

Др Дарко ДИМОВСКИ*

Правни факултет Универзитета у Нишу

ДОИ: 10.5937/bezbednost2002082D

УДК: 342.726-055.3:341.645(4)

Прегледни научни рад

Примљен: 17. 3. 2020. године

Ревизија: 23. 6. 2020. године

Датум прихватања: 5. 8. 2020. године

Хомосексуалност у пракси европског суда за људска права¹

***Апстракт:** Аутор се у раду бави случајевима хомосексуалности из праксе Европског суда за људска права. Осим што наводи најзначајније случајеве, аутор указује на утицај ставова тог суда на нормативни оквир држава које су прекршиле права загарантована Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама. На тај начин могуће је пратити еволуцију закона у појединим државама чланицама кроз призму декриминализације хомосексуалности или престанка дискриминације хомосексуалаца.*

***Кључне речи:** хомосексуалност, Европски суд за људска права, пракса.*

Увод

Од почетка људске историје хомосексуалност изазива бројне контроверзе, иако су постојали периоди када је био друштвено прихватљив. Поред античког доба, када је однос друштва према хомосексуалцима био толерантан,² још се само савремено доба одликује већим степеном толеранције према сексуалним мањинама. Међутим, без обзира на истицање људских права као основе бивствовања савремених држава, хомосексуалци се и даље суоча-

* darko@prafak.ni.ac.rs

¹ Овај рад представља резултат теоријског истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу

² Више видети: Mondimore, F. M., A Natural History of Homosexuality, JHU Press, Baltimore, 1996

вају са бројним предрасудама и кршењем својих права. И даље постоје државе у којима су на снази тзв. хомосексуални закони, који представљају правни основ за кажњавање хомосексуалаца. Хомосексуалци су уједно и жртве дискриминације и различитих облика злочина из мржње, и то не само у државама које нису направиле никакав помак у побољшању положаја ЛГБТ популације, већ и у онима које су, гледајући законодавни оквир, оствариле велику заштиту права ових особа.

Један од механизма заштите права хомосексуалаца јесте могућност обраћања Европском суду за људска права у случају повреде права прописаних Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама. Као резултат њихове историје и константног испољавања предрасуда, насиља и дискриминације, хомосексуалци и други припадници ЛГБТ заједнице постали су група којој су права из Конвенције посебно угрожена. С тим у вези, предмет анализе овог научног чланка биће случајеви Суда у којима су поједине државе чланице Савета Европе окарактерисале хомосексуалност као противправни чин.

Пракса Суда у погледу инкриминације хомосексуалности

Први случај који је значајан за анализу инкриминације хомосексуалности кроз призму права из Конвенције, јесте *Dudgeon v. the United Kingdom*.³ Џефри Дагон (Jeffrey Dudgeon) је бродар из Белфаста, хомосексуалац чије су притужбе биле усмерене пре свега против закона Северне Ирске који инкриминишу одређене добровољне хомосексуалне односе између одраслих мушкараца. Према сопственим доказима, он је од 14. године био свестан своје хомосексуалности. Већ неко време учествовао је у кампањи за усклађивање закона Северне Ирске са оним који је био на снази у Енглеској и Велсу, уз смањење година за својевољан улазак у хомосексуалну везу. Полиција је претресла његов стан, запленила одређена документа у којима су описане хомосексуалне активности, и привела га. Међутим, одлучено је да вођење кривичног поступка против њега није у јавном интересу.

