je kordon oko demonstranata Platforme kako bi ih zaštitili od napada. Drugu nevolju su izazvali simpatizeri ekstremno desne stranke koji su izražavali podršku Platformi. Policija je od predsjednika udruge tražila da naredi tim ljudima da se razidu, ali bezuspješno.

Kako bi spriječila ometanje vjerskog obreda policija je ispraznila trg.

20. Nakon ovih incidenata nikakvi postupci nisu pokrenuti, a s obzirom na odluku Ustavnog suda od 1. ožujka 1982., udruga podnositeljica zahtjeva smatrala je da druga tužba ne bi imala smisla.

POSTUPAK PRED KOMISIJOM

21. Udruga Platforma “Ärzte für das Leben” podnijela je zahtjev Komisiji dana 13. rujna 1982. (zahtjev br. 10126/82). U njemu je tvrdila kako joj nije pružena dovoljna policijska zaštita za vrijeme demonstracija koje je održala 28. prosinca 1980. u Stadl-Purau i 1. svibnja 1982. u Salzburgu; pozivala se na kršenje članaka 9 10 i 11 Konvencije. Pozvala se i na članak 13 tvrdeći kako austrijsko zakonodavstvo nije pružilo “djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima” u svrhu učinkovitog ostvarivanja prava o kojima je riječ.

22. Dana 17. listopada 1985. Komisija je, zbog očite neosnovanosti, prigovor u smislu članaka 9, 10 i 11 proglasila nedopuštenim; s druge strane prigovor u smislu članka 13 proglasila je dopuštenim. U izvještaju od 12. ožujka 1987. (članak 31), Komisija je jednoglasno odlučila kako nije došlo do kršenja tog članka (članka 13)

Tekst mišljenja Komisije u cijelosti, kao i Komisijin sažetak relevantnih domaćih zakona i prakse dostupni su u obliku aneksa ovoj presudi.

ZADNJI PODNESCI SUDU

23. Na saslušanju 21. ožujka 1988., Vlada je od Suda zatražila da utvrdi kako “odredbe članka 13 Europske Konvencije o ljudskim pravima nisu bile prekršene i da su činjenice koje su dovele do spora ukazale da nije bilo kršenja Konvencije”.

U POGLEDU ZAKONA

24. Udruga podnositeljica zahtjeva tvrdila je kako u Austriji ne postoji djelotvoran pravni lijek za njezin prigovor u smislu članka 11; pozvala se na članak 13 koji propisuje:

“Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kada su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.”

25. Osnovna teza Vlade bila je da se članak 13 primjenjuje samo kada dođe do kršenja materijalnih odredbi Konvencije. U prilog toj tvrdnji citirali su francuski tekst koji sadrži riječi “ont été violés”, a koje su prema njihovom mišljenju jasnije od odgovarajućih engleskih termina (“povrijeđena”).

Sud nije prihvatio tu tezu. U skladu s praksom, članak 13 osigurava djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim “vlastima” svakome tko osnovano tvrdi da je žrtva kršenja prava i sloboda zaštićenih Konvencijom; svako drugo tumačenje bi ovu odredbu obesmisliilo (vidjeti, kao zadnju relevantnu, presudu Boyle i Rice od 27. travnja 1988., Serija A, br. 131, str. 23, stavak 52).

26. Iako je odlučila da je prigovor u smislu članka 11 nedopušten zbog očite neosnovanosti, Komisija ga je smatrala osnovanim u smislu članka 13. Vlada je smatrala oprečnom odluku da je jedan te isti prigovor očito neosnovan u smislu materijalne odredbe i istovremeno osnovan u smislu članka 13.

27. Sud ne namjerava dati apstraktnu definiciju pojma “osnovanosti”.

Kako bi utvrdio je li članak 13 primjenjiv u ovom predmetu dovoljno je da, u svjetlu činjenica predmeta i prirode pravnog problema ili pitanja o kom se radi, utvrdi je li tvrdnja da zahtjevi u smislu članka 11 nisu bili ispunjeni osnovana, bez obzira na to što ju je Komisija odbacila kao očito neosnovanu. Odluka potonje o dopuštenosti može pružiti Sudu korisne smjernice s obzirom na osnovanost dotičnog zahtjeva (vidjeti prethodno citiranu presudu Boyle i Rice, Serja A, br. 131, str. 23-24, stavci 54-55).

28. Platforma se žalila Komisiji da su austrijske vlasti zanemarile istinsko značenje slobode okupljanja jer nisu poduzele praktične mjere kako bi osigurale da se demonstracije održe bez problema.

29. Vlada je u svom podnesku tvrdila da članak 11 ne stvara nikakve pozitivne obveze u svrhu zaštite demonstracija. Sloboda mirnog okupljanja – zajamčena člankom 12 Osnovnog zakona Austrije iz 1867. – osmišljena je kako bi zaštitila pojedinca od direktnog uplitanja države. Za razliku od nekih drugih odredbi Konvencije i austrijskog Ustava, članak 11 nije se primjenjivao na odnose između pojedinaca. U svakom slučaju, izbor korištenih mjera u toj situaciji bilo je pitanje diskrecijskog prava države.

30. U svojoj odluci o dopuštenosti od 17. listopada 1985. Komisija se naširoko bavila pitanjem da li članak 11 implicitno obvezuje državu članicu da zaštiti demonstracije od onih koji ih pokušavaju omesti ili poremetiti. Odgovor je bio potvrđan.

31. Sud ne mora razviti opću teoriju o pozitivnim obavezama koje mogu proizlaziti iz Konvencije, ali mora pružiti tumačenje članka 11 prije donošenja odluke o osnovanosti zahtjeva udruge podnositeljice.

32. Demonstracije mogu izazvati bijes ili vrijeđati osobe koje se ne slažu s idejama ili izjavama koje se promoviraju. Sudionicima/ama, međutim, mora biti omogućeno održavanje demonstracija bez straha da će biti izloženi fizičkom nasilju protivnika/ca; takav strah bi obeshrabrio udruge ili druge grupe koje podupiru zajedničke ideje ili interese da otvoreno izraze svoje mišljenje o vrlo kontroverznim pitanjima koja pogađaju društvo. U demokratskom društvu, pravo na kontra-demonstracije ne smije osujetiti nečije pravo na demonstracije.

Istinska, djelotvorna sloboda okupljanja ne može stoga biti svedena samo na obvezu države da se ne miješa; takvo tumačenje nije u skladu s ciljevima i svrhom članka 11 Konvencije. Kao i članak 8, članak 11

zahtijeva da se ponekad poduzmu pozitivne mjere, čak i u sferi odnosa između pojedinaca/ki, ukoliko je to nužno (Vidjeti, *mutatis mutandis*, presudu u predmetu X i Y protiv Nizozemske od 26. ožujka 1985., Serija A, br. 91, str. 11, stavak 23.).

33. U suglasnosti s Vladom i Komisijom, Sud smatra da austrijsko zakonodavstvo vodi brigu o zaštiti demonstracija kroz pozitivno djelovanje. Na primjer, članci 284 i 285 Kaznenog zakona propisuju kazneno djelo za svaku osobu koja prekida, priječi ili remeti okupljanje koje nije zabranjeno, a odjeljci 6 13 i 14 stavak 2 Zakona o okupljanju daju vlastima, u određenim slučajevima, pravo da zabrane, prekinu ili rastjeraju skup silom, što je primjenjivo i na kontra-demonstracije (vidjeti stavke 54 i 40 izvještaja Komisije).

34. Iako države članice imaju obvezu poduzimati razumne i odgovarajuće mjere kako bi omogućile mirno održavanje zakonitih demonstracija, one ovo pravo ne mogu apsolutno jamčiti i imaju široke diskrecijske ovlasti u izboru sredstava koje će koristiti, (vidjeti, *mutatis mutandis*, presudu u predmetu Abdulaziz, Cabales i Balkandali od 28. svibnja 1985., Serija A, br. 94, str. 33-34, stavak 67, i presudu u predmetu Rees od 17. listopada 1986., Serija A, br. 106, str. 14-15, stavci 35-37). Obveza koju države imaju u ovom području prema članku 11 Konvencije je poduzimanje mjera, a ne postizanje rezultata.

35. Udruga podnositeljica zahtijeva je u svom podnesku tvrdila da je prilikom jednih i

drugih demonstracija o kojima se ovdje radi policija bila potpuno pasivna. Vlada i Komisija nisu bile suglasne; njihovo je mišljenje da neposredna intervencija nije bila opravdana s obzirom na izostanak ozbiljnih napada te da bi neminovno izazvala fizičko nasilje.

36. Sud ne mora procjenjivati brzinu niti učinkovitost taktika koje je policija upotrijebila u tim prilikama nego samo mora utvrditi da li je osnovana tvrdnja da su nadležne vlasti propustile poduzeti sve potrebne mjere.

37...Što se tiče incidenata dana 28. prosinca 1980. u Stadl-Paurai (vidjeti gore stavke 9-13), prvo treba navesti da su te demonstracije koje su planirali podržavatelji/ce pobačaja, a koje su se trebale održati u isto vrijeme i na istom mjestu kao i demonstracije *Platforme* (što je prijavljeno 30. studenog), bile zabranjene. Uz to, veliki broj uniformiranih i policajaca/ki u civilu bio je raspoređen uz rutu planirane

povorke, a predstavnici/e policije nisu odbili/e pružiti zaštitu čak i nakon što je udruga podnositeljica zahtjeva odlučila promijeniti rutu usprkos njihovim protivljenjima. Zaključno, nije došlo ni do kakve štete niti velikih sukoba; kontra-demonstranti su izvikivali slogane, mahali transparentima i bacali jaja i grumenove trave, što nije spriječilo održavanje procesije i vjerskog obreda na otvorenom; posebne postrojbe za kontroliranje nereda pozicionirale su se između suprotstavljenih skupina kada se situacija usijala do točke izbijanja fizičkog nasilja.

38. Što se tiče demonstracija u Salzburgu 1982. (vidjeti gore stavak 19), organizatori su izabrali datum 1. svibanj, dan tradicionalne povorke socijalista, koja je morala biti otkazana – s obzirom na trg kod katedrale – jer je udruga podnositeljica zahtjeva ranije prijavila demonstracije. Uz to, stotinu policajaca je poslano na mjesto događaja kako bi razdvojili sudionike/ce od protivnika/ca i otklonili opasnost od direktnih napada; ispraznili/e su trg kako bi spriječili/e bilo kakvo ometanje vjerskog obreda.

39. Čini se stoga jasnim kako austrijske vlasti nisu propustile poduzeti sve razumne i odgovarajuće mjere.

Stoga, nije utvrđena osnovanom tvrdnja da je došlo do kršenja članka 11; članak 13 nije primjenjiv u ovom predmetu.

IZ TIH RAZLOGA SUD JEDNOGLASNO

Presuđuje da nije prekršen članak 13.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava, Strasbourg, dana 21. lipnja 2008. godine.

Rolv RYSSDAL

predsjednik

Marc-André EISSEN

tajnik

PRVI ODJEL

PREDMET ALEKSEYEV PROTIV RUSIJE

(Zahtjevi broj: 4916/07, 25924/8 i 14599/09)

PRESUDA

STRASBOURG

21. listopada 2010.

KONAČNA

11. travnja 2011.

Ova presuda postala je konačna u smislu članka 44 stavka 2 točke c Konvencije. Može biti podvrgnuta uredničkim izmjenama.

U predmetu *Alekseyev protiv Rusije*,

Europski sud za ljudska prava (Prvi odjel), zasjedajući kao Vijeće sastavljeno od:

Christos Rozakis, *Predsjednik*,
Nina Vajić,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Dean Spielmann,
Sverre Erik Jebens, *suci/kinje*,
i André Wampach, *Zamjenik Tajnika Odjela*,

Nakon vijećanja zatvorenog za javnost 30. rujna 2010.

Donosi sljedeću presudu, koja je usvojena navedenog datuma:

(....)

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

5. Podnositelj zahtjeva je rođen 1977. godine i živi u Moskvi. Podnositelj zahtjeva je aktivist za gej prava.

A: Povorka ponosa i prosvjed 27. svibnja 2006.

6. Podnositelj zahtjeva je 2006. godine, zajedno sa drugim pojedincima/kama, organizirao povorku kako bi svratio pozornost javnosti na diskriminaciju protiv gej i lezbijske manjine u Rusiji, promovirao poštovanje ljudskih prava i sloboda i ruske vlasti i javnost u cjelini pozvao na toleranciju prema manjinama. Te godine povorka je nazvana „Povorka ponosa“, a sljedećih godina „Gej povorka“, po uzoru na slične događaje koje homoseksualne zajednice održavaju u velikim gradovima širom svijeta. Datum povorke, 27. svibanj 2006., je odabran kako bi se ujedno proslavila godišnjica dekriminalizacije homoseksualnih aktivnosti u Rusiji.

7. Dana 16. veljače 2006. godine novinska agencija Interfax je objavila izjavu gospodina Tsoya, glasnogovornika gradonačelnika Moskve, u istom smislu „*uprava Moskve ne bi niti razmatrala mogućnost održavanja gej parade*“. Interfax je dalje citirao gospodina Tsoya: „*Gradonačelnik Moskve, gospodin Lužkov, je jasno rekao: uprava glavnog grada neće dozvoliti da se gej parada u glavnom gradu održi ni u kojoj formi, bilo javno ili prikriveno [kao demonstracije za ljudska prava], i svaki pokušaj da se provede bilo kakva neodobrena aktivnost bit će odlučno suzbijen*“.

8. Dana 22. veljače 2006. godine Interfax je citirao gradonačelnika Moskve koji je, u više navrata, rekao da će ukoliko primi zahtjev za održavanje gej povorke u Moskvi povorku zabraniti jer ne želi „*izazivati društvo koje je nesklono takvim oblicima života*“, nastavljajući da on homoseksualnost smatra „*neprirodnom*“ iako se on „*prema svemu što se događa u ljudskom društvu odnosi tolerantno*“.

9. Dana 17. ožujka 2006. godine prva zamjenica moskovskog gradonačelnika pisala je gradonačelniku o prijetjećoj kampanji za održavanje gej povorke u Moskvi u svibnju te godine. Ona ja smatrala da bi dopuštanje manifestacije bilo suprotno zdravlju i moralu te protivno volji brojnih potpisnika/ca peticije koji su protestirali protiv ideje promoviranja homoseksualnosti. Istaknuvši da Federalni zakon o okupljanjima, skupovima, demonstracijama, povorkama i prosvjedima („Zakon o okupljanjima“) nije propisao mogućnost zabrane manifestacije, navela je da bi vlasti mogle predložiti promjenu mjesta ili vremena održavanja ili da se manifestacija, ukoliko postane stvarna prijetnja javnom redu i miru, može prekinuti. Tražila je gradonačelnikov pristanak za razvijanje učinkovitog akcijskog plana za sprječavanje svake ak-

tivnosti – javne ili druge – usmjerene na promicanje ili održavanje gej povorke ili festivala.

10. Dana 24. ožujka 2006. godine gradonačelnik Moskve je svoju prvu zamjenicu, petoro drugih dužnosnika/ca njegova ureda i sve povjerenike/ce u Moskvi uputio „*da poduzmu učinkovite mjere za sprječavanje i suzbijanje bilo kakvih gej orijentiranih javnih ili masovnih događanja u glavnom gradu*“. Pozvao je da se daju akcijski prijedlozi zasnovani na zakonodavnom i regulatornom okviru i zahtijevao „*aktivnu kampanju kroz masovne medije i društvenu promidžbu uz korištenje peticija pokrenutih od strane pojedinaca/ki i religijskih organizacija*“.

11. Dana 15. svibnja 2006. organizatori/ce su gradonačelniku Moskve podnijeli/e obavijest s naznačenim datumom, vremenom i rutom predviđene povorke. Povorka se trebala održati 27. svibnja 2006. godine između 15 i 17 sati, s procijenjenim brojem od oko 2000 sudionika/ca koji/e će marširati od moskovske pošte, preko ulice Myasnitskaya do trga Lubyanskaya. Organizatori/ce su se obvezali/e da će surađivati s policijskim vlastima u osiguravanju sigurnosti i poštovanja javnog reda od strane sudionika/ca i poštovati propise o ograničenju razine buke prilikom korištenja zvučnika i zvučne opreme.