³ *Dudgeon v. the United Kingdom*, app. no. 7525/76

Иако релевантни, разлози које је Влада навела нису довољни да оправдају одржавање на снази закона који су криминализовали приватне хомосексуалне односе између одраслих мушкараца. Конкретно, морални став према мушкој хомосексуалности у Северној Ирској, као ни забринутост да би свака измена у закону имала за последицу нарушавање постојећих моралних стандарда, не би требало да у толикој мери утичу на приватан живот. „Декриминализација“ не подразумева подршку, а бојазан да би неки делови становништва из реформе законодавства могли извести погрешне закључке није довољан разлог за одржавање тих закона на снази. Ограничење које је господину Даџону наметнуто сасвим је несразмерно циљевима који се желе постићи. Према мишљењу Комисије, такво мешање у приватан живот може бити оправдано само ако је неопходно за заштиту права других, нпр. уколико га спречава да има сексуалне односе са мушкарцима млађим од 21 године. Овај закључак је Влада прихватила и усвојила, али га је оспоравао сам Даџон, сматрајући да старостна граница за мушке хомосексуалне односе треба да буде иста као и за хетеросексуалне и женске хомосексуалне односе, односно 17 година према важећем закону Северне Ирске. Суд је већ признао оправдану потребу да у демократском друштву постоји одређени степен контроле над хомосексуалним понашањем, посебно како би се обезбедиле мере заштите од експлоатације оних који су посебно рањиви, нпр. због своје младости. Међутим, у првом реду је на националним властима да одлуче о одговарајућим заштитним мерама које су потребне за одбрану морала у њиховом друштву, и нарочито да утврде старосно доба у којем би млади требало да имају кривичноправну заштиту. Другим речима, Суд је нашао да је ограничење које је наметнуто подносиоцу жалбе, због његове ширине и апсолутности карактера, као и озбиљности могућих казни, било несразмерно циљевима који се желе постићи – заштита права и слободе других и заштита морала. На основу свега наведеног, Суд је закључио да је г. Даџон претрпео и наставља да трпи неоправдано мешање у своје право на поштовање приватног живота, те стога постоји кршење члана 8 Конвенције.

Слична ситуација је била у пресуди *Norris v. Ireland*.⁴ Господин Дејвид Норрис (David Norris), рођен 1944. године, радио

⁴ *Norris v. Ireland*, app. no. 10581/83

је као предавач енглеског језика на Тринити колеџу у Даблину, а био је и члан ирског парламента. Декларисао се као хомосексуалац, и од 1971. године борио се за њихова права. Три године касније постао је оснивач и председник ирског покрета за права хомосексуалаца. У новембру 1977. покренуо је поступак пред Врховним судом, тврдећи да нормативни оквир који инкриминише својевољне хомосексуалне везе између одраслих мушкараца није више на снази због дејства члана 50 Устава Ирске, у којем је прописано да закони који су донети пре Устава, а нису у складу с њим, нису више на снази. Дао је и доказе да је претрпео дубоку депресију и усамљеност када је схватио да је неповратно хомосексуалан и да ће га сваки искрен израз његове сексуалности изложити кривичном гоњењу. Врховни суд је сматрао да закони којима се за хомосексуално понашање кривично гони, јесу у складу са Уставом и да ниједно право на приватност које обухвата споразумну хомосексуалну активност не може произаћи из „хришћанске и демократске природе ирске државе“ и надвладати предвиђене санкције.

Суд је утврдио да је дошло до кршења члана 8 Конвенције. Наиме, установио је да у Ирској не постоји хитна друштвена потреба да се хомосексуално понашање инкриминише. Што се тиче питања пропорционалности, Суд је сматрао да такво оправдање за задржавање постојећих закона на снази превазилазе штетни ефекти које само постојање дотичних законских одредби може имати на живот особа хомосексуалне оријентације. Иако би део јавности који хомосексуалност сматра неморалном могао бити шокиран, увређен или узнемирен таквим делима, то не може бити довољно за примену кривичних санкција када је у хомосексуалном чину својевољно учествовао пунолетни мушкарац. На основу свега наведеног, Суд је закључио да је прекршен члан 8 Конвенције.

Исти члан прекршен је и у случају *Modinos v. Cyprus*.⁵ Подносилац жалбе био је Алекос Модинос (Alec Modinos), који је у то време био у вези са одраслим мушкарцем. Уједно, био је председник невладине организације која је промовисала права хомосексуалаца. Навео је да осећа велики притисак, као и страх од хапшења и кривичног гоњења због законских одредби које криминализују одређена хомосексуална дела.

⁵ *Modinos v. Cyprus*, app. no. 15070/89

Домаће власти су навеле да ни подносилац жалбе ни било која друга особа, која је у добровољној хомосексуалној вези са одраслим мушкарцем, не могу бити процесуирани према одредбама кривичног законодавства, јер су чланови 171, 172 и 173 КЗ у супротности са Уставом. Такође, од 1981. године државни тужилац, који има искључиву надлежност за покретање и обуставу кривичног поступка, ниједном није покренуо ни дозволио кривично гоњење у вези са таквим хомосексуалним понашањем. С друге стране, г. Модинос је био другачијег мишљења, полазећи од тога да су кипарски министри, говорећи о потреби измена датих одредаба, имплицитно признали њихову важност. Уједно, иако надлежни тужилац није процесуирао овакво понашање, то се у сваком тренутку могло променити.

Суд је био становишта да се политика непроцесиурања за овакво понашање увек може променити, посебно када се имају у виду изјаве владиних министара које сугеришу да су спорне одредбе Кривичног законика и даље на снази. Штавише, како сада ствари стоје, не може се искључити могућност да приватно понашање подносиоца представке буде предмет полицијске истраге, нити да он буде предмет кривичног гоњења. У складу с тим, Суд је сматрао да постојање инкриминације континуирано и директно утиче на приватни живот подносиоца представке и стога постоји мешање. Такође, Суд је тврдио да, без обзира на то што домаће власти у свом поднеску нису покушале да нађу основ за мешање у складу са чланом 8, ставом 2 Конвенције (јер, према њима, мешања није ни било), у конкретном случају постоји кршење члана 8.

Интересантан је и случај *A. D. T. v. The United Kingdom*.⁶ Подносилац представке је хомосексуалац који је, након претреса куће, ухапшен и одведен у локалну станицу, где је признао да одређени видео-снимци заплењени током претреса садрже снимке њега и још неколико одраслих мушкарца како упражњавају сексуалне односе у његовој кући. Против њега је покренут кривични поступак, и осуђен је за грубу непристојност између мушкараца на основу члану 13 Закона о сексуалним злочинима (*Sexual Offences Act*) из 1956. године. Он је сматрао да процесуирање и кажњавање за упражњавање сексуалних односа са одраслим мушкарцима у његовом дому представља мешање у његов приватни живот.

⁶ *A. D. T. v. The United Kingdom*, app. no. 35765/97

Уједно, сматрао је да је прекршен члан 14 Конвенције, јер не постоји нормативни оквир за кажњавање жена или групе хетеросексуалних појединаца укључених у сличне сексуалне активности.

Суд је нашао да постоји мешање у право подносиоца представке на поштовање његовог приватног живота, како у погледу постојања закона који забрањује консензуалне сексуалне радње између више од два мушкарца приватно, тако и у погледу саме осуде. Исто тако, Суд је сматрао да се осуда не заснива на чињеници да су снимљени, већ на самим активностима. Даље, активности су у овом случају биле чисто и искрено приватне у смислу да није постојала стварна вероватноћа да ће видео-снимци бити објављени. У таквим околностима, маргина слободне процене је уска. Суд није нашао хитну друштвену потребу која би могла да оправда било законодавство у предмету било његову употребу у поступку против подносиоца представке, и стога је утврдио кршење члана 8 Конвенције. Уједно, Суд је сматрао да није потребно испитивати случај по члану 14 Конвенције, јер је нашао повреду члана 8.

Предмет анализе биће и случај *Н. С. v. Turkey*.⁷ Подносилац пријаве Н. С. је хомосексуалац. Он није ухапшен, али су у Турској републици Северни Кипар ухапшени хомосексуални и/или бисексуални мушкарци због својевољног упуштања у истополне сексуалне односе. Тврдио је да је претрпео велики стрес и страх од кривичног гоњења због постојања закона који инкриминише својевољне хомосексуалне односе између одраслих мушкараца. Тврдио је да криминализација хомосексуалних односа представља мешање у људско достојанство које представља деградирајуће поступање у смислу члана 3 Конвенције. Уједно, жалио се да одржавање на снази оних одредби Кривичног законика које криминализирају хомосексуалне односе представља неоправдано мешање у његова права заштићена чланом 8 Конвенције. Подносилац представке је такође тврдио да је жртва дискриминације, кршећи члан 14 у вези са чланом 8 Конвенције. Међутим, Влада је навела да су у Северном Кипру извршене измене Кривичног закона, чиме је хомосексуалност декриминилована, и да су измене ступиле на снагу 7. фебруара 2014. године. Он је стога одлучио да повуче представку. Суд је сматрао да се у тим околностима подносилац

⁷ Н.С. v. Turkey, app. no. 6428/12

представке више не може бавити захтевом у смислу члана 37 став 1 Конвенције. Надаље, у складу с чланом 37 став 1, Суд није нашао посебне околности у погледу поштовања људских права установљених Конвенцијом и њеним протоколима које захтевају континуирано испитивање случаја. С обзиром на све наведено, случај је обрисан са листе предмета.