12. Dana 18. svibnja 2006. Odjel za odnose s javnošću pri Službi sigurnosti Uprave Moskve obavijestile su podnositelja zahtjeva o gradonačelnikovoj odluci da odbije dati dozvolu za održavanje povorke zbog javnog reda, sprječavanja nereda i zaštite zdravlja, morala, prava i sloboda drugih. Gradonačelnik je posebno naveo da su od strane zakonodavnih i izvršnih državnih tijela, religijskih zajednica, kozačkih starješina i drugih pojedinaca/ki pokrenute brojne peticije protiv povorke i da je stoga vjerojatno da će povorka izazvati negativne reakcije i proteste protiv sudionika/ca što bi se moglo pretvoriti u građanski nemir i masovne nered.

13. Dobivši prethodno navedeni odgovor organizatori/ce su podnijeli/e obavijest radi održavanja druge manifestacije istoga datuma i u isto vrijeme kada se trebala održati povorka za koju je odbijena dozvola. Obavijestili/e su povjerenika o svojoj namjeri održavanja prosvjeda na trgu Lubyanskaya.

14. Dana 19. svibnja 2006. godine podnositelj zahtjeva je pred sudom pokušao osporiti gradonačelnikovu odluku od 18. svibnja 2006. kojom je odbijena dozvola za održavanje povorke.

15. Dana 23. svibnja 2006. godine zamjenik povjerenika Središnjeg administrativnog okruga Moskve odbio je dati dozvolu za održavanje prosvjeda iz istih razloga koji su navedeni prilikom odbijanja davanja dozvole za održavanje povorke.

16. Dana 26. svibnja 2006. godine Interfax je citirao gradonačelnika Moskve kako u intervjuu za radio postaju Ruski radio govori da gej parada u Moskvi neće biti dozvoljena ni pod kojim okolnostima „*tako dugo dok je on gradonačelnik*“. Naveo je da su sve tri „glavne“ vjeroispovijesti – „*crkva, džamija i sinagoga*“ – protiv toga i da je to u Moskvi i u Rusiji apsolutno neprihvatljivo za razliku od „*nekih zapadnih zemalja progresivnijih u toj sferi*“. Nadalje je rekao: „*Na takav način moral funkcionira. Ako neko odstupa od normalnih principa [u skladu s kojima] je spolni i rodni život organiziran to se ne treba pokazivati u javnosti i nitko potencijalno nestabilan ne bi trebao biti pozvan.*“ Naveo je da 99,9 % moskovskog stanovništva podržava zabranu.

17. Istog dana Okružni sud Tverskoy u Moskvi odbacio je žalbu podnositelja zahtjeva. Pozvao se na odredbe Zakona o okupljanjima koje se odnose na odgovornost vlasti za osiguranje sigurnosti manifestacija ... koje su ovlaštene predlagati promjenu vremena ili mjesta/odvskom društvu odnosi jednog jiji održavanja predložene manifestacije radi sigurnosti. ... Također je istaknuo da se javne manifestacije mogu održavati na bilo kojem prikladnom mjestu osim ukoliko postoji prijetnja urušavanja zgrada ili građevina ili određeni sigurnosni rizici za sudionike/ce ... Nadalje je naveo da organizatori/ce imaju pravo organizirati manifestaciju na mjestu i u vrijeme naznačeno u obavijesti poslanoj vlastima ili na mjestu i u vrijeme dogovoreno s vlastima ukoliko su one predložile promjenu i ustvrdio da je zabranjeno održavati manifestaciju ukoliko obavijest nije predana na vrijeme ili ako organizatori/ce nisu pristali/e na promjenu mjesta i vremena predloženu od strane vlasti ... Na kraju, sud je naveo da se je organizatorima/cama, službenim osobama i drugim pojedincima/kama zabranjeno ometati izražavanje mišljenja od strane sudionika/ca na javnoj manifestaciji osim ako krše javni red ili se opiru strukturi manifestacije ... Temeljem tih odredbi je zaključio da vlasti mogu zabraniti javnu manifestaciju iz sigurnosnih razloga i da je bilo na organizatorima/cama da podnesu obavijest s prijedlogom o promjeni mjesta i vremena koji bi vlasti razmotrile. Sud je smatrao da odbijanje dozvole za održavanje manifestacije u ovom predmetu ima legitimnu osnovu te da pravo podnositelja zahtjeva na okupljanja i druge javne manifestacije nije povrijeđeno.

18. Podnositelj zahtjeva je podnio žalbu pozivajući se na članak 12 Zakona o okupljanjima koji vlastima, a ne organizatorima/cama, nameće obvezu davanja argumentiranog prijedloga promjene mjesta ili vremena održavanja manifestacije, kako je to navedeno u obavijesti. Osporavao je zaključak da je zabrana opravdana iz sigurnosnih razloga tvrdeći da se briga za sigurnost mogla iskazati kroz pružanje zaštite onima koji sudjeluju u manifestaciji.

19. Dana 27. svibnja 2006. godine podnositelj zahtjeva i nekolicina drugih osoba sudjelovala je na konferenciji obilježavajući Međunarodni dan protiv homofobije na kojem su objavili svoju namjeru da se okupe u vrtu Aleksandroviskiy kako bi položili/e cvijeće na spomenik poginulima u ratu, Grob neznanog vojnika, navodno radi odavanja počasti žrtvama fašizma, uključujući žrtve gejeve i lezbijke, i održavanja petnaestominutnog prosvjeda ispred ureda moskovskog gradonačelnika zbog zabrane povorke i prosvjeda.

20. Kasnije tog dana podnositelj zahtjeva i oko 15 drugih osoba stiglo je u vrt Aleksandroviskiy i naišlo na zatvorena vrata i policiju koja je kontrolirala pristup. Prema podnositelju zahtjeva bilo je oko 150 interventnih policajac (OMON) i oko stotinu pojedinaca/ki koji su protestirali protiv manifestacije polaganja cvijeća koju su planirali/e podnositelj zahtjeva i njegovi/e kolege/ice sudionici/e.

21. Podnositelj zahtjeva je uhićen i odveden u policijsku postaju radi optužbe za upravni prijestup kršenja uvjeta održavanja demonstracija.

22. U međuvremenu su drugi/e sudionici/e manifestacije polaganja cvijeća, izloženi/e napadima prosvjednika/ca, nastavili/e prema uredu moskovskog gradonačelnika. Nekoliko osoba navodno je pretrpjelo lakše ozljede. Prema podnositelju zahtjeva OMON je uhitio oko stotinu osoba koje su sudjelovale u napadima na one koji su sudjelovali/e u manifestaciji.

23. Podnositelj zahtjeva je predočio dva izvještaja nevladinih udruga o događajima 27. svibnja 2006. godine, jedan je sačinila International Lesbian and Gay Association, a drugi Human Rights Watch. Ti izvještaji su potvrdili njegov prikaz događaja.

24. Dana 31. svibnja 2006. godine Interfax je citirao gradonačelnika Moskve koji je u televizijskom intervjuu rekao: „*Pokušaj tih gejeva da polože cvijeće na Grob neznanog vojnika ... to je provokacija. To je oskvrnuće svetog mjesta*“ i neprekidno je isticao zgražanje nad tim

postupkom u ime cjelokupne javnosti.

25. Dana 16. lipnja 2006. godine podnositelj zahtjeva je pred sudom pokušao osporiti povjerenikovu odluku od 23. svibnja 2006. kojom odbija dozvoliti održavanje prosvjeda. 22. kolovoza 2006. Okružni sud Tverskoy u Moskvi odbacio je žalbu utvrđujući da je zabrana opravdana zbog sigurnosnih razloga. Podnositelj zahtjeva se žalio.

26. Dana 19. rujna 2006. Gradski sud Moskve razmotrio je žalbu protiv presude od 26. svibnja 2006. Smatrao je da je prvostupanjska presuda zakonita i opravdana u danim okolnostima.

27. Dana 28. studenoga 2006. Gradski sud Moskve razmatrao je žalbu protiv presude od 22. kolovoza 2006. i odbacio je u biti na istim osnovama.

B. Povorka ponosa i prosvjed 27. svibnja 2007.

28. Godine 2007. podnositelj zahtjeva je, zajedno s drugim pojedincima/kama, odlučio organizirati povorku sličnu onoj koju je pokušao organizirati 2006. godine.

29. Dana 15. svibnja 2007. godine organizatori/ce su podnijeli/e obavijest gradonačelniku Moskve navodeći datum, vrijeme i rutu predviđene povorke i njezinu svrhu, a što je sve bilo identično povorci koja se predlagala prijašnje godine, osim što je broj sudionika/ca procijenjen na 5100.

30. Dana 16. svibnja 2007. godine Odjel za odnose s javnošću pri Službi sigurnosti Uprave Moskve obavijestio je podnositelja zahtjeva da je dozvola za održavanje povorke odbijena zbog mogućeg kršenja javnog reda i nasilja protiv sudionika/ca s obzirom na događaje prethodne godine.

31. Nakon što su primili/e navedeni odgovor, organizatori/ce su podnijeli/e obavijest radi održavanja drugih manifestacija istog datuma i u isto vrijeme kao i povorku za koju je dozvola odbijena. Povjerenika Središnjeg administrativnog okruga Moskve obavijestili/e su o svojoj namjeri da održe prosvjed ispred ureda moskovskog gradonačelnika na

trgu Tverskaya te prosvjed u parku Novopushkinskiy.

32. Dana 23. svibnja 2007. godine organizatori/ce su obaviješteni/e da je povjerenik odbio dati dozvolu za prosvjed na oba mjesta pozivajući se na javni red, sprječavanje nereda i zaštitu zdravlja, morala i prava i sloboda drugih. Upozoreni/e su da će ih se smatrati odgovornima za održavanje bilo kakvog nedopuštenog prosvjeda.

33. Dana 26. svibnja 2007. godine podnositelj zahtjeva i nekoliko drugih osoba je na godišnjoj konferenciji „LGBT prava i ljudska prava“ objavilo da će se sljedećeg dana sastati ispred ureda moskovskog gradonačelnika kako bi zajedno predali/e peticiju protiv zabrane povorke i prosvjeda.

34. Dana 27. svibnja 2007. godine podnositelja zahtjeva i oko dvadeset drugih osoba policija je zaustavila u pokušaju da pristupe uredu gradonačelnika. Podnositelj zahtjeva i dva druga muškarca su zadržana u policijskoj postaji dvadeset i četiri sata, pod optužbom da su počinili upravni prijestup nepridržavanja zakonitog naloga policije. Dana 9. lipnja 2007. godine podnositelj zahtjeva proglašen je krivim za upravni prijestup i morao je platiti globu u iznosu od 1000 rubalja. Ovu odluku potvrdio je Okružni sud Tverskoy.

35. Dana 30. svibnja 2007. godine podnositelj zahtjeva je pred sudom pokušao osporiti odluku gradonačelnika Moskve od 16. svibnja 2007. kojom je odbijena dozvola za održavanje povorke. Posebno se pozivao na to da prema Zakonu o okupljanjima vlasti nemaju pravo zabraniti javne manifestacije već samo predložiti promjenu vremena ili mjesta održavanja, što u ovom slučaju nisu učinile. Isto tako je tvrdio da službeno neodobravanje svrhe javne manifestacije samo po sebi, u demokratskom društvu, nije dostatna osnova za zabranu.

36. Dana 26. lipnja 2007. podnositelj zahtjeva je pred sudom pokušao osporiti povjerenikovu odluku od 23. svibnja 2007., kojom je odbijena dozvola za prosvjed.

37. Dana 24. kolovoza 2007. Okružni sud Taganskiy u Moskvi je odbacio žalbu vezanu za zabranu prosvjeda utvrđujući da je zabrana opravdana zbog sigurnosnih razloga. Presudu je 8. studenog 2007. potvrdio Gradski sud Moskve.

38. Dana 4. rujna 2007. Okružni sud Tverskoy odbacio je žalbu podnositelja zahtjeva potvrđujući razloge za zabranu povorke i zakonitost

odluka vlasti. Tu presudu je 6. prosinca 2007. potvrdio Gradski sud Moskve.

C. Povorka ponosa u svibnju 2008. prosvjedi u svibnju i lipnju 2008.

39. Godine 2008. podnositelj zahtjeva je zajedno s drugim pojedincima/kama odlučio organizirati nekoliko povorki sličnih onima koje je pokušao organizirati dvije prethodne godine.

40. Dana 18. travnja 2008. godine organizatori/ce su gradonačelniku Moskve podnijeli obavijest s naznačenim datumom, mjestom i rutom deset predviđenih povorki koje bi se trebale održati 1. i 2. svibnja u centru Moskve.

41. Dana 24. travnja 2008. godine Odjel za odnose s javnošću pri Službi sigurnosti Uprave Moskve obavijestio je podnositelja zahtjeva da je dozvola za održavanje povorki odbijena zbog mogućeg kršenja javnog reda i nasilja protiv sudionika/ca.

42. Nakon što su primili/e oba odgovora, 22. travnja organizatori/ce su podnijeli/e obavijest radi održavanja daljnjih 15 povorki od 3. do 5. svibnja 2008.

43. 2 Dana 8. travnja 2008. godine Odjel za odnose s javnošću pri Službi sigurnosti Uprave Moskve obavijestio je podnositelja zahtjeva da je dozvola za održavanje 15 povorki također odbijena iz istih razloga.

44. Podnositelj zahtjeva je podnio brojene alternativne prijedloge za održavanje povorki na različite datume u svibnju 2008. godine i na različitim lokacijama. Prijedlozi su odbijeni iz istih razloga, ...

45. Dana 16. svibnja 2008. godine podnositelj zahtjeva je Predsjednika Rusije obavijestio o svojim namjerama da održi povorku 31. svibnja 2008. godine u vrtu Aleksandrovskiy. Na obavijest nije primio odgovor.

46. Od 28. travnja 2008. do 17. lipnja 2008. godine podnositelj

zahtjeva je pokrenuo nekoliko sudskih postupaka radi osporavanja odluka gradonačelnika Moskve kojima odbija dozvoliti održavanje povorki. Okružni sud Tverskoy je spojio te zahtjeve i 17. rujna 2008. odbacio žalbe podnositelja zahtjeva potvrđujući razloge za zabrane povorki i zakonitost odluka vlasti. Gradski sud Moskve je 2. prosinca 2008. potvrdio presudu.

47. Podnositelj zahtjeva je, u međuvremenu, pokušao organizirati i prosvjed kako bi pozvao da se protiv gradonačelnika Moskve podigne optužba za kazneno djelo zbog onemogućavanja održavanja javnih manifestacija. Prosvjed koji se trebao održati 17. svibnja 2008. zabranjen je 13. svibnja 2008. iz istih razloga kao i prijašnje manifestacije. Ovu je odluku dana 22. lipnja 2008. preispitao i potvrdio Okružni sud Taganskiy te, povodom žalbe, Gradski sud Moskve, dana 14. listopada 2008. godine.

48. Dana 1. lipnja 2008. podnositelj zahtjeva je, u grupi od dvadeset pojedinaca/ki, na ulici Bolshaya Nikitskaya održao prosvjed u trajanju od desetak minuta.

(....)

PRAVO

I. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 11 KONVENCIJE

53. Podnositelj zahtjeva je prigovorio zbog kršenja njegovog prava na mirno okupljanje. Tvrdio je kako zabrana koju su moskovske vlasti opetovano nametnule na održavanje Povorke ponosa i prosvjede nije bila u skladu sa zakonom, nije težila legitimnom cilju i nije bila nužna u demokratskom društvu. Pozvao se na članak 11 Konvencije, koji glasi kako slijedi:

„1. Svatko ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo osnivanja sindikata ili im pristupati radi zaštite svojih interesa.