Пракса Суда у погледу инкриминације хомосексуалности између одраслих и малолетника

При анализи праксе Суда у вези са хомосексуалним односима између одраслих особа и малолетника споменућемо две пресуде: *L. and V. v. Austria*⁸ и *S. L. v. Austria*.⁹ У првој пресуди се радило о особама које су осуђене због ступања у својевољне хомосексуалне односе са малолетницима на основу члана 209 Кривичног законика Аустрије, којим се инкриминишу хомосексуални односи са малолетницима од 14. до 18. године живота. У другој пресуди радило се о малолетнику који је постао свестан своје хомосексуалне оријентације када је имао 11 година. Са 15 година био је сигуран у своју хомосексуалност. Како је живео у сеоском подручју, где је хомосексуалност још увек била табу тема, патио је због чињенице да мора да крије своју хомосексуалност. Уједно, пре 18. године живота није могао да ступи у сексуални однос са одраслим партнером због страха да ће та особа бити кривично гоњена на основу члана 209 аустријског КЗ, при чему би био дужан да сведочи о најинтимнијим аспектима свог приватног живота, уз стигматизацију друштва ако се његова сексуална оријентација обелодани.

Влада се ослањала на пресуду Уставног суда од 3. октобра 1989. године у којој је наведена неопходност постојања члана 209 КЗ како би се избегао „опасни притисак“ хомосексуалних односа на сексуални развој младих мушкараца. Међутим, током парламентарне расправе 1995. године о могућем укидању члана 209 КЗ, стручњаци су јасно навели да је потребна иста старост за кривичноправну заштиту од недозвољених сексуалних односа, при чему је посебно истакнуто да је сексуална оријентација у већини случајева утврђена пре пубертетске доби. На тај начин је указано да не

⁸ *L. and V. v. Austria*, app. nos. 39392/98 and 39829/98

⁹ *S.L. v. Austria*, app. no. 45330/99

стоји став да би мушки адолесценти постали хомосексуалци. Иако су чланови аустријског парламента били упознати са променама у научном приступу овом питању, Парламент је у новембру 1996. године, непосредно пре осуде Л. и В., одлучио да члан 209 КЗ остане на снази.

Подносиоци представки су у оба случаја тврдили да даља важност члана 209 КЗ крши њихово право на поштовање приватног живота, те да су били дискриминисани. Суд је констатовао да је, после пресуде Уставног суда од 21. јуна 2002. године, спорни члан 209 КЗ стављен ван снаге. Међутим, Л. и В. су осуђени на основу оспорене одредбе, али су пресуде остале пуноважне. У другом наведеном случају, Суд је подсетио да је подносиоцу представке чланом 209 КЗ онемогућено да ступи у било какав сексуални однос који одговара његовом сексуалном опредељењу. Суд је сматрао да пресуда Уставног суда није признала, а камоли омогућила накнаду због наводних кршења права из Конвенције.

Суд је приметио да, у претходним случајевима на које се позивала аустријска влада у вези са чланом 209 КЗ, Европска комисија за људска права није утврдила кршење члана 8 или 14 Конвенције. Ипак, како је Конвенција живи инструмент, права у конкретним случајевима треба тумачити у светлу данашњих услова. Кључно питање се односило на постојање објективног и разумног објашњења зашто младићима у доби од 14 до 18 година треба заштита од било каквих сексуалних односа са одраслим мушкарцима, док особама женског пола исте старосне категорије таква заштита није потребна без обзира да ли би се сексуални однос упражњавао са одраслим мушкарцима или женама. Суд је поновио да маргина слободне процене зависи од околности. С тим у вези, нагласио је да релевантан фактор јесте да ли у државама чланицама Савета Европе постоји сагласност да на хетеросексуалне, лезбијске и хомосексуалне односе треба применити једнак узраст.