2. Ne mogu se postavljati nikakva ograničenja ostvarivanju tih prava, osim onih koja su propisana zakonom i koja su u demokratskom društvu nužna radi interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovaj članak ne zabranjuje da se nameću zakonska ograničenja u ostvarivanju tih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.“

54. Vlada je osporavala taj argument. Tvrdila je da su vlasti postupale zakonito i u okviru svojih diskrecijskih ovlasti kada su zabranile predmetne manifestacije.

A. Dopuštenost

55. Sud ističe da ovaj prigovor nije očito neosnovan u smislu članka 35 stavka 3 Konvencije. Nadalje ističe da nije nedopušten ni po kojoj drugoj osnovi. Stoga mora biti proglašen dopuštenim.

B. Meritum

1. Tvrdnje stranaka

(a) Vlada

56. Vlada je tvrdila da je zabrana manifestacija koje je organizirao podnositelj zahtjeva nametnuta u skladu sa zakonom, da je težila legitimnom cilju i bila nužna u demokratskom društvu.

57. Vlada je prvo istakla da članak 55 stavak 3 Ustava i članak 8 stavak 1 Zakona o okupljanjima [jamčenje slobode udruživanja] podrazumijeva mogućnost ograničavanja javnih manifestacija iz sigurnosnih razloga i radi zaštite javnog reda. U ovom predmetu manifestacije koje je podnositelj zahtjeva želio održati nosile su očiti rizik nastanka sukoba između sudionika/ca i njihovih protivnika/ca. Vlada je tvrdila da

je primila brojne javne peticije od različitih političkih, religijskih, vladinih i nevladinih organizacija koje su pozivale na zabranu, od kojih su neke sadržavale prijetnje nasiljem ukoliko se manifestacije održe. Stoga je Vlada bila zabrinuta za sigurnost sudionika/ca i poteškoće u održavanju javnog reda za vrijeme manifestacija.

58. Vlada je dalje tvrdila da članak 11 stavak 2 treba tumačiti na način da on pruža široke diskrecijske ovlasti u okviru kojih vlasti trebaju biti u mogućnosti odabrati odgovarajuće mjere za održavanje javnog reda. Pozvala se na predmete *Barankevich protiv Rusije* (br.10519/03, 26. srpnja 2007.) i *Plattform "Ärzte für das Leben" protiv Austrije* (21. lipnja 1988., Serija A, br. 139) u smislu principa koji određuju postupanje vlasti na javnim manifestacijama koje su obilježene velikom vjerojatnošću pojave nasilja. Međutim, u ovom predmetu, Vlada je tvrdila kako nisu mogli izbjeći zabranu održavanja manifestacije jer druge mjere nisu bile u stanju odgovoriti na sigurnosne rizike. ...

59. Osim toga Vlada je tvrdila da je manifestacija o kojoj se radi morala biti zabranjena radi zaštite morala. Naglasila je da je bilo kakvo promicanje homoseksualnosti nespojivo s „religijskim doktrinama većine populacije“, s obzirom da je u izjavama religijskih organizacija jasno naznačeno da traže zabranu. Tvrdila je da bi dozvoljavanje gej parada vjernici doživjeli kao namjerno vrijeđanje njihovih religijskih osjećaja i „strašno obezvrjeđivanje njihovog ljudskog dostojanstva“.

60. Vlada se pozvala na Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji pojedincima/kama jamče poštivanje i zaštitu njihovih religijskih i moralnih uvjerenja i pravo da u skladu s njima odgajaju svoju djecu. Tvrdila je da bi dozvoljavanje gej parada kršilo prava tih ljudi čija religijska i moralna uvjerenja uključuju negativan stav prema homoseksualnosti. Nadalje je istakla da je u predmetu *Otto-Preminger-Institut protiv Austrije* (20. rujna 1994., stavci 52 i 56, Serija A, br. 295-A) Sud prepoznao značajnu ulogu religije u svakodnevnom životu ljudi, a što treba uzeti u obzir kako bi se spriječilo da religijska uvjerenja postanu predmet neopravdanih i uvredljivih optužbi. Na toj osnovi je Vlada zaključila da Država mora voditi računa o glavnim religijskim zajednicama i da „demokratska Država mora štititi društvo od destruktivnih utjecaja na njegove moralne osnove kao i štititi ljudsko dostojanstvo svih građana, uključujući vjernike/ce“. U ovom predmetu ideje organizatora/ica manifestacije nisu bile neutralne za ostatak društva već su, zapravo, zadirale u prava, zakonite interese i ljudsko dostojanstvo

vjernika.

61. Vlada je također tvrdila da ne postoji konsenzus između Država članica Vijeća Europe u smislu dosega do kojeg je homoseksualnost prihvaćena u pojedinoj zemlji. Prema njoj, „takvi odnosi su dozvoljeni u nekim zemljama, u drugima su znatno ograničeni“. Iz tog razloga je tvrdila da su domaće vlasti bile bolje informirane u pogledu toga što bi moglo uvrijediti vjernike u dotičnim zajednicama. Kako bi ilustrirala ovu tvrdnju pozvala se na predmet *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (22. listopada 1981., stavci 56-58, Serija A br. 45) u kojoj je Sud razmatrao različitost morala i kulturnih vrijednosti u kontekstu kaznene odgovornosti za homoseksualno ponašanje, koja je u to vrijeme postojala u Sjevernoj Irskoj, istovremeno ističući da se nisu pridržavali zaključka koji je Sud donio u tom predmetu. Opširno je citirala predmet *Müller i drugi protiv Švicarske* (24. svibnja 1988., Serija A, br. 133) u kojem je Sud potvrdio mjere koje su poduzele vlasti ograničavajući opći pristup izložbi slika koje prikazuju „surove seksualne odnose, osobito između ljudi i životinja“. Navela je da bi gej parade trebalo promatrati a istog stajališta, vodeći računa o interesima nehotičnih promatrača/ica, osobito djece. Po njenom mišljenju, svaki oblik slavljenja homoseksualnog ponašanja treba se odvijati na privatnim ili za to određenim mjestima s ograničenim pristupom. Dodala je da u Moskvi postoji dovoljno takvih klubova, barova i prostora za zabavu (spisak 24 primjera takvih mjesta) koji su veoma posjećeni te da njihov rad vlasti ne ometaju.

62. Vlada smatra da u Moskvi javnost još nije spremna prihvatiti održavanje gej parade u gradu, za razliku od zapadnih zemalja gdje su takve proslave uobičajena pojava. Stoga je dužnost vlasti da iskaže osjetljivost prema postojećoj odbojnosti javnosti prema bilo kavom otvorenom iskazivanju homoseksualnosti. Na kraju su citirali poznatog ruskog performerera, čiji se scenski nastup zasniva na uveličavanju homoseksualnih stereotipa, koji govori da se gej parade ne bi trebale održavati. Pozvala se i na izjavu koju je navodno dala organizacija koja se zove Zajednica pravoslavnih građana”, koja je obećala da će pokrenuti masovni protest “ukoliko homoseksualne osobe pokušaju održati povorku u Moskvi“. Isto tako, citirana je Pravoslavna crkva koja se protiviti gej paradi kao propagandi koja promiče grijeh, kao i glavni muftija Rusije, koji je prijetio masovnim protestima muslimana u Rusiji „kao i svih normalnih ljudi“, ukoliko se parada odobri. Iako označena kao ekstremna, citirana je i izjava glavnog muslimanskog autoriteta Njižnog Novgoroda koji je rekao „kao pitanje nužnosti, homoseksualne osobe

treba kamenovati do smrti“.

(...)

(b) Podnositelj zahtjeva

64. Podnositelj zahtjeva je osporavao Vladine tvrdnje po svim točkama. Prvo, nije se slagao da je zabrana javnih manifestacija koje je želio održati nametnuta u skladu sa zakonom. Istaknuo je da Zakon o okupljanima niti bilo koji drugi pravni instrument ne omogućava zabranu javnih manifestacija. Ograničenja na održavanje manifestacija na mjestima koja su neprikladna iz sigurnosnih razloga, postavljena u članku 8 stavku 1 Zakona, nalažu vlastima da predlože drugo mjesto, kao što je to navedeno u članku 12 Zakona, a ne da zabrane manifestaciju. U svakom slučaju, čak i ako Sud prihvati da navodna nemogućnost izbjegavanja javnog nereda na bilo kojem mjestu može biti opravdanje za zabranu prema domaćem zakonu, podnositelj zahtjeva i dalje smatra da zabrana nije bila u skladu s još dva uvjeta iz članka 8 stavka 2 Konvencije, odnosno nije težila ostvarivanju legitimnog cilja i nije bila nužna u demokratskom društvu.

65. Što se tiče tri legitimna cilja na koje se poziva Vlada, konkretno, zaštitu javne sigurnosti i sprječavanje nereda, zaštitu morala i zaštitu prava i sloboda drugih, podnositelj zahtjeva ih sve smatra neprimjenjivima. Podnositelj zahtjeva je tvrdio da pozivanje na zaštitu morala nije bilo opravdano jer Vladina definicija „morala“ sadrži jedino stavove koji su dominantni u javnom mnijenju i ne obuhvaća ideju različitosti i pluralizma. Nadalje, manifestacije o kojima se radi ne mogu same po sebi utjecati na moral budući da su zamišljene s namjerom izražavanja potpore ljudskim pravima i građanskim slobodama radi zaštite i ravnopravnosti seksualnih manjina. Organizatori u svojim zahtjevima ili izjavama za javnost nikada nisu izrazili namjeru pokazivanja golotinje ili seksualno otvorenog ili provokativnog ponašanja ili materijala. Naprotiv, podnositelj zahtjeva je tvrdio da bi manifestacije zalaganjem za ideje tolerancije i poštovanja prava lezbijske i gej populacije bile u korist ruskog društva.

66. Nadalje, osporavao je ciljeve zaštite javne sigurnosti i sprječavanja nereda budući da su planirane povorke i prosvjedi zamišljeni kao isključivo mirne i uljuđene manifestacije same po sebi. Što se tiče mogućih nereda koje bi mogli izazvati protuprosvjednici, Vlada ni u kojoj fazi nije procijenila težinu mogućih sukoba s protivnicima manifestacija i stoga je njezin argument o nemogućnosti pružanja dostatne zaštite gej paradi neosnovan. U tri referentne godine podnositelj zahtjeva je podnio brojene zahtjeve predlažući različite oblike i mjesta za održavanje manifestacija, a vlasti nikada nisu dale razloge zbog kojih nije bilo moguće poduzeti sigurnosne mjere za nijednu od njih.

67. Na kraju, podnositelj zahtjeva je tvrdio da zabrana nametnuta na manifestacije za vrijeme referentnog razdoblja nije bila nužna u demokratskom društvu. Pozvao se na sudsku praksu Suda navodeći da se sama mogućnost zbunjivanja pa čak i šokiranja dijela društva ne može smatrati dostatnim razlogom za tako dalekosežnu mjeru kao što je potpuna zabrana manifestacija o kojima se radi (pozvao se na predmet *Bączkowski i drugi protiv Poljske*, br. 1543/06, stavak 64, ECHR 2007-VI). Naveo je da je mjera koja je opetovano primijenjena u ovom slučaju bila izrazito nerazmjerna ciljevima koje su vlasti navodno željele postići i nespojiva s pojmom demokratskog društva koje je „pluralističko, tolerantno i otvoreno“ (ibid., stavak 63). Tvrdio je da vlasti nisu čak niti nastojale postupiti u skladu s obvezom poduzimanja razumnih i odgovarajućih mjera kako bi omogućile da zakonite demonstracije proteknu u miru, prema članku 11. Umjesto da su ih zaštitile, Vlasti su zabranile manifestacije koje bi prema njihovom mišljenju vjerojatno bile izložene napadima. Povrh toga, podržale su neodobranje koje su izrazili protivnici manifestacija tvrdeći da su nemoralne čime su manjini oduzele zakonito pravo održavanja mirnih demonstracija, pravo koje je neotuđivo u društvu koje teži biti demokratsko.

2. Ocjena Suda

68. Sud primjećuje da su moskovske vlasti nametnule zabranu na Povorku ponosa i prosvjede 2006., 2007. i 2008. godine te provele zabranu prekidajući manifestacije koje su se održavale bez odobrenja i proglašavajući podnositelja zahtjeva i druge sudionike koji su prekršili zabranu krivima za upravni prijestup. Stoga nema sumnje da je postojalo miješanje u ostvarivanje slobode mirnog okupljanja zajamčenog

člankom 11 stavkom 1 Konvencije. U stvari, postojanje miješanja u ovom predmetu nije predmet spora između stranaka.

69. Sud dalje navodi da se stranke ne slažu u pogledu toga je li postupanje moskovskih vlasti bilo u skladu sa zakonom. Ne slažu se niti u pogledu toga je li miješanje služilo legitimnom cilju. No, Sud bi mogao izostaviti presudu po tim točkama jer je, neovisno o cilju i zakonitosti zabrane prema domaćem pravu, podbacila u smislu nužnosti u demokratskom društvu iz niže navedenih razloga. U mjeri u kojoj su ova pitanja značajna za ocjenu razmjernosti miješanja, o njima će se govoriti u niže navedenim stavcima 78-79 (vidjeti *Kršćanska demokratska narodna partija protiv Moldavije*, br. 28793/02, stavak 53, ECHR 2006-II).

70. Koliko je to moguće što se tiče razmjernosti miješanja, Sud primjećuje da su relevantni principi utvrđeni u njegovoj presudi u predmetu *Bączkowski i drugi* (gore navedenom):

„61. ..., nije samo demokracija fundamentalna odlika europskog javnog reda već je Konvencija osmišljena radi promicanja i očuvanja ideja i vrijednosti demokratskog društva. ... U skladu s formulacijom drugog stavka članka 11, kao i članaka 8, 9 i 10 Konvencije, jedina nužnost koja može opravdati miješanja u bilo koja prava utvrđena tim člancima je ona za koju se može tvrditi da je proizašla iz ‘demokratskog društva’ ...

62. Iako se u kontekstu članka 11 Sud često poziva na ključnu ulogu koju u osiguravanju pluralizma i demokracije imaju političke stranke, udruge osnovane u druge svrhe su također značajne za pravilno funkcioniranje demokracije. Pluralizam se, također, mora temeljiti na stvarnom prihvaćanju i poštovanju različitosti i dinamike kulturnih tradicija, etničkih i kulturnih identiteta, vjerskih uvjerenja i umjetničkih, književnih i društveno-ekonomskih ideja i koncepata. Harmonična interakcija osoba i grupa s raznolikim identitetima je ključna za postizanje društvene kohezije. Tamo gdje građansko društvo funkcionira na zdrav način prirodno je da se sudjelovanje građana u demokratskim procesima u velikoj mjeri postiže kroz pripadnost udrugama u kojima se mogu povezati jedni s drugima i kolektivno ostvarivati zajedničke ciljeve ...

63. Kada se poziva na simbole ‘demokratskog društva’ Sud poseban značaj pridaje pluralizmu, toleranciji i otvorenosti. U tom

kontekstu smatra da, iako se pojedinačni interesi ponekad moraju podrediti grupnima, demokracija ne znači da stajališta većine uvijek moraju prevladati: mora se postići ravnoteža koja osigurava pravedno i pravilno postupanje prema manjinama i onemogućava zlouporabu dominantne pozicije ...

64. U predmetu *Informationsverein Lentia i drugi protiv Austrije* (24. studenog 1993., stavak 38, Serija A, br. 276) Sud je Državu opisao kao najvažnijeg jamca principa pluralizma. Stvarno i učinkovito poštovanje slobode udruživanja i okupljanja ne može se svesti samo na puku obvezu Države da se ne miješa; isključivo negativna koncepcija ne bi bila u skladu sa svrhom članka 11, niti Konvencijom u cjelini. Stoga moraju postojati pozitivne obveze da bi se osiguralo učinkovito ostvarivanje ovih sloboda Ova obveza je od osobite važnosti za osobe koje imaju nepopularna stajališta ili pripadaju manjinama zbog toga što su izloženi viktimizaciji.“

71. Vrativši se na okolnosti ovog predmeta, Sud primjećuje da je Vlada istakla dva razloga za nametanje zabrane na manifestacije koje je organizirao podnositelj zahtjeva.