Како члан 209 КЗ указује на постојање предрасуде хетеросексуалне већине према хомосексуалној мањини, ови негативни ставови сами по себи нису могли представљати оправдање за различито поступање ништа више од сличних негативних ставова према онима различите расе, порекла или боје коже.

На основу свега наведеног Суд је закључио, полазећи од тога да домаће власти нису понудиле убедљиве и јаке разлоге који

оправдавају одржавање на снази члана 209 КЗ, односно постојање пресуде у случају апликаната Л. и В., да је у оба случаја дошло до кршења члана 14 у вези са чланом 8 Конвенције. Уједно, Суд није сматрао потребним да одлучује о питању да ли је дошло до повреде самог члана 8 Конвенције.

Слична ситуација је била у пресуди *Woditschka and Wilfling v. Austria*.¹⁰ Први подносилац представке рођен је 1979. године. Надлежни суд га је 19. јула 2000, позивајући се на члан 209 Кривичног законика, осудио за хомосексуалне радње са шеснаестогодишњаком у време када је имао двадесет година. Апелациони суд је 13. новембра 2000. године одбио његову жалбу, у којој је тврдио да је члан 209 Кривичног закона дискриминаторски, те да је дошло до повреде његовог права на поштовање приватног живота. Други подносилац представке рођен је 1964. године. Надлежни суд га је 24. августа 2001. осудио на основу члана 209 Кривичног закона јер је од марта 2001. до хапшења био у хомосексуалној вези са седамнаестогодишњаком. Такође, виши суди је из истих разлога одбио уложену жалбу.

Апликанти су сматрали да је дошло до повреде члана 8, самостално и у вези са чланом 14 Конвенције, јер спорна одредба 209 КЗ повређује њихово право на приватни живот, уз њихову дискриминацију, јер се дата норма не примењује на хетеросексуалне ни лезбијске односе између одраслих и адолесцената.

Домаће власти су истакле да је у конкретном случају постављено исто питање као и већ помињаној пресуди *L. and V. v. Austria*. Уједно, домаће власти су нагласиле да укидање члана 209 КЗ није променило правни подносилаца представке, осим што је другом од њих одобрен условни отпуст. Исто тако, пресуда Уставног суда од 21. јуна 2002. године, која је заснована на другим основама, осим оних на које се позива у овом случају, није признала кршење права из Конвенције. То значи да други подносилац представке није имао право на надокнаду за 32 дана проведена у притвору. Стога су и даље били жртве у смислу члана 34 Конвенције.

Суд је приликом разматрања ситуације у конкретном предмету сматрао да су иста питања покренута и случају *L. and V. v. Austria*, јер су и Водичка и Вилфлинг осуђени на основу члана 209 Кривичног законика. Такође, Суд је поновио свој налаз из пресуде

¹⁰ *Woditschka and Wilfling v. Austria*, app. nos. 69756/01 and 6306/02

L. and V. v. Austria да чињеница да је члан 209 Кривичног закона укинут не утиче на статус жртава подносилаца представке.

У случају *L. and V. v. Austria* Суд је утврдио кршење члана 14 Конвенције у вези са чланом 8 Конвенције на основу тога што Влада није понудила убедљиве и јаке разлоге који оправдавају одржавање на снази члана 209 КЗ, те пресуду против подносилаца представке на основу поменутог члана. Стога Суд није видео разлику између пресуде *L. and V. v. Austria* и конкретног случаја, јер странке нису изнеле ниједан нови аргумент. Сходно томе, Суд је нашао да је дошло до повреде члана 14 у вези са чланом 8 Конвенције. Штавише, Суд није сматрао потребним да одлучи о питању да ли је дошло до повреде само члана 8.