72. Njezin prvi argument, koji je predstavljao i osnovu po kojoj su domaće vlasti zabranile manifestacije, tiče se brige za sigurnost sudionika i sprječavanje nereda. Vlada je navela da su moskovske vlasti, nakon što su primile brojne protestne peticije, shvatile da bi svaki takav događaj prouzročio veliku polemiku s različitim grupama koje su se protivile svakom iskazivanju potpore ili promoviranju interesa lezbijki, gejeva ili seksualnih manjina. Peticije koje je navela Vlada ..., međutim nisu sve bile suštinski identične. Neki potpisnici peticije, kao što je Pravoslavna crkva, su samo iskazali svoje protivljenje manifestacijama i općenito ideji da su ljudi homoseksualci i takvima se identificiraju. Drugi, kao što je Glavni Muftija, su obavijestili vlasti o svojoj namjeri da održe protest protiv manifestacija dok je glavni muslimanski autoritet Njižneg Novgoroda prijetio nasiljem.

73. Sud je, s tim u vezi, prije istaknuo da sloboda okupljanja, kao što je to navedeno u članku 11 Konvencije, štiti demonstracije koje mogu uznemiravati ili uzrokovati uvrijeđenost osoba koje se protive idejama ili zahtjevima koji se njima žele promicati (vidjeti *Stankov i Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden protiv Bugarske*, broj: 29221/95 i 29225/95, stavak 86, ECHR 2001-IX). Sudionici moraju biti u mogućnosti održati demonstracije bez straha da će biti izloženi

fizičkom nasilju od strane njihovih protivnika. Stoga, obveza Države Ugovornice je da poduzme razumne i odgovarajuće mjere kako bi omogućila mirno odvijanje zakonitih demonstracija (vidjeti *Plattform "Ärzte für das Leben"*, gore navedeno, stavci 32 i 34).

74. Sud ne može prihvatiti argument Vlade da te potpisnike peticija treba smatrati za opći pokazatelj da Povorka ponosa i prosvjed imaju potencijala uzrokovati javni nered. Prva grupa peticija, koja se pozivala na zabranu manifestacija jer su ih smatrali nemoralnima, ali bez prijetnji neposrednom kontra-akcijom na lokaciji manifestacija, je bila nevažna u smislu sagledavanja sigurnosti. One se mogu uzeti u obzir samo u smislu ograničenja koja treba uvesti radi zaštite morala, pitanja koje će se detaljno razmatrati niže.

75. Sljedeću grupu peticija, koje upućuju na namjere autora da se upuste u protestne akcije na lokaciji manifestacija jer ih smatraju nepoželjnima, naprotiv, treba pažljivo razmotriti sa stajališta sigurnosnih mjera. U pravilu, kada postoji ozbiljna prijetnja od nasilnih kontra-demonstracija, Sud dozvoljava domaćim vlastima široke diskrecijske ovlasti u izboru sredstava radi omogućavanja neometanog održavanja okupljanja (vidjeti *Plattform "Ärzte für das Leben"*, loc. cit.). Međutim, samo postojanje rizika nije dostatno za zabranu manifestacije: kada rade svoju procjenu, vlasti moraju napraviti konkretnu analizu potencijalne težine nereda kako bi procijenile koji su resursi potrebni za neutraliziranje opasnosti od nasilnih sukoba (vidjeti *Barankevich*, gore navedeno, stavak 33). U ovom predmetu nije napravljena nikakva preliminar- na procjena rizika u slučaju održavanja kontra-demonstracija. Kasniji događaji su otkrili da je ukupno bilo oko stotinu kontra-demonstranata, brojka koja je značajna, ali ni u kojem slučaju golema u gradu poput Moskve. Osim toga, Sud primjećuje da su u samo nekoliko peticija koje je Vlada navela kontra-demonstranti izrazili odlučnost za pribjegavanje nezakonitim sredstvima. Vlada se nije očitovala u pogledu toga da li je netko od potpisnika peticija pokušao najaviti svoje kontra-demonstracije. Da su to učinili, vlasti bi mogle poduzeti mjere kojima bi osigurale mirno i zakonito održavanje oba događaja, omogućavajući tako objema stranama da postignu cilj iskazivanja svojih stajališta bez međusobnih sukoba. Na moskovskim vlastima je bilo da se obrate potencijalnim kontra-demonstrantima – bilo javnim priopćenjem ili pojedinačnim odgovaranjem na njihove peticije – kako bi ih podsjetile da ostanu unutar granica zakona kad provode bilo kakvu protestnu aktivnost.

76. Što se tiče bilo koje izjave koja poziva na nasilje i potiče na

zločine protiv sudionika javnog događaja, kao što je ona muslimanskog svećenika iz Njižnog Novgoroda, koji je navodno rekao da homoseksualce treba kamenovati do smrti (vidi gore navedeni stavak 62), kao i svakog izoliranog incidenta prijetnji nasiljem koji bi se desio, njih se adekvatno može riješiti kroz progon onih koji su odgovorni. Međutim, ne izgleda da su vlasti u ovom predmetu reagirale na svećenikov poziv na nasilje na bilo koji drugi način nego zabranom događaja koji je on osudio. Pozivajući se na tako očito nezakonita traženja kao osnovu za zabranu, vlasti su zapravo podržale namjere osoba i organizacija koje su izričito i svjesno željele onemogućiti mirne demonstracije kršenjem zakona i javnog reda.

77. U svijetlu prethodnih utvrđenja, Sud zaključuje da je Vlada propustila provesti adekvatnu procjenu rizika za sigurnost sudionika manifestacija. Sud ponavlja, kad bi svaka vjerojatnost napetih i usijanih razmjena između protivnih grupa tijekom demonstracija rezultirala njihovom zabranom društvo bi bilo suočeno s lišavanjem mogućnosti da čuje različita stajališta o bilo kojem pitanju koje iritira većinsko mišljenje. (vidjeti *Stankov i Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden*, gore navedeno, stavak 107). U ovom predmetu Sud ne može prihvatiti tvrdnju Vlade da je prijetnja bila tako velika da bi zahtijevala tako drastičnu mjeru kao što je zabrana događaja u cijelosti, a da se i ne spominje da je to činila opetovano u razdoblju od tri godine. Nadalje, iz javnih priopćenja moskovskog gradonačelnika kao i Vladinih očitovanja se čini, ukoliko su sigurnosni rizici imali ikakvog utjecaja na odluku vlasti da nametne zabranu, da su oni u svakom slučaju bili sekundarni u odnosu na aspekt javnog morala.

78. Sud napominje da je moskovski gradonačelnik u brojnim prilikama izrazio svoju odlučnost da spriječi održavanje gej parada i sličnih manifestacija očito zbog toga što ih on smatra neprikladnima ... Vlada je u svojim očitovanjima također istakla da takve manifestacije u načelu treba zabraniti jer je propaganda promicanja homoseksualnosti nespojiva s vjerskim doktrinama i moralnim vrijednostima većine i mogla bi biti štetna ako je vide djeca i osjetljive odrasle osobe.

79. Međutim, Sud napominje da ovi razlozi prema domaćem pravu ne predstavljaju temelj za zabranu ili ograničavanje javne manifestacije na drugi način. U skladu s tim, niti jedan takav argument nije pružen u domaćem postupku koji je ostao fokusiran na sigurnosna pitanja. Sud nije uvjeren da Vlada u ovom trenutku može zamijeniti jedan Konvencijom zaštićeni legitimni cilj za drugi koji nikad nije bio dio domaće

prakse utvrđivanja razmjernosti. Štoviše, Sud smatra da je zabrana bila nerazmjerna i u prvom i u drugom navodnom cilju.

80. Sud ponavlja da se jamstva iz članka 11 Konvencije primjenjuju na sva okupljanja osim na ona gdje organizatori i sudionici imaju nasilne namjere ili na drugi način podrivaju temelje „demokratskog društva“ (vidjeti *G. protiv Njemačke*, br. 13079/87, Odluka od 6. ožujka 1989., DR 60, st. 256, i *Kršćani protiv rasizma i fašizma protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Odluka od 16. srpnja 1980., DR 21, st. 138). Kao što je Sud utvrdio u predmetu *Sergey Kuznetsov protiv Rusije* (br. 10877/04, stavak 45, 23. listopada 2008.): „svaka mjera miješanja u slobodu okupljanja i izražavanja osim u slučajevima poticanja na nasilje ili odbacivanja demokratskih principa – neovisno o tome koliko se šokantnim i neprihvatljivima neka stajališta ili riječi koje se koriste mogu činiti vlastima – čine štetu demokraciji i često je ugrožavaju.“

81. Sud nadalje ponavlja da je nespojivo s osnovnim vrijednostima Konvencije ako se ostvarivanja prava iz Konvencije od strane manjinskih grupa uvjetuje njihovom prihvaćenošću od strane većine. Da je tome tako, prava manjinske grupe na slobodu vjeroispovijesti, izražavanja i okupljanja postala bi tek teoretska, a ne praktična i učinkovita kao što to zahtjeva Konvencija (vidjeti *Artico protiv Italije*, 13. svibnja 1980., stavak 33, Serija A, br. 37, i *Barankevich*, gore navedeno, stavak 31).

82. U ovom predmetu, nakon što je pažljivo proučio sve materijale koji su mu podastrijeti, Sud ne nalazi da bi manifestacije koje je organizirao podnositelj zahtjeva prouzročile toliku razinu osporavanja kao što to tvrdi Vlada. Svrha povorki i prosvjeda, kao što je naznačeno u najavi manifestacija, je bila promicanje ljudskih prava i sloboda i poziv na toleranciju prema seksualnim manjinama. Manifestacije su se trebale održati u formi povorke i prosvjeda, sa sudionicima koji drže transparente i daju priopćenja preko zvučnika. Ni u kojem trenutku nisu postojale naznake da bi se događaj mogao pretvoriti u bilo kakvo grafičko prikazivanje opscenosti tipa koji bi bio usporediv s izložbom u predmetu *Müller i drugi* (gore navedeno), na koji se pozivala Vlada. Podnositelj zahtjeva se očitovao, i Vlada to nije osporavala, da sudionici nisu imali namjeru pokazivati golotinju, upuštati se u seksualno provokativna ponašanja ili kritizirati javni moral ili vjerska stajališta. Štoviše, iz gradonačelnikovih komentara (vidjeti, osobito, prethodne stavke 16 i 24) i očitovanja Vlade (vidjeti gore navedeni stavak 61) proizlazi da se nije radilo o ponašanju ili izgledu sudionika koje bi vlasti smatrale neprikladnima već o samoj činjenici da su se oni željeli ot-

voreno identificirati kao gej muškarci ili lezbijke, pojedinačno i grupno. Nadalje, Vlada je priznala da su vlasti dosegle svoju granicu tolerancije prema homoseksualnom ponašanju u trenutku kad se ono prelilo iz striktno privatne sfere u sferu šire javnosti (ibid., *in fine*).

83. Kako bi opravdala ovaj pristup Vlada se pozvala na široke diskrecijske ovlasti u davanju građanskih prava osobama koje se identificiraju kao gej muškarci ili lezbijke, navodeći navodni nedostatak europskog konsenzusa u vezi postupanja prema seksualnim manjinama. Sud se ne može složiti s tom interpretacijom. Postoji opsežna sudska praksa koja ukazuje na dugogodišnji europski konsenzus o pitanjima kao što je ukidanje kaznene odgovornosti za homoseksualne odnose između odraslih osoba (vidjeti *Dudgeon*, gore navedeno; *Norris protiv Irske*, 26. listopada 1988., Serija A, br. 142; i *Modinos protiv Cipra*, 22. travnja 1993., Serija A, br. 259); pristupanje homoseksualnih osoba služenju u oružanim snagama (vidjeti *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi: 33985/96 i 33986/96, ECHR 1999-VI), povjeravanje roditeljskih prava (vidjeti *Salgueiro da Silva Mouta protiv Portugala*, br. 33290/96, ECHR 1999-IX), ravnopravnost u poreznim stvarima i pravu nasljeđivanja najma iza pokojnog partnera (vidjeti *Karner protiv Austrije*, br. 40016/98, ECHR 2003-IX); noviji primjeri uključuju izjednačenje dobi za pristanak prema kaznenom zakonodavstvu za heteroseksualne i homoseksualne aktivnosti (vidjeti *L. i V. protiv Austrije*, brojevi: 39392/98 i 39829/98, ECHR 2003-I). Istovremeno postoje pitanja oko kojih nije postignut europski konsenzus, kao što je davanje dozvole istospolnim parovima da usvoje dijete (vidjeti *Fretté protiv Francuske*, br. 36515/97, ECHR 2002-I, i *E.B. protiv Francuske* [GC], br. 43546/02, ECHR 2008-...) i pravo na brak i Sud je potvrdio široke diskrecijske ovlasti što se tiče tih pitanja. To, međutim, Sud ne oslobađa od obveze da provjeri da li vlasti u svakom pojedinačnom slučaju, postupajući arbitrarno ili na drugi način, nisu prekoračile svoje diskrecijske ovlasti. Zapravo, Sud dosljedno smatra da diskrecijske ovlasti države idu ruku pod ruku s europskim nadzorom (vidjeti *Handy-side protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. prosinca 1976., stavak 49, Serija A, br. 24).

84. U svakom slučaju, nepostojanje europskog konsenzusa o ovim pitanjima nije relevantno za ovaj predmet zbog toga što je prenošenje pozitivnih prava na homoseksualne osobe fundamentalno različito od priznavanja njihovog prava da se bore za ta prava. Ne postoji neopredjeljenost kod drugih Država članica oko priznavanja prava pojedinci-

ma da se otvoreno identificiraju kao gejevi, lezbijke ili bilo koja druga seksualna manjina i da promiču svoja prava i slobode, posebno kroz ostvarivanje svojeg prava na mirno okupljanje. Kao što je Vlada pravilno istaknula, demonstracije slične onima koje su zabranjene u ovom predmetu su uobičajene u većini europskih zemalja. Isto tako, značajno je da su u predmetu *Bączkowski i drugi* domaće vlasti bile te koje su potvrdile nezakonitu prirodu zabrana koje su na početku bile nametnute na povorke, kada je zabranu poništio žalbeni sud (gore navedeno, članak 22).

85. Sud stoga, u ovom predmetu, nije u mogućnosti prihvatiti pozivanje Vlade na široke diskrecijske ovlasti. Sud ponavlja da se svaka odluka kojom se ograničava ostvarivanje slobode okupljanja mora zasnovati na prihvatljivoj procjeni relevantnih činjenica (vidjeti, između ostalih pravnih izvora, *Kršćanska demokratska narodna partija*, gore navedeno, stavak 70). Jedini faktor kojeg su moskovske vlasti uzele u obzir bilo je javno protivljenje događaju i osobna stajališta dužnosnika o moralu.