Како не бисмо анализирали понаособ друге пресуде против Аустрије у погледу спорног члана 209 КЗ, само ћемо навести случајеве у којима је Суд установио кршење члана 14 у вези са чланом 8 Конвенције, уз навођење исте аргументације као у већ анализираним пресудама. Ти случајеви су: *Ladner v. Austria*,¹¹ *Wolfmeyer v. Austria*,¹² *H. G. and G. B. v. Austria*,¹³ и *R. H. v. Austria*.¹⁴

Осим случајева против Аустрије, постоје случајеви против Велике Британије, попут *Sutherland v. the United Kingdom*.¹⁵ Подносилац представке је са 12 година постао свестан да је хомосексуалац. Први хомосексуални сусрет имао је у шеснаестој години, са вршњаком који је такође био хомосексуалац. Имали су сексуалне односе, али су били забринути због чињенице да је по тадашњем нормативном оквиру такво понашање инкриминисано. Наиме, према члану 12(1) Закона о сексуалним злочинима из 1956. године, инкриминисана је сексуална перверзија између мушкараца без обзира да ли је она учињена јавно или приватно. Без обзира на ове одредбе, према члану 1 Закона о сексуалним злочинима из 1967. године, такви поступци не би требало да буду кривично дело под условом да су стране пристале на њих и напуниле 21 годину живота. За жене је старосна доб постављена на 16 година. Током фебруара 1994. године, старосна доб за ступање у својевољне

¹¹ *Ladner v. Austria*, app. no. 18297/03

¹² *Wolfmeyer v. Austria*, app. no. 5263/03

¹³ *H.G. and G.B. v. Austria*, app. nos. 11084/02 and 15306/02

¹⁴ *R. H. v. Austria*, app. no. 7336/03

¹⁵ *Sutherland v. the United Kingdom*, app. no. 25186/94

хомосексуалне односе смањена је на 18 година живота, иако је постојао предлог да граница износи 16 година. Ипак, законски оквир је 2000. године измењен тако да су године за ступање у хомосексуалне односе и хетеросексуалне односе изједначене.

Представник подносиоца представке тражио је 15. децембра 2000. године да Суд обрише листе предмета у складу са ставом 1 члана 37 Конвенције. Исти захтев је упутила Влада Велике Британије. Суд је констатовао да је смањењем година старости за ступање у својевољне хомосексуалне односе на 16 година, уклоњен ризик или претња кривичним гоњењем која је раније постојала по националном закону тужене државе. Уједно, домаће власти су надокнадиле правне трошкове које је подносилац представке имао у току свог случаја. У складу с тим, Суд је био уверен да је питање решено у смислу члана 37 става 1б Конвенције. Поред тога, није уочио никакав разлог за наставак поступка, те је сходно томе представка обрисана са листе предмета.

Слична је ситуација била у предмету *Connell and others v. the United Kingdom*.¹⁶ Подносиоци представке су оптужени за ступање у хомосексуалне односе и убрзо су донете осуђујуће пресуде на основу члана 12 Закона о сексуалним злочинима. Они су сматрали да је прекршен члан 8 Конвенције, и самостално и у вези са чланом 14, због постојања нормативног оквира којим се криминализују хомосексуалне радње, као и примене тог закона у њиховом случају.

Суд је приметио да га је Влада у писму од 27. септембра 2001. године обавестила да сноси трошкове материјалне и нематеријалне штете због наводне повреде чланова Конвенције. У светлу постигнуте нагодбе, представник подносилаца представке је у писму од 23. новембра 2001. године затражио да се поднесак избрише са листе случајева. Позивајући се на члан 37, став 1 тач. (б) Конвенције, Суд је нашао да је питање решено и није нашао посебне околности у погледу поштовања људских права дефинисаних у Конвенцији и њеним протоколима које захтевају наставак поступка. На основу свега наведеног Суд је једногласно донео одлуку да представку треба избрисати са листе предмета.