86. Gradonačelnik Moskve, čije su izjave u bitnom ponavljane u Vladinim očitovanjima, smatrao je nužnim ograničiti svako spominjanje homoseksualnosti na privatnu sferu i istjerati homoseksualne muškarce i lezbijke iz vidokruga javnosti, implicirajući da je homoseksualnost rezultat svjesnog i antisocijalnog izbora. Međutim, nisu bili u stanju pružiti opravdanje za takvo isključivanje. Sud ne raspolaže znanstvenim dokazima ili sociološkim podacima koji bi ukazivali da bi samo spominjanje homoseksualnosti ili otvorena javna debata o društvenom statusu seksualnih manjina štetno utjecala na djecu i „osjetljive odrasle osobe“. Naprotiv, društvo samo kroz poštenu i otvorenu javnu raspravu može započeti rješavati tako kompleksna pitanja poput ovih koja su pokrenuta u ovom predmetu. Takva rasprava, poduprta akademskim istraživanjima, uz jamstvo da se čuje glas predstavnika svih stajališta, uključujući i pojedinaca o kojima se radi, doprinijela bi društvenoj koheziji. To bi, također, razjasnilo neke zajedničke nejasnoće, poput toga može li se osoba odgojiti u smjeru ili potaknuti na homoseksualnost ili odvratiti od homoseksualnosti, ili se dobrovoljno odlučiti za homoseksualnost ili prestati s homoseksualnošću. Upravo je takvu raspravu podnositelj zahtjeva u ovom predmetu pokušao započeti i ona se ne može nadomjestiti time da dužnosnici spontano izražavaju neinformirana stajališta koja smatraju popularnima. U okolnostima ovog predmeta Sud ne može ne zaključiti da odluke vlasti da zabrani manifestacije o

kojima se radi nisu bile zasnovane na odgovarajućoj procjeni relevantnih faktora.

87. Dosadašnja razmatranja su dostatna da bi Sud zaključio da zabrana manifestacija koje je organizirao podnositelj zahtjeva nije bila u skladu s važnom društvenom potrebom i stoga nije bila nužna u demokratskom društvu.

88. U skladu s tim, došlo je do kršenja članka 11 Konvencije.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 13 KONVENCIJE

89. Podnositelj zahtjeva je, temeljem članka 13 Konvencije u vezi s člankom 11 Konvencije, prigovorio da nije imao na raspolaganju djelotvoran pravni lijek protiv navodnog kršenja njegove slobode okupljanja. Posebno je naveo da nije imao na raspolaganju nikakav postupak koji bi mu omogućio da dobije konačnu odluku prije dana planiranih demonstracija. Članak 13 Konvencije glasi:

„Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kada su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.“

90. Vlada je osporavala ovu optužbu tvrdeći da je podnositelj zahtjeva imao mogućnost pokretanja sudskog postupka i da je to iskoristio.

(....)

Ocjena Suda

97. Sud ponavlja da je učinak članka 13 to da obvezuje na pružanje domaćeg pravnog sredstva koje nadležnom nacionalnom tijelu omogućava bavljenje sa suštinom relevantnog prigovora temeljem Konvencije i pružanje odgovarajućeg pravnog lijeka, iako države ugovornice imaju određene diskrecijske ovlasti u pogledu načina na koji će ispuniti svoje obveze prema toj odredbi (vidjeti, između mnogih drugih pravnih izvora, *Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 15. studenog 1996., stavak 145, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V). U ovom predmetu Sud je utvrdio da su prava podnositelja zahtjeva iz članka 11 povrijeđena.

(...)

Stoga, podnositelj zahtjeva je imao osnovanu tvrdnju u smislu sudske prakse Suda, dakle, imao je pravo na pravno sredstvo koje ispunjava uvjete iz članka 13.

98. Sud ponavlja, imajući na umu da je vrijeme održavanja javnih manifestacija ključno za organizatore/ice i sudionike/ice, da pojam djelotvornog pravnog sredstva pretpostavlja mogućnost dobivanja presude u vezi odobrenja manifestacije prije vremena u koje se manifestacija treba održati (vidjeti *Bączkowski i drugi*, gore navedeno, stavak 81). Stoga je za učinkovito ostvarivanje slobode okupljanja važno da mjerodavni zakoni pružaju razumne rokove unutar kojih državna tijela, kada donose relevantne odluke, moraju postupiti (ibid., stavak 83).

99. Sud napominje da u ovom predmetu mjerodavni zakoni propisuju rokove u kojima podnositelj mora najaviti manifestacije. Nasuprot tome, vlasti nisu vezane nikakvim zakonskim rokom da daju svoje konačne odluke prije planiranog datuma povorke i prosvjeda. Sud stoga nije uvjeren da su pravna sredstva koja su podnositelju zahtjeva bila na raspolaganju u ovom predmetu, koja su *post hoc* karaktera, mogla pružiti adekvatnu pomoć u pogledu navodnih kršenja Konvencije.

100. Prema tome, Sud utvrđuje da je podnositelju zahtjeva bio uskraćen djelotvoran domaći pravni lijek u pogledu njegovog prigovora u vezi kršenja slobode okupljanja. Stoga Sud zaključuje da je došlo do kršenja članka 13 u vezi s člankom 11 Konvencije.

III. NAVODNO KRŠENJE ČLANKA 14 KONVENCIJE

101. Na kraju, podnositelj zahtjeva je prigovorio diskriminatornom načinu na koji su se moskovske vlasti odnosile prema zahtjevu za održavanje javnih manifestacija koje je organizirao. Pozivajući se na članak 14 u vezi s člankom 11 Konvencije, naveo je da je pretrpio diskriminaciju na temelju svoje seksualne orijentacije i seksualne orijentacije drugih sudionika/ca. Članak 14 glasi:

„Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

102. Vlada se nije slagala s ovom optužbom tvrdeći da namjera zabrane nikada nije bila diskriminacija protiv podnositelja zahtjeva.

A. Dopuštenost

103. Sud ističe da ovaj prigovor nije očito neosnovan u smislu članka 35 stavka 3 Konvencije. Nadalje ističe da nije nedopušten ni po kojoj drugoj osnovi. Stoga mora biti proglašen dopuštenim.

B. Mertitum

1. Tvrdnje stranaka

104. Vlada je zanijekala da je zabrana nametnuta u ovom predmetu bila po prirodi diskriminatorna. Navela je da je postojanje seksualnih manjina prepoznato od strane vlasti, jednako kao i nužnost donošenja odredbi za onemogućavanje diskriminacije protiv njih. Međutim, s obzirom na njihove antagonističke odnose prema religijskim grupama, moglo bi se smatrati nužnim nametanje ograničenja na ostvarivanje njihovih prava.

105. U suprotnosti s tim, podnositelj zahtjeva je naveo da je zabrana manifestacija bila diskriminatorna. Unatoč izostanku izričitog upućivanja na seksualnu orijentaciju kao osnovu za zabranu bilo je jasno da je glavni razlog za odbijanje bilo službeno neodobravanje moralnih stajališta sudionika/ca. Vlasti su se posebno pozivale na neodobravanje manifestacija od strane religijskih i drugih grupa. Osim toga, moskovski gradonačelnik je dao brojne diskriminatorne izjave i postojala je jasna veza između izjava i zabrane.

2. Ocjena Suda

106. Sud ponavlja da članak 14 nije autonoman već da ima učinak

samo u vezi s konvencijskim pravima. Ova odredba nadopunjuje druge materijalne odredbe Konvencije i Protokola. Ne postoji neovisno budući da ima učinak isključivo u vezi s „uživanjem prava i sloboda“ zajamčenih tim odredbama. Iako primjena članka 14 ne podrazumijeva povredu tih odredaba, i u tom je smislu autonoman, ne može biti prostora za njegovu primjenu ukoliko činjenično stanje predmeta ne spada u područje primjene jedne ili više tih odredaba (između ostalih pravnih izvora, vidjeti predmet, *Van Raalte protiv Nizozemske*, 21. veljače 1997., stavak 33, *Reports* 1997-I, i *Gaygusuz protiv Austrije*, 16. rujna 1996., § 36, *Reports* 1996-IV).

107. Stranke se slažu da činjenice ovog predmeta spadaju u područje primjene članka 11 Konvencije. Stoga je članak 14 primjenjiv u okolnostima ovog predmeta.

108. Sud ponavlja da je seksualna orijentacija koncept koji je obuhvaćen člankom 14 (između ostalih pravnih izvora, *Kozak protiv Poljske*, br. 13102/02, 3. ožujka 2010.). Nadalje kada se razlika o kojoj se radi odvija u ovoj intimnoj i osjetljivoj sferi osobnog života pojedinca/ke, Sudu se moraju iznijeti posebno značajni razlozi da bi se opravdala mjera na koju je izražen prigovor. Kada se razlika u postupanju temelji na spolu ili seksualnoj orijentaciji, diskrecijske ovlasti Države su sužene i u takvim situacijama načelo razmjernosti ne zahtjeva da odabrana mjera bude samo općenito primjerena ostvarivanju željenog cilja, mora se također pokazati da je bila nužna u danim okolnostima. Inače, ukoliko se izneseni razlozi za razliku u postupanju zasnivaju isključivo na seksualnoj orijentaciji podnositelja zahtjeva to će predstavljati diskriminaciju u smislu članka 14 Konvencije (ibid, stavak 92).

109. Već je prethodno utvrđeno da je glavni razlog za nametanje zabrane na manifestacije koje je organizirao podnositelj zahtjeva bio taj što vlasti nisu odobravale demonstracije za koje su smatrale da promiču homoseksualnost (vidjeti stavke 77-78 i 82 gore). Posebno, Sud ne može zanemariti čvrsta osobna stajališta koja je moskovski gradonačelnik javno izrazio i nepobitnu povezanost između tih izjava i zabrane. U svijetlu ovih nalaza Sud također smatra utvrđenim da je podnositelj zahtjeva pretrpio diskriminaciju na osnovi seksualne orijentacije kao i drugi sudionici/ce predloženih manifestacija. Sud nadalje smatra da Vlada nije pružila nikakvo opravdanje koje bi pokazalo da je pobijana razlika bila u skladu sa standardima Konvencije.

110. Prema tome, Sud smatra da je u ovom predmetu došlo do kršenja

članka 14 u vezi s člankom 11 Konvencije.

IV. PRIMJENA ČLANKA 41 KONVENCIJE

111. Članak 41 Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarnje pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci.”

A. Šteta

112. Podnositelj zahtjeva je na ime nematerijalne šteta potraživao iznos od 40.000 eura (EUR).

113. Vlada je osporavala potraživanje kao pretjerano i nerazumno

114. Uzimajući u obzir činjenicu da ovaj predmet uključuje višestruku zabranu demonstracija tri godine zaredom kršeći članak 11, 13 i 14 Konvencije, Sud, odlučujući na pravičnoj osnovi, dodjeljuje podnositelju zahtjeva iznos od EUR 12.000 na ime nematerijalne štete.

B. Troškovi i izdaci

115. Podnositelj zahtjeva je potraživao iznos od 18.700 ruskih rubalja (oko EUR 483) na ime troškova i izdataka nastalih pred domaćim sudovima i EUR 17.027 na ime onih koji su nastali u postupku pred Sudom. Podnositelj je podnio specificirane troškove, račune i popratnu dokumentaciju.

116. Vlada je ovaj dio potraživanja smatrala neosnovanima

117. Sukladno sudskoj praksi Suda, podnositelj zahtjeva ima pravo

na naknadu troškova i izdataka u onoj mjeri u kojoj je dokazano da su stvarno i nužno nastali i da su razumni u pogledu iznosa. Sud navodi da se troškovi i izdaci odnose na tri uzastopna postupka pred domaćim sudovima i da su nastali u razdoblju od tri godine. [uzimajući] u obzir dokumente koji su u njegovom posjedu i gore navedene kriterije, Sud smatra da je podnositelju zahtjeva razumno dodijeliti iznose koje potražuje u cijelosti. Sud dodjeljuje skupni iznos od 17.510,00 eura, uvećano za iznos bilo kojeg poreza koji bi se podnositelju zahtjeva mogao zaračunati.

C. Zatezna kamata

118. Sud smatra primjerenim da se zatezna kamata temelji na najnižoj kamatnoj stopi Europske središnje banke kojoj treba dodati tri postotna boda.

IZ TIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. *Proglašava* zahtjeve dopuštenima;
2. *Presuđuje* da je došlo do kršenja članka 11 Konvencije;
3. *Presuđuje* da je došlo do kršenja članka 13 u vezi s člankom 11 Konvencije;
4. *Presuđuje* da je došlo do kršenja članka 14 u vezi s člankom 11 Konvencije;
5. *Presuđuje*
 - (a) da tužena Država u roku od tri mjeseca od dana kad presuda postane konačna u smislu članka 44 stavka 2 Konvencije,

treba podnositelju zahtjeva isplatiti sljedeće iznose, koji će se preračunati u ruske rublje prema tečaju koji se primjenjuje na dan namirenja;

- (i) EUR 12,000 (dvanaest tisuća eura), uvećano za iznos bilo kojeg poreza koji bi se mogao zaračunati, na ime nematerijalne štete;
- (ii) EUR 17, 510 (sedamnaest tisuća pet stotina i deset eura) na ime troškova i izdataka, uvećano za iznos bilo kojeg poreza koji bi se podnositelju zahtjeva mogao zaračunati;

(b) da se od proteka naprijed navedena tri mjeseca do namirenja na gornje iznose plaća obična kamata prema stopi koja je jednaka najnižoj kamatnoj stopi Europske središnje banke, uvećana za tri postotna boda;

6. *Odbija* ostatak zahtjeva za pravednu naknadu.

Sačinjeno na engleskom jeziku i objavljeno u pismenom obliku 21. listopada 2010. godine, sukladno pravilu 77 stavcima 2 i 3 Poslovnika Suda.

André Wampach
tos Rozakis
Zamjenik Tajnika
sjednik

Chris-
Pred-

Homofobni govor mržnje

Vejdeland i drugi protiv Švedske

Sud ponavlja da poticanje na mržnju nužno ne uključuje i poziv na nasilničke činove ili ostala kaznena nedjela. Napadi na osobe ili određene skupine populacije, vršeni kroz vrijeđanje, ismijavanje i klevetanje, mogu biti dostatni za vlasti da odluče suzbijati rasistički govor kada su suočene s neodgovornim ostvarivanjem prava na slobodu izražavanja. U ovom smislu, Sud naglašava da je diskriminacija na temelju seksualne orijentacije jednako ozbiljna kao i diskriminacija na temelju rase, podrijetla ili boje kože

PETI ODSJEK

SLUČAJ VEJDELAND I DRUGIH PROTIV ŠVEDSKE

(Tužba broj 1813/07)

PRESUDA

STRASBOURG

9. veljače 2012.

U slučaju Vejdeland protiv Švedske, u zatvorenoj raspravi, Sudsko vijeće (Petog odsjeka) Europskog suda za ljudska prava sastavljeno od sudaca:

Dean Spielmann, predsjednik,

Elisabet Fura,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Ganna Yudkivska,

i Angelika Nußberger, *suci i sutkinje*

te *registratorice odsjeka*, Claudie Westerdiek,

nakon što je privatno raspravljalo 10. siječnja 2012., donosi sljedeću presudu usvojenu na navedeni datum:

...

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI SLUČAJA

7. Podnositelji tužbe rođeni su 1978., 1981., 1987. i 1986. godine. Prvi podnositelj tužbe živi u Gothenburgu, a ostali žive u Sundsvallu.

8. U prosincu 2004. godine, podnositelji tužbe zajedno s tri druge osobe otišli su u jednu višu srednju školu te podijelili oko sto letaka ostavljajući ih u ormarićima učenika. Događaj je okončan kada je ravnatelj škole intervenirao i natjerao ih je da napuste prostorije. Autor tih letaka bila je organizacija nazvana Nacionalna mladež. Letci su između ostaloga sadržavali i sljedeće sadržaje:

„Homoseksualna propaganda.

Kroz samo nekoliko desetljeća, društvo je promijenilo svoje stavove pre-

ma homoseksualnosti i ostalim seksualnim devijacijama od osuđivanja istih do prihvatanja tih devijantnih sklonosti. Vaši protušvedski nastavnici vrlo dobro znaju da homoseksualizam ima moralno razoran učinak na tkivo društva, te će ga dragovoljno pokušati prikazati kao nešto što je normalno i dobro.

-- Recite im da su se HIV i AIDS pojavili rano zajedno s homoseksualcima, i da je njihov promiskuitetni stil života bio jedan od glavnih uzroka tomu da je ova moderna pošast uzela maha.

-- Recite im da homoseksualne lobističke organizacije također pokušavaju umanjiti štetnost pedofilije, te da te organizacije pitaju treba li možda i ta seksualna devijacija biti legalizirana“.

9. Zbog podjele letaka, podnositelji tužbe bili su optuženi za agitiranje protiv nacionalne ili etničke skupine.

10. Podnositelji tužbe osporili su da se sadržajem tih letaka izražava prezir prema homoseksualcima, te kazali su da ni u kom slučaju nisu namjeravali izražavati prezir prema homoseksualcima kao skupini. Oni su izjavili da je svrha njihove aktivnosti bila započinjati raspravu o manjku objektivnosti u aktualnom obrazovanju u švedskim školama.

11. Dana 11. srpnja 2005., Okružni sud u Bollnäs-u ustvrdio je da su izjave na letcima jasno prelazile granicu onoga što se može smatrati objektivnom raspravom o homoseksualcima kao skupini, te da je namjera podnositelja tužbe bila iskazivati prezir prema homoseksualcima. Sud je stoga podnositelje tužbe proglasio krivima za agitiranje protiv nacionalne ili etničke skupine, te prvog i drugog podnositelja tužbe osudio na dva mjeseca zatvora, trećeg na uvjetnu kaznu i globu, a četvrtog na rok kušnje i 40 sati društvenoga rada.

12. I podnositelji tužbe i tužitelj podnijeli su žalbe protiv presude Prizivnom sudu za Južni Norrland.

13. Dana 14. prosinca 2005., Prizivni sud, pozvavši se na presudu Vrhovnoga suda od 29. studenog 2005. o slučaju NJA 2005, stranica 805 (vidjeti niže pod „Relevantni domaći zakoni i sudska praksa“), odbacio je optužbe protiv podnositelja tužbe, obrazloživši da bi se kaznama prekršilo njihovo pravo na slobodu izražavanja, to jest pravo zajamčeno Konvencijom.

14. Ured glavnog tužitelja podnio je Vrhovnom sudu žalbu protiv presude, zahtijevajući da se podnositelji tužbe kazne za agitiranje

protiv nacionalne ili etničke skupine, i tvrdeći da to u okolnostima dotičnoga slučaja ne bi bilo jednako kršenju članka 10 Konvencije. ...

15. Dana 6. srpnja 2006., Vrhovni je sud osudio podnositelje tužbe za agitiranje protiv nacionalne ili etničke skupine. Većina sudaca (troje od ukupno petero) držali su da:

„Kada je u pitanju precedentno pravo Europskog suda za ljudska prava u vezi s člankom 10, i kada se radi o tumačenju izraza „prezir“ u odredbi koja se odnosi na agitaciju protiv određene skupine, mora se napraviti sveobuhvatna procjena okolnosti slučaja, pri čemu posebno treba uzeti u obzir sljedeće aspekte: dijeljenje letaka izvršeno je u školi; optuženi nisu imali slobodan pristup prostorijama koje se mogu smatrati relativno zagrađenim mjestima za političke akcije vanjskih osoba; stavljanje letaka u ili na ormarićima znači da su ih mladi ljudi primili bez da imaju mogućnost odlučiti da li ih žele ili ne; svrha dijeljenja tih letaka doista je bila pokrenuti raspravu između učenika i nastavnika o javnom interesu, to jest o objektivnosti obrazovanja švedskih škola, te ponuditi učenicima argumente. Međutim, sadržaj tih letaka je bio formuliran na uvredljiv i podcjenjivački način prema homoseksualcima kao skupini, te je prekršio načelo članka 10 da se u najvećoj mogućoj mjeri izbjegavaju neopravdano uvredljive izjave, to jest izjave koje predstavljaju napad na prava drugih, pa takva formulacija nije pridonosila nikakvom obliku javne rasprave kojom bi se moglo unaprijediti međusobno razumijevanje. Svrha relevantnih odsječaka u letcima mogla se postići i bez tih izjava koje su bile uvredljive za homoseksualce kao skupinu. Stoga, okolnosti su djelomično drugačije u odnosu na slučaj NJA 2005, stranica 805, kada je pastor za vrijeme propovijedi i na temelju citata iz Biblije iznio svoja shvaćanja pred pastvom. Gore navedeni razlozi zajedno vode na zaključak da članak 8 u poglavlju 16 Kaznenog zakona, protumačen u skladu s Konvencijom, dopušta donošenje osuđujuće presude s obzirom na okolnosti ovog slučaja.“

16. Manjina (dvoje sudaca) je ustvrdila da kažnjavanje podnositelja tužbe ne bi bilo ravnomjerno traženim ciljevima, te da bi stoga to bilo kršenje članka 10 Konvencije. Iz tih je razloga manjina htjela osloboditi podnositelje tužbe, a dala je barem djelomično različita obrazloženja za svoje zaključke. Jedan od sudaca bio je stajališta da postupak sudskog progona nije formuliran tako da Vrhovni sud može uzimati u obzir činjenicu da su letci bili podijeljeni u školi i namijenjeni učenicima, dok je drugi držao jasnim da su letci bili namijenjeni učenicima, te se složio s većinom da se treba napraviti cjelokupna procjena okolnosti.

17. Prva tri podnositelja tužbe osuđeni su na uvjetne zatvorske kazne uz globe od 1.800 švedskih kruna (oko 200 eura) do 19.000 švedskih kruna (oko 2.000 eura), dok je četvrti podnositelj tužbe osuđen na rok kušnje.

II. RELEVANTNI DOMAĆI ZAKON I PRAKSA

18. Članak 8 u poglavlju 16 Kaznenog zakona kaže da osoba koja u pisanoj ili izrečenoj izjavi prijeti ili iskazuje prezir prema nacionalnoj, etničkoj ili drugoj skupini osoba, aludirajući na rasu, boju kože, nacionalno ili etničko podrijetlo, vjeroispovijest ili seksualnu orijentaciju, treba biti osuđena za agitiranje protiv nacionalne ili etničke skupine. Za to nedjelo propisana je kazna do dvije godine zatvora. Ukoliko se nedjelo smatra manjim, onda je propisana novčana kazna, a ako se smatra teškim, u tom slučaju se izriče zatvorska kazna od ne kraće od šest mjeseci i ne dulje od četiri godine.

19. Agitacija protiv homoseksualaca kao skupine svrstana je u nedjela amandmanom koji je stupio na snagu 1. siječnja 2003. godine. Prema pripremnom radu na tom amandmanu, što stoji i u vladinom prijedlogu zakona 2001/02:59 (stranice 32-33), homoseksualci su skupina koja je često izvirgavana nedjelima zbog svoje seksualne orijentacije, te nacionalsocijalisti i ostale rasističke skupine, kroz svoju propagandu, agitiraju protiv homoseksualaca i homoseksualnosti. U pripremnom radu također je navedeno da postoje osnovani razlozi za pretpostavku da homofobna stajališta, koja su bila uzrok da određeni počinitelji napadaju pojedince zbog njihove seksualne orijentacije, proizlaze iz žestoke propagande kojom se potiče na mržnju i prijetnje prema homoseksualcima kao skupini, i koju šire većina nacističkih i desničarskih ekstremista u zemlji.

20. Vrhovni je sud, u svojoj presudi od 29. studenog 2005. (u slučaju NJA 2005, stranica 805) u vezi s izjavama jednog pastora tijekom propovijedi, za koje se smatralo da, po članku 8 u poglavlju 16 Kaznenog zakona, izražavaju prezir prema homoseksualcima kao skupini, ustvrdio da je zakon u skladu s Konvencijom. Međutim, Vrhovni je sud zaključio da se riječ „prezir“ u odredbi koja se odnosi na poticanje protiv skupine treba protumačiti u manjem okviru od onog koji se čini da je prikazan u pripremnom radu ukoliko se želi ostvariti primjena odredbi, koja je u skladu s Konvencijom. Vrhovni sud je zatim ustvrdio da primjena takve odredbe, koja je u skladu s Konvencijom, ne dopušta kažnjavanje podnositelja tužbe zatvorskim kaznama s obzirom na dane

okolnosti slučaja, te im je odredio zamjenske kazne.

ZAKON

I. NAVEDENO KRŠENJE ČLANKA 10 KONVENCIJE

21. Podnositelji tužbe žalili su se da presuda Vrhovnoga suda predstavlja kršenje njihovog prava na izražavanje, koje je zaštićeno člankom 10 Konvencije, u čijim relevantnim dijelovima stoji:

„1. Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj članak ne sprečava države da podvrgnu režimu dozvola ustanove koje obavljaju djelatnosti radija ili televizije te kinematografsku djelatnost.

2. Kako ostvarivanje tih sloboda obuhvaća dužnosti i odgovornosti, ono može biti podvrgnuto formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom, koji su u demokratskom društvu nužni radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprečavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti.“

A. Prihvatljivost

22. Sud zaključuje da, po sadržaju Članka 35 § 3 (a) Konvencije, ovaj dio tužbe nije očigledno neprihvatljiv. Također zaključuje da nije neprihvatljiv po bilo kojoj drugoj osnovi. Stoga se valja proglasiti prihvatljivim.

B. Argumenti

1. Podnesci strana

(a) Podnositelji tužbe

23. Podnositelji tužbe ostali su pri tvrdnji da su, po članku 10 § 1 Konvencije, sudske presude predstavljale neopravdano kršenje njihovog prava na slobodu izražavanja.

23. Oni su također naveli, iako pridodano svojoj pritužbi po članku 7, da je zakon o agitaciji protiv nacionalne ili etničke skupine toliko nejasan da im nije bilo moguće razlučiti da li njihov čin predstavlja nedjelo ili ne.

25. Nadalje, prema stajalištu podnositelja tužbe, sadržaj na letcima nije bio ni podcjenjivački, ni uvredljiv prema homoseksualcima, dakle to, na osnovi članka 10 § 2, ne može opravdati ograničavanje njihovog prava na slobodu izražavanja.

26. Podnositelji tužbe opovrgnuli su to da je sadržaj na letcima bio takav da je poticao na mržnju ili na vršenje činova iz mržnje. Po njihovom stajalištu, tim letcima su htjeli poticati učenike da pokrenu raspravu sa svojim nastavnicima o određenim temama, te su putem tih letaka, ponudili argumente za korištenje u raspravama.

27. Nadalje, oni su iskazali da sloboda govora može biti ograničena samo što se sadržaja tiče, ali da se ne može određivati način i mjesto gdje se to ostvaruje, napominjući da su njih proglasili krivima za agitaciju protiv nacionalne ili etničke skupine, a ne za ometanje posjeda ili onečišćenje okoline.

28. U vezi s tim, oni ne smatraju da su švedske škole relativno dobro zagrađena mjesta protiv političkih akcija drugih. Oni su tvrdili da švedske škole naprotiv imaju tradiciju puštati mladež političkih stranaka da šire svoje poruke, posebice za izbornih godina

29. Podnositelji tužbe nadalje su kazali da su učenici u dotičnoj školi bili u dobi od 16 do 19 godina, dakle potpuno sposobni razumjeti sadržaj letaka.

30. Konačno, kazali su da se njihov slučaj treba ravnati sa švedskim slučajem NJA 2005, stranica 805, kada je jedan pastor, koji je uvrijedio homoseksualce tijekom propovijedi, bio od strane Vrhovnoga suda, koji se pozvao na članke 9 i 10 Konvencije, oslobođen optužbi za agitiranje protiv nacionalne ili etničke skupine.

(b) Država

31. Država se složila da je članak 10 Konvencije primjenjiv na ovaj slučaj, te da bi se zatvorskim kaznama prekršilo pravo podnositelja tužbe na slobodu izražavanja, koje je propisano u drugom odsjeku tog članka. Međutim, Država je izjavila da su presude i kazne bile proporcionalne legitimnim odgovarajućim ciljevima, te stoga nužne u demokratskom društvu.

32. Država je istaknula da su podnositelji tužbe, u skladu s odsjekom 8 poglavlja 16 Kaznenog zakona, osuđeni za nedjelo agitiranja protiv nacionalne ili etničke skupine, te da je svih petero sudaca Vrhovnoga suda zaključilo da se izrečene kazne temelje na zakonu i da su u skladu sa sadržajem članka 10 § 2 Konvencije.

33. Država je također izjavila da je kršenje prava podnositelja tužbe na slobodu izražavanja bilo legitiman cilj u smislu članka 10 § 2, gdje se posebno ističe „zaštita ugleda i prava drugih“, dakle i u smislu zaštite ugleda i prava homoseksualaca kao skupine.

34. Prema mišljenju Države, nekoliko čimbenika u dotičnom slučaju vodilo je na zaključak da domaći sudovi imaju velik stupanj diskrecije kada je razmotreno pitanje da li je kažnjavanje podnositelja tužbe razmjerno legitimnim odgovarajućim ciljevima. ...

35. ... Država je prvo istaknula da se okolnosti ovog slučaja razlikuju od okolnosti u nekoliko drugih slučajeva, gdje je Sud presudio na temelju razmjernosti mjera kojima se kršilo pravo na slobodu izražavanja po članku 10. U mnoštvu takvih slučajeva, predmet su bile kazne novinarima i urednicima, koji su objavili „klevetničke“ izjave u novinskim člancima. Država je stoga navela da obilje precedentnih slučajeva Suda gdje se insistiralo na važnosti uloge slobodnih medija i njihovu ulogu „psa čuvara“, nema izravnu važnost za aktualni slučaj.

36. Drugo, država je navela da je iz precedentnih slučajeva Suda vidljivo da su granice prihvatljive kritike veće kada je ona usmjerena prema na primjer vladama, političarima i sličnim akterima u javnoj sferi nego kada je usmjerena prema privatnim osobama. Prema stajalištu države, ne postoji razlog zašto bi se od jedne skupine pojedinaca, koja je ciljano određenim izjavama koje imaju zajednički nazivnik, kao na primjer vjeroispovijest ili seksualna orijentacija, po kojem ih se razlikuje od drugih osoba, tražilo pokazivati veći stupanj tolerancije od nekog pojedinca u istoj situaciji.

37. Treće, država je ostala pri tome da se treba praviti određena razlika između ovog slučaja i slučajeva u kojima se radi o sferi

političkoga govora i političkih izjava izgovorenih u političkim raspravama, pri čemu sloboda izražavanja ima presudnu važnost i pri čemu postoji jako malo prostora za ograničenja. Kao razlog za to, država je navela činjenicu da su letci bili podijeljeni u školi, dakle u okruženju koje je relativno zaštićeno od političkih akcija drugih.

38. Četvrto, država je naglasila da je i Sud već ustvrdio da je uravnoteživanje osobnih interesa zaštićenih Konvencijom s drugim suprotnim interesima težak zadatak, te da stoga zemlje potpisnice moraju imati na raspolaganju širok raspon diskrecije.

39. Država je također navela da ishodi domaćih postupaka, pri čemu su podnositelji tužbe prvo osuđeni od strane Okružnoga suda, zatim oslobođeni od strane Prizivnoga suda, te na kraju ponovno osuđeni od strane Vrhovnoga suda, uz slaganje troje od ukupno petero sudaca, te uz pozivanje, između ostaloga, i na članak 10 § 2 Konvencije jasno pokazuju da je zadatak uravnoteživanja različitih interesa uključivao i tumačenje švedskoga Kaznenog zakona u skladu s Konvencijom, te da su se prijašnji slučajevi Suda pokazali izričito teškima i nemogućima za primjenu u ovom slučaju. Država je navela da su u ovakvim okolnostima nacionalne vlasti, uslijed svojih izravnih i stalnih kontakata s bitnim snagama u svojoj zemlji, u boljem položaju od međunarodnih sudaca dati mišljenje o točnom sadržaju koncepta „zaštite ugleda i prava drugih“, te da ocijene bi li koja mjera, po članku 10 § 2, predstavljala neopravdano umanjivanje prava drugih na slobodu izražavanja.

40. Država je nadalje naglasila da su domaći sudovi pažljivo i temeljito istražili zahtjeve Konvencije i prijašnje slučajeve Suda, te da su izveli test razmjernosti u potpunom skladu sa standardima Konvencije i načelima uključenima u članku 10.