¹⁶ *Connell and others v. the United Kingdom*, app. no. 43495/98

Наредни случај из Британије је *B. B. v. The United Kingdom*.¹⁷ Подносилац представке, рођен 1957. године, обратио се органима унутрашњих послова током јануара 1998. године због напада од стране младића са којим је био у хомосексуалним односима. Ухапшен је јер је наводно био у хомосексуалној вези са младићем старим 16 година, супротно Закону о сексуалним злочинима из 1956. године. Подвргнут је лекарском прегледу уз његову сагласност, а полиција је претражила његов дом. Пуштен је наредног дана уз кауцију и касније је формално оптужен. Убрзо се обратио Краљевској тужилачкој служби (*Crown Prosecution Service*) и другим владиним званичницима наводећи да су кривичним поступком против њега прекршена његова људска права, позивајући се на случај *Sutherland v. the United Kingdom*.¹⁸ Захтевао је и судско преиспитивање одлуке Краљевске тужилачке службе због његовог гоњења, али овај захтев је одбијен. Његов обновљени захтев касније је суд више инстанце одбио. Након саслушања у Прекршајном суду, позван је на суђење пред Централним кривичним судом. Појавио се пред њим за саслушање о признању кривице, при чему је поднео захтев да се суђење одложи како би му се омогућило више времена за припрему.

Краљевска тужилачка служба је обавестила подносиоца представке о обустави прекршајној поступка против њега, те да треба да присуствује Централном кривичном суду одређеног дана. Такође, Централни кривични суд га је формално ослободио. Он је одлучио да не подноси захтев за надокнаду штете, јер се Краљевска тужилачка служба не слаже око износа који се додељује. Сматрао је, позивајући се на члан 14 Конвенције, да је дискриминисан на основу своје сексуалне оријентације због постојања нормативног оквира и кривичног гоњења, јер је био у хомосексуалној вези са мушкарцем млађим од 18 година, а старосна доб за пристанак у погледу хетереосексуалних активности постављена је на 16 година живота. Исто тако, сматрао је да је дискриминисан на основу старости, тврдећи да је требало да буде процесуиран и његов шеснаестогодишњи партнер који би технички био једнако крив за извршено кривично дело.

¹⁷ B.B. v. the United Kingdom, app. no. 53760/00

¹⁸ Sutherland v. the United Kingdom, app. no. 25186/94

Суд је подсетио да је у помињаном случају *Sutherland v. the United Kingdom* сматрано да постојање законодавства којим се за кривично дело проглашава ступање у мушке хомосексуалне активности уколико обе стране нису пристале и напуниле 18 година старости, док је за хетеросексуалне активности одређена старосна граница од 16 година, представља кршење члана 14 у вези са чланом 8 Конвенције. Суд је даље подсетио, позивајући се на анализирани пресуде *S. L. v. Austria u L. and V. v. Austria*, на свој став о кршењу члана 14 у вези са чланом 8 због постојања и, у једном случају, осуде појединаца према закону који криминализује хомосексуалну активност са мушкарцима од 14 до 18 година, при чему такво кривично дело не постоји за хетеросексуалне или лезбијске односе.

Суд је приметио да је, иако је домаћи закон од тада измењен, подносилац представке кривично гоњен због извршења дела ступања у хомосексуалне активности са мушкарцима млађим од 18 година. Битно је напоменути да је тужилаштво одустало од кривичног гоњења и да је подносилац пријаве након тога формално ослобођен оптужби против њега, јер је измењена спорна одредба КЗ. Међутим, Суд је сматрао да су околности у овом случају такве да би требало да испита жалбе подносиоца представке.¹⁹

Суд није видео никакав разлог да донесе закључак различит од оних донесених у случајевима *S. L. v. Austria u L. and V. v. Austria*. Стога закључује да постојање и кривично гоњење подносиоца представке у складу са законодавством примењивим у релевантно време представља кршење члана 14 у вези са чланом 8 Конвенције. Уједно, у светлу свог закључка о кршењу члана 14 у вези са чланом 8 на основу сексуалне оријентације, Суд није сматрао неопходним да размотри и притужбу подносиоца представке о дискриминацији на основу старости.