(c) Umješak, kao treća strana

41. *Interights* (Međunarodni centar za pravnu zaštitu ljudskih prava) i Međunarodna komisija pravnika, pozivajući se na precedentno pravo Suda, između ostaloga, podnijeli su i sljedeće.

42. Usprkos rasprostranjenosti homofobnog govora mržnje, ni na europskoj razini ni na međunarodnoj političkoj razini još se nije uspjelo izraditi partikularne standarde za bavljenje tim problemom. Iako Sud ima dobro razvijeno precedentno pravo koje se odnosi na dopustivost restrikcija na pravo izražavanja, još uvijek nije pronašao priliku

razviti sveobuhvatan pristup govoru mržnje, koji je uperen na pojedinca ili skupinu uslijed seksualne orijentacije. Sud je, međutim, ponavljao da je diskriminacija na temelju seksualne orijentacije jednako ozbiljna kao i diskriminacija na temelju rase, podrijetla, boje kože, ili spola. Sud je također već ocijenio nekompatibilnima određene zakone koji se odnose na homoseksualnost, najnižu dopustivu dob pristanka na seksualne odnose, vojnu službu, posvajanje djece, skrb nad djecom i nasljedstvo, a kojima se diskriminira na temelju seksualne orijentacije.

43. Kod analiza razmjernosti, koje je Sud napravio na temelju članka 10 § 2 Konvencije, sredstvo komunikacije je važan čimbenik, budući da je utjecaj govora razmjeran veličini ciljne skupine kojoj je namijenjen. Iz toga slijedi da kada je osporeni govor namijenjen većem auditoriju, potrebno je više opreza pri korištenju sredstava komunikacije. Međutim, kao što je Sud ustvrdio, kada su u pitanju djeca i adolescenti, određene restriktivne mjere mogu biti nužne kako bi bili spriječeni štetni utjecaji na moral tih skupina.

(...)

45. Seksualna orijentacija treba se tretirati na isti način kao i kategorije kao što su rasa, etnicitet i religija, koje su redovito pokrivene zakonima o govoru mržnje i zakonima o nedjelima iz mržnje, jer je seksualna orijentacija osnovna karakteristika za osjećaj osobnosti. Štoviše, seksualna orijentacija služi kao oznaka skupnog identiteta.

46. Kada je određena skupina izdvojena radi diskriminacije i viktimiziranja, zakonima o govoru mržnje trebaju se zaštititi one karakteristike koje su osnovne za identitet osobe, i koje su korištene kao dokaz pripadnosti određenoj skupini. Stoga, restrikcije na slobodu izražavanja trebaju biti dopustive u slučajevima kada je cilj govora ponižavati, vrijeđati, ili poticati na mržnju prema drugim osobama ili skupinama zbog njihove seksualne orijentacije sve dok su takve restrikcije u skladu s dobro utvrđenim načelima Suda.

2. Ocjena Suda

47. Sud utvrđuje, a s time su se načelno složile i strane u procesu, da je kažnjavanje podnositelja tužbe bilo kršenje njihovog prava na slobodu izražavanja, koje je zajamčeno člankom 10 § 1 Konvencije.

48. To kršenje predstavlja kršenje Konvencije ukoliko nije u skladu s načelima članka 10 § 2. Stoga, treba odrediti je to kršenje

bilo „propisano zakonom“, da li je to bilo radi postizanja jednog ili više legitimnih ciljeva navedenih u paragrafu, te da li je bilo „nužno u demokratskom društvu“.

(a) Zakonitost i legitimni cilj

49. Sud zapaža da su podnositelji tužbe osuđeni za agitaciju protiv nacionalne ili etničke skupine u skladu s člankom 8 poglavlja 16 švedskog Kaznenog zakona (vidjeti paragraf 18 gore) zbog toga što je njihovo navodno nedjelo uključivalo izjave kojima se prijetilo ili kojima se iskazivalo prezir prema skupini ljudi zbog njihove seksualne orijentacije. Stoga Sud smatra da je osporeno kršenje bilo dovoljno jasno i očekivano te, prema odredbama Konvencije, „propisano zakonom“. Sud nadalje smatra da je kršenje bilo radi legitimne svrhe, to jest radi „zaštite ugleda i prava drugih“, što je u skladu sa sadržajem članka 10 § 2 Konvencije.

(b) Nužnost kršenja

50. Ostaje da Sud utvrdi da li je kršenje bilo „nužno u demokratskom društvu“.

51. Test „nužnosti u demokratskom društvu“ zahtijeva da Sud odredi da li je dotično kršenje bilo radi „nužne društvene potrebe“. Pri ocjeni da li takva potreba postoji, zemlje potpisnice imaju raspoloživ širok raspon diskrecije, ali to podliježe europskom nadzoru kojim su obuhvaćeni zakonski okvir i odluke sudova, uključujući i odluke neovisnih sudova. Stoga je Sud ovlašten dati konačnu odluku o tome da li je određena „restrikcija“ slobode izražavanja u skladu sa sadržajem članka 10 kojim je zaštićena sloboda izražavanja (vidjeti, između ostalog, *Pedersen i Baadsgaard protiv Danske* [GC], broj 49017/99, § 68, ECHR 2004-XI).

52. Kada Sud, po članku 10, ocjenjuje način primjene raspona diskrecije u odlukama nacionalnih vlasti, mora uzeti u obzir slučaj kao cjelinu, uključujući i sadržaj komentara podnositelja tužbe, kontekst u kojem su oni te komentare koristili, da li je dotično kršenje prava na izražavanje bilo „razmjerno“ legitimnim ciljevima, i da li su priložene izlike za to „relevantne i dostatne“ (vidjeti, između ostalih precedenata, *Pedersen i Baadsgaard*, naveden gore, §§ 69 i 70, te *Kobenter i Standard Verlags GmbH protiv Austrije*, broj 60899/00, § 29, od 2. studenog 2006.).

53. Sud nadalje ponavlja da sloboda izražavanja vrijedi ne samo za informacije ili ideje, koje su ugodne, ili koje se smatraju neuvredljivima ili neutralnima, nego i za one koje su uvredljive, šokantne ili uznemirujuće. Kao što je navedeno u članku 10, u vezi s tom slobodom ima i izuzetaka koji se, međutim, trebaju precizno formulirati, te svaka potreba za restrikcijama treba biti uvjerljiva (vidjeti, između ostalih precedenata, *Pedersen i Baadsgaard*, naveden gore, § 71).

54. Sud utvrđuje da su podnositelji tužbe podijelili letke s ciljem pokretanja rasprave o nedostatku objektivnosti obrazovanja u švedskim školama. Sud se slaže s Vrhovnim sudom da, iako je to prihvatljiva svrha, treba razmotriti značenje sadržaja letaka. Sud zamjećuje da je po sadržaju letaka homoseksualnost „devijantna spolna sklonost“, te da ima „moralno štetan učinak na tkivo društva“. Na letcima je također navedeno da je homoseksualnost jedan od glavnih razloga uslijed kojih su HIV i AIDS uzeli maha, te da „homoseksualni lobi“ pokušava umanjivati štetnost pedofilije. Prema mišljenju Suda, iako te izjave nisu izravno poticale pojedince da počine nedjela iz mržnje, one predstavljaju ozbiljne i predrasudne navode.

55. Štoviše, Sud ponavlja da poticanje na mržnju nužno ne uključuje i poziv na nasilničko ponašanje ili ostala kaznena nedjela. Napadi na osobe ili određene skupine populacije, vršeni kroz vrijeđanje, ismijavanje i klevetanje, mogu biti dostatni za vlasti da odluče suzbijati rasistički govor kada su suočene s neodgovornim ostvarivanjem prava na slobodu izražavanja (vidjeti *Féret protiv Belgije*, broj 15615/07, § 73, od 16. srpnja 2009.). U ovom smislu, Sud naglašava da je diskriminacija na temelju seksualne orijentacije jednako ozbiljna kao i diskriminacija na temelju rase, podrijetla ili boje kože (vidjeti, između ostalog, *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi 33985/96 i 33986/96, § 97, ECHR 1999-VI).

56. Sud također uzima u obzir to da su letci ostavljeni u ormarićima mladih ljudi koji su osjetljive dobi podložnoj dojmovima i koji nisu imali priliku odbiti ih primiti (vidjeti, uz nužne izmjene, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, od 7. prosinca 1976., § 52, Serija A, broj 24). Štoviše, letci su podijeljeni u školi, koju niti jedan od podnositelja tužbe nije pohađao, i gdje nisu imali slobodan pristup.

57. Razmotrivši pristup domaćih sudova prilikom odlučivanja o tome da li postoji „nužna društvena potreba“ za dotično kršenje, te razmotrivši razloge koje su vlasti navele kao opravdanje za dotično kršenje, Sud zapaža slijedeće. Vrhovni sud je priznao podnositeljima tužbe pravo na izražavanje svojih ideja, ali istovremeno je naglasio da

ljudi zajedno sa slobodama i pravima imaju i obveze; jedna takva obveza je izbjegavati u najvećoj mogućoj mjeri izjave koje su neopravdano uvredljive za druge, što bi predstavljalo napad na prava drugih. Također je naglasio da su podnositelji tužbe letke ostavili u ormarićima učenika, nametnuvši ih tako učenicima. Odvagnuvši sve relevantne čimbenike, Vrhovni sud nije našao razlog ne primijeniti navedeni članak Kaznenog zakona.

58. Konačno, važne komponente koje treba uzeti u obzir prilikom procjene razmjernosti kršenja slobode izražavanja jesu priroda i veličina izrečenih sankcija (vidjeti *Ceylan protiv Turske* [GC], broj 23556/94, § 37, ECHR 1999-IV; *Tammer protiv Estonije*, broj 41205/98, § 69, ECHR 2001-I; te *Skayka protiv Poljske*, broj 43425/98, §§ 41 - 42, od 27. svibnja 2003.). Sud zapaža da podnositelji tužbe nisu kažnjeni zatvorskim kaznama iako je za nedjelo za koje su osuđeni određena kazna od do dvije godine zatvora. Umjesto toga, trojica njih osuđeni su na uvjetne kazne uz globe u iznosu 200 do 2.000 eura, a četvrti podnositelj tužbe osuđen je na rok kušnje. Sud u danim okolnostima ne smatra ove kazne pretjeranima.

59. Obazirući se na prethodno, Sud smatra da osuđivanje podnositelja tužbe i izrečene im kazne nije bilo nerazmjerno u odnosu na ciljnu legitimnu svrhu, te da su razlozi, koje je Vrhovni sud naveo kao obrazloženje za te mjere, bili relevantni i dostatni. Kršenje prava podnositelja tužbe na slobodu izražavanja može se stoga od strane nacionalnih vlasti opravdano smatrati nužnim u demokratskom društvu s ciljem zaštite ugleda i prava drugih.

60. Prethodne činjenice su dostatne da Sud zaključi da tužba ne pokazuje kršenje članka 10 Konvencije.

II. NAVEDNO KRŠENJE ČLANKA 7 KONVENCIJE

61. Podnositelji tužbe su se tužili da su bili osuđeni za nedjelo koje nije propisano zakonom. Oni su se pozvali na članak 7 Konvencije u čijem relevantnom dijelu stoji:

„Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutrašnjem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je kazneno djelo počinjeno.“

62. S obzirom na nalaz po članku 10 da su osporene mjere bile „propisane zakonom“ i u skladu s Konvencijom (vidjeti paragraf 49 gore), Sud utvrđuje da ovaj dio tužbe, budući evidentno krivo utemeljen, treba biti proglašen neprihvatljivim po Članku 35 §§ 3 a) i 4 Konvencije.

USLIJED NAVEDENIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. Pritužbu po članku 10 proglašava prihvatljivom, a ostatak tužbe neprihvatljivim;

2. Drži da nije bilo kršenja članka 10 Konvencije.

Napisano na engleskom te, u skladu s Odredbom 77 §§ 2 i 3 Sudskog poslovnika, pismeno priopćeno 9. veljače 2012.

Dean Spielmann, *predsjednik*

Claudia Westerdiek, *registratorica, predsjednica odsjeka Sudske pismohrane*

U skladu s Člankom 45 § 2 Konvencije i Odredbom 74 § 2 Sudskog poslovnika, slijedeća zasebna mišljenja pridodana su ovoj presudi:

(a) suglasno mišljenje suca Spielmanna, uz pridruženo mišljenje sutkinje Nußberger;

(b) suglasno mišljenje suca Zupančiča;

(c) suglasno mišljenje sutkinje Yudkivske, uz pridruženo mišljenje suca Villigera.

Dean Spielmann

Claudia Westerdiek

SUGLASNO MIŠLJENJE SUCA SPIELMANNA, UZ PRIDRUŽENO
MIŠLJENJE SUTKINJE NUßBERGER

1. Moram priznati da sam uz najveće moguće oklijevanje glasao za to da nije bilo kršenja članka 10 Konvencije.

...

4. Sporni letci nesumnjivo su sadržavali izjave koje su potpuno neprihvatljive. Međutim, ujednačavanje sadržaja tih letaka s govorom mržnje, prema našoj sudskoj praksi, zahtijeva snažno opravdanje. Po mojem mišljenju, uspostavljanje takve veze pukim pozivanjem na precedent ³ *Smith i Grady* (paragraf 55 kao zaključak) nije dostatno. Svakako, dotične izjave trebale su biti točnije definirane, imajući na umu da po članku 17 Konvencije govor mržnje u pravom smislu izraza nije obuhvaćen člankom 10. Dakle, trebalo je pažljivo i duboko analizirati svrhu dotičnih izjava. Kao što je to već ukazano, Vrhovni sud je svrhu (pokretanje rasprave) ocijenio prihvatljivom. Međutim, domaći su sudovi trebali temeljitije procjenjivati da li se možda iza vidljivog cilja krije agenda kojoj je svrha ponižavati, vrijeđati ili poticati na mržnju protiv određene osobe ili skupine osoba uslijed njihove seksualne orijentacije. U aktualnom slučaju, Vrhovni sud, prihvativši da je akcija podnositelja tužbe imala legitimnu svrhu, dakle pokretanje rasprave o temi koja je od javnog interesa, okarakterizirao je sporne izjave, ne bez neslaganja, „nepotrebno uvredljivima“. Vrhovni sud nadalje je opravdao kršenje prava podnositelja tužbe na izražavanje svojih ideja, naglašavajući da slobode i prava idu ruku pod ruku s obvezama, jedna od kojih je „izbjegavati u najvećoj mogućoj mjeri davati izjave koje su neopravdano uvredljive za druge, budući da davanje takvih izjava predstavlja napad na prava drugih“ (paragraf 57 presude).

5. To je dosta slabo razrađen test koji mi se čini da nije u skladu s dobro etabliranom praksom našega Suda, koja datira od *Handyside* slučaja (*Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. prosinca 1976.).

6. Ipak, iako jako nevoljko, složio sam se s time da nije bilo kršenja budući da se dijeljenje letaka odigralo u školi koju niti jedan od podnositelja tužbe nije pohađao, i u kojoj nisu imali slobodan pristup (paragraf 56). Neosporno je da „dotično mjesto dijeljenja letaka“, i

prema švedskom zakonu, nije inkriminirajući faktor, nego je dio vanjskog elementa nedjela, niti je otegotna okolnost. Međutim, činjenične okolnosti dijeljenja tih letaka bitne su za primjenu raspona diskrecije u dotičnom slučaju o kojem je s pravom istaknuto u paragrafu 58 da kazne nisu bile niti pretjerane, niti nerazmjerne. Kao što je istaknuto u paragrafu 56, letci su bili u ormarićima učenika koji su u osjetljivoj dobi podložnoj dojmovima i koji nisu imali mogućnost da ih odbiju primiti. Ističući da su članovi LGBT zajednice širom Europe suočavani s duboko ukorijenjenim predrasudama, neprijateljstvima i raširenom diskriminacijom, u ovom kontekstu također bih htio spomenuti Rezoluciju usvojenu od strane Vijeća ministara 21. listopada 2009. u vezi sa zajedničkom pritužbom broj 45/2007, koja sadrži nalaze Europskoga vijeća za socijalna prava, i kojom se priznaje da izjave homofobne prirode doprinose ozračju punom neprijateljstava i nasilja naspram seksualno drugačije orijentiranih manjina. Ispitavši sadržaj obrazovanja o spolnom i reproduktivnom zdravlju u školama, Europsko vijeće za socijalna prava otkrilo je kršenje članka 11 § 2 Europske socijalne povelje, to jest odredbe koja se odnosi na nediskriminaciju, te je u svom izvješću kritiziralo određene odlomke iz obrazovnih materijala osiguranih od države u kojima stoji: „... sada je postalo jasno da su homoseksualni odnosi glavni krivac za sve veće širenje spolno prenosivih bolesti (na primjer AIDS-a).“, ili „Bolest (AIDS) je raširena među promiskuitetnim skupinama ljudi koji često mijenjaju svoje seksualne partnere. U te skupine spadaju homoseksualci uslijed spolnih kontakata s brojnim partnerima, ovisnici o drogama uslijed zajedničkog korištenja zaražene opreme za ubrizgavanje, te prostitutke.“ S pravom je istaknuto da „ovakve izjave stigmatiziraju homoseksualce te se temelje na negativnim, iskrivljenim, prijekora vrijednim i ponižavajućim stereotipovima o seksualnom ponašanju svih homoseksualaca.“ (Rezolucija CM/ResChS(2009)7, Zajednička pritužba broj 45/2007 protiv Hrvatske podnesena od strane Međunarodnoga centra za zaštitu ljudskih prava (INTERIGHTS). Štoviše, u Preporuci CM/Rec(2010)5 Vijeća ministara državama članicama o mjerama za borbu protiv diskriminacije na temelju seksualne orijentacije ili spolnoga identiteta (31. ožujka 2010) stoji da je potrebna specifična akcija kako bi se osiguralo potpuno uživanje ljudskih prava od strane LGBT osoba u skladu s načelima članka 10 Konvencije⁹, te da su nediskriminatorni tretman od strane državnih aktera uključujući i nedržavne aktere kao i prikladne pozitivne mjere od strane države za zaštitu protiv diskriminatornih tretmana temeljne komponente međunarodnoga sustava zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.

7. Također ne treba zaboraviti da stvarni problemi nastali ho-

mofobnim ili transfobnim nasiljem u obrazovnim sredinama mogu, po stavku 2 članka 10, opravdati restrikcije slobode izražavanja. I doista, prema studijama provedenima u zemljama članicama, koje su bile potkrijepljene određenim istraživanjima koje su provele državne vlasti, LGBT učenici trpe nasilje i od vršnjaka i od nastavnika.¹⁰

8. Radi ove pozadine i uzevši u obzir sve ostale aspekte, zadovoljan sam zaključkom presude, koja se odnosila na dijeljenje letaka u školi i sa sadržajem usmjerenim protiv homoseksualne zajednice, prema kojoj nije prekršen članak 10 Konvencije.

SUGLASNO MIŠLJENJE SUCA BOŠTJANA ZUPANČIĆA

1. Uz određeno oklijevanje glasao sam za to da nije bilo kršenja članka 10 Konvencije. S ovim zaključkom u ovom slučaju složio bih se bez oklijevanja da je presuda bila utemeljena pretežno na paragrafu 56.

...

2. U ovom smislu, aktualni slučaj može se smisleno usporediti sa slučajem *Snyder protiv Phelps i drugih*, 562 U.S.____ (2011) o kojem je presudio Vrhovni sud Sjedinjenih Država prošle godine. U *Snyder* slučaju, na oko 300 metara udaljenosti od crkve gdje se odvijao sprovod sina gospodina Snydera, desetnika Matthew Snydera koji je poginuo na dužnosti u Iraku, zbivala se demonstracija protiv homoseksualnosti, koja je bila puno žešćeg karaktera od događanja u našem aktualnom slučaju. ...

3. Američki Vrhovni sud zauzima vrlo liberalna stajališta kada su u pitanju sadržaji kontroverznih poruka. To da je izjava evidentno neprikladnog ili kontroverznog karaktera „*je irelevantno kada se radi o pitanju od javnog interesa*“¹¹. Drugim riječima, sloboda govora u *Snyder* slučaju, koji je, iz jačih razloga, slučaj nanošenja štete, nije podlijevala ograničavajućim čimbenicima kao što je razmjernost sve dok se dotično pitanje „*moglo opravdano smatrati da je stvar bilo kojeg političkog, društvenog, ili nekog drugog interesa za zajednicu*“. „*Govor o temama od javnog interesa zauzima najviši položaj u hijerarhiji vrijednosti Prvog amandmana, te je posebno zaštićen*“.¹²

4. Štoviše, američki Vrhovni sud je postavio više standarde za primjenu zakona u takvim slučajevima kako bi bili potpuno u skladu s ustavom. Prvo, sud mora izbjegavati diskriminaciju prema sadržaju (to jest, država ne smije zabranjivati žestoki govor ili proganjati osobe

koje se njime služe samo kada je takav govor dio nekog „nemilog“ govora o nekoj temi), i drugo, sud mora izbjegavati diskriminaciju prema stajalištima (to jest, država ne smije zabranjivati žestoki govor ili proganjati osobe koje se njime služe samo kada se takvim govorom izražava samo jedno određeno stajalište).¹³ Da je ovaj američki dvostruki test bio primijenjen na aktualni slučaj, zakon po kojem je ovaj slučaj riješen ne bi prošao niti jedan od ova dva testa, pogotovu drugi, drugim riječima, da su podnositelji tužbe svojim letcima branili homoseksualnost, i da su se okomili na „pokvarene homofobe“, vjerojatno ne bi bili osuđeni.

5. Kada se radi o našem slučaju, mi smo se oslonili na drugačiju vrstu logike, baš kao i švedski Vrhovni sud, za koji je relativno bezazlen sadržaj letaka bio razlog za kazneni progon što je konačno rezultiralo osuđivanjem i kažnjavanjem.

6. Ako usporedimo oba slučaja, mogli bismo zaključiti da je američki pristup slobodi govora, koja proizlazi iz Prvog amandmana, možda krut. S druge strane, mogli bismo sa sigurnošću zaključiti iz gore navedenih navoda iz presude švedskog Vrhovnog suda od 6. srpnja 2006. da je njihov pristup preosjetljiv kada su u pitanju postulati slobode govora.

7. Po mojem mišljenju to je kulturno uvjetovana rasprava, te nije nužna u situaciji gdje čak i švedski Vrhovni sud, u svom čuvenom slučaju o govoru pastora u sklopu propovijedi (NJA 2005, stranica 805), oslobodio optuženika, smatrajući da bi njegovo osuđivanje bilo suprotno Konvenciji.

8. Po usporedivim smislovima ustavnih zakona, slučaj o propovijedi švedskog pastora temelji se na poimanju zarobljenog auditorija.¹⁵

9. Zarobljeni auditorij je taj koji se nađe u situaciji kojoj ne može izbjeći i u kojoj je bombardiran informacijama koje su nedobrodošle nekim pojedincima u auditoriju. Ako je u tom smislu auditorij u crkvi zarobljen zato što pojedinac ne može izbjeći nepoželjnom verbalnom bombardiranjem, onda u našem slučaju to da su letci ostavljeni u ormarićima učenika u školi, dakle mladih ljudi koji također nisu mogli izbjeći stvorenu situaciju, svakako je odlučujući čimbenik. ...

10. Istina je da se prostorije izvan onih u kojima se izvodi nastava u srednjim školama ne mogu smatrati primarnim okruženjem gdje postoji zarobljeni auditorij u istom smislu kao i u slučaju propovijedi pastora, no ipak, takve su prostorije svakako zaštićene na način da

samo oni ovlašteni za distribuiranj informacija mogu to i učiniti, zato držim da bih se bio u potpunosti složio s presudom da je bila bazirana isključivo (ili barem pretežno) na okolnosti iz paragrafa 56 presude.

...

12. Čini se da u aktualnom slučaju idemo predaleko u ograničavanju slobode govora na temelju razmjernosti i elemenata govora mržnje, time što precjenjujemo važnost onoga što je rečeno. Drugim riječima, da su iste riječi i izrazi bili napisani u novinama kao što je Svenska Dagbladet, vjerojatno se ne bi smatralo da su predmet za kazneni progon i osuđivanje.

SUGLASNO MIŠLJENJE SUTKINJE YUDKIVSKE, UZ PRIDRUŽENO MIŠLJENJE SUCA VILLIGERA

1. Za mene nije bilo poteškoća složiti se s ocjenom da članak 10 nije prekršen.

2. Međutim, žalim što je Sud propustio priliku „konsolidirati svoj pristup prema govoru mržnje“, usmjerenim protiv homoseksualaca, kao što je to komentirao i umješac kao treća strana. Nadalje, složili smo se da „iako Sud još nije obradio to gledište, homofobni govor također spada u to što se može smatrati određenom kategorijom „govora mržnje“¹⁸, ali što nije u okviru članka 10“.

3. Iako u međunarodnom zakonu ne postoji utanačena definicija govora mržnje, Vijeće ministara Vijeća Europe bilo je vrlo jasno u svojoj preporuci broj R (97) 20, gdje stoji: pojam „govor mržnje“ treba razumjeti kao „*pojam koji pokriva sve vrste izražavanja kroz koje se širi, potiče, zagovara ili opravdava mržnja prema rasama, ksenofobija, antisemitizam ili drugi oblici mržnje, kojima je osnova netolerancija*“.

4. U aktualnom slučaju, podnositelji tužbe opisali su homoseksualnost kao „devijantnu seksualnu sklonost“, te optužili su homoseksualce da imaju „moralno štetan učinak na tkivo društva“ te da su „glavni razlog za širenje HIV-a i AIDS-a“. Po meni, te optužbe jasno spadaju u okvir gore navedene definicije.

5. Ali, u paragrafu 54, većina smatra da izjave koje „izravno ne potiču pojedince počiniti nedjela iz mržnje“ mogu biti opisane kao „ozbiljni i predrasudni navodi“, a ne kao govor mržnje.

6. Čini se da je to američki pristup, po kojem je govor mržnje zaštićen sve dok ne postoji opasnost da će kroz njega neminovno biti izazvano nasilje. To je vrlo visok prag, i zbog dobro poznatih političkih i povijesnih razloga, današnja Europa ne može sebi priuštiti luksuz takve vizije o vrijednosti tako bitne stvari kao što je sloboda govora.

7. Jasno je da, kao što je to i Sud često naglašavao, sloboda izražavanja čini jedan od najvažnijih temelja demokratskoga društva te da je jedan od osnovnih preduvjeta za napredak društva i za samoispunjenost svakog pojedinca (vidjeti, među mnogim drugim precedentima, *Rekvényi protiv Mađarske* [GC], broj 25390/94, § 42, ECHR 1999-III). Međutim, Sud je također isticao da zlouporaba slobode izražavanja nije kompatibilna s demokracijom i ljudskim pravima te da se takvom zlouporabom krše prava drugih (vidjeti (*pokojni*) *Witzsch protiv Njemačke*, broj 4785/03, 13. prosinca 2005.).

8. Ne smatram da su optužbe da su homoseksualci devijantne osobe, i odgovorni za širenje HIV-a i AIDS-a, u skladu s vrijednostima Konvencije. Postoji tek tanka linija koja dijeli zlouporabu govora i poticanje na nasilje, te takve optužbe mogu potaknuti nasilje protiv njih. Iako u paragrafu 54 većina podržava tvrdnju da je namjera podnositelja tužbe bila potaknuti raspravu o nedostatku objektivnosti obrazovanja u švedskim školama, teško je smatrati da je sadržaj letaka bio namijenjen samo pokretanju rasprave o temi koja je od javnog interesa, budući da se više čini da su oni htjeli raširiti svoje stavove među tinejdžerima, dakle mladim ljudima koji su podložni različitim utjecajima.

9. Većina je zaključila da je osuđivanje podnositelja tužbe iz aktualnog slučaja uslijedilo radi opravdanog cilja, to jest radi zaštite ugleda i prava drugih. Zapravo, slučajevi poput ovog ne bi trebali poslužiti samo za balansiranje odnosa između slobode govora podnositelja tužbe i prava ciljne skupine na zaštitu svojega ugleda. Govor mržnje je razoran za demokratsko društvo kao cjelinu budući da se „kroz predrasudne poruke može ostvarivati određeno vjerovanje u ciljeve takvih poruka, popratni rezultat čega je diskriminacija ili čak možda nasilje protiv manjinskih skupina“,¹⁹ te zato ne smije biti zaštićen.

...

11. Naše tragično iskustvo iz prošloga stoljeća pokazuje da se rasističkim i ekstremističkim stavovima može stvarati puno više štete nego što se to stvara ograničenjima slobode izražavanja. Statistike o zločinima iz mržnje pokazuju da propagiranje mržnje uvijek prouzrokuje štete, bile one trenutačne i izravne, ili potencijalne. Ne smije

se čekati da opasnost od govora mržnje rezultira stvarnim i izravnim posljedicama za demokratsko društvo.

12. Citirati ću riječi istaknutog američkog ustavotvorca Alexandra Bickela: „Ova vrsta govora predstavlja napad. Jednako važno ili važnije jest to da ova vrsta govora može stvoriti klimu ili okruženje, u kojima će ponašanje i postupci koji prije nisu bili ostvarivi postati ostvarivi, i u kojima će se sve moći govoriti i činiti.“²¹

³ *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, brojevi 33985/96, ECHR 1999-VI.

⁹ 6. *Države članice trebaju poduzeti odgovarajuće mjere kako bi suzbile sve oblike izražavanja, uključujući i one u medijima i na Internetu, za koje se razumno smatra da će vjerojatno imati učinak poticanja, širenja, ili zagovaranja mržnje ili ostalih oblika diskriminacije protiv homoseksualaca, homoseksualki, biseksualaca i transseksualaca. Takav „govor mržnje“ treba biti zabranjen i javno odbačen kadgod se pojavi. Svim navedenim mjerama treba se poštovati temeljno pravo na slobodu izražavanja u skladu s člankom 10 Konvencije te u skladu s praksom Suda.* (dodani naglašeni tekst)

¹⁰ Pogledati nedavni izvještaj Povjerenika za ljudska prava, Thomasa Hammarberga, *Diskriminacija po osnovi seksualne orijentacije i spolnog identiteta u Europi*, Strasbourg, Vijeće Europe, 2011, stranica 114 i dalje, s opsežnim rezultatima istraživanja.

¹¹ Citiranje slučaja *Rankin protiv McPhersona*, 483 U.S. 378, 387, stranice 5-7.

¹² Citiranje slučaja *Connick protiv Myersa*, 461 U.S. 138, 145 i 146.

¹³ Slučaj *R.A.V. protiv Saint Paula*, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁵ Dotični pojam razvijen u slučaju *Rowan protiv pošta*, 397 U.S. 728, 736 - 738, i u slučaju *Frisby i Schultz*, 487 U.S. 474, u stranicama 484 - 485.

¹⁸ Vidjeti „Priručnik o govoru mržnje“, autorice Anne Weber, publikacija Vijeća Europe.

¹⁹ Presuda Vrhovnoga suda Kanade u slučaju *R. protiv Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

...

²¹ Alexander M. Bickel, Udomaćena građanska neposlušnost: Prvi amandman, od dokumenata u Sullivanu do dokumenata u Pentagonu, u knjizi: Moralnost pristanka, stranice 72-73 (1975).



 This is a Domino project.

Publikacija je nastala u suradnji sa Centrom za mirovne studije, Zagreb Pridom i Centrom za LGBT ravnopravnost.



[Centar za **mirovne** studije]



CIP zapis dostupan u računalnome katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 805518

ISBN 978-953-7730-09-3

Zagreb, prosinac 2011.



Publikacija je nastala uz financijsku podršku Europske Unije; Europska komisija – jedinica za zapošljavanje, socijalna pitanja i jednake mogućnosti u sklopu programa financiranja Progress.