Последњи случај који ће бити предмет анализе јесте *Santos Couto v. Portugal*.²⁰ Током 2004. године надлежно тужилаштво је против подносиоца представке и још десет других особа покренуло поступак јер су наводно ступили у хомосексуалне односе са малолетницима. Неколико оптужених, међу којима није био подносилац представке, тврдило је да је члан 175 Кривичног законика

¹⁹ S.B.C. v. the United Kingdom, app. no. 39360/98, §§ 19 and 20

²⁰ Santos Couto v. Portugal, app. no. 31874/07

ка, на основу којег су оптужени, неуставан. Надлежни суд је до-нео осуђујуће пресуде, при чему је подносилац представке осуђен на условну казну затвора од годину и шест месеци, као и на исплату 10.000 евра одштете жртви. Уједно, надлежни суд је сматрао да члан 175 КЗ није у супротности с Уставом. На првостепену одлуку апликант је уложио жалбу, тврдећи да је прекршен принцип забране дискриминације на основу сексуалне оријентације, јер је по члану 175 КЗ инкриминисана хомосексуална активност са малолетником, док члан 174 санкционише злоупотребу неискуства младих као услов извршења кривичног дела. Уједно, за оба кривична дела прописане су истоветне казне. С тим у вези, суд друге инстанце је нагласио да хетеросексуални и хомосексуални односи не представљају исту опасност од доношења штете правном добру заштићеном члановима 174 и 175 КЗ. Такође, наглашено је да се на хомосексуалне односе не гледа на исти начин као на хетеросексуалне односе и да се доносе оштрије пресуде у погледу хомосексуалних односа, посебно када је реч о малолетницима чија је слобода сексуалне оријентације у процесу формирања. На основу тога, законодавац је био ограничен на другачији начин третирања ситуација које су такође различите. Иако је Уставни суд сматрао да Апелациони суд није био надлежан да разматра питања уставности, Уставни суд је заузео став да није надлежан да разматра да ли је подносилац представке злоупотребио неискуство малолетника.

Према устаљеној пракси, Суд је поновио да би разлика у поступању заснованом на сексуалној оријентацији несумњиво спадала у оквир члана 14 Конвенције.²¹ И даље је било потребно утврдити да ли је постојала разлика у поступању између подносиоца представке и других особа које су стављене у упоредиву ситуацију. У овом случају, Суд је приметио да се подносилац представке у великој мери ослањао на судску праксу Уставног суда, којом је утврдио дискриминаторну природу члана 175 Кривичног законика који је био на снази у то време. Заиста, Уставни суд је, позивајући се на судску праксу насталу на основу Конвенције, сматрао да је ова одредба супротна начелу забране дискриминације загарантованом чланом 13 Устава, јер је инкриминисала шире хомосексуалне активности у поређењу са хетеросексуалним активностима

²¹ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, app. no 33290/96, § 28

из члана 174 КЗ, у оној мери у којој није предвидео услов злоупотребе неискуства жртве. Следећи ову праксу, Кривични законик је измењен 2007. године; члан 173 КЗ је измењен тако да инкриминише сексуалне активности с малолетницима, без обзира да ли су оне хетеросексуалне или хомосексуалне природе.

Суд је нагласио да у недостатку информација на основу којих би дотична особа могла да доведе у питање закључке домаћих судова, своје испитивање мора засновати на чињеницама случаја које су утврдили домаћи судови.²² Подносилац представке није изнео ниједан аргумент који би могао да убеди Суд да је такав закључак домаћих судова био очигледно неразуман, нерационалан или произвољан. Суд је закључио да је подносилац представке био осуђен на исте услове инкриминације као и оне који би се примењивали да су се сексуалне активности одвијале са малолетницама. Стога није било разлике у поступању између подносиоца представке и других особа у сличним или упоредивим ситуацијама, и стога није постојао дискриминаторски третман. Сходно томе, није дошло до повреде члана 8 у вези са чланом 14 Конвенције.

Закључак

Наведени случајеви из праксе Суда треба да илуструју чињеницу да су хомосексуалци били кажњавани за упражњавање сексуалних активности међу собом или са малолетницима под другачијим законским условима него хетеросексуалци. Треба напоменути да су државе из наведених случајева временом побољшавале положај хомосексуалаца, у смислу постепене декриминализације њихових сексуалних активности. Тако је, на пример, Велика Британија 1967. године, иако је по овом закону и даље постојала дискриминација хомосексуалаца у односу на хетеросексуалце, донела Закон о сексуалним злочинима по којем су хомосексуалне активности биле дозвољене ако су својевољне, ако се упражњавају само у приватним просторијама и дешавају између особа старијих од 21 године. Уједно, поменути законски текст је важио само на

²² Klass and others v. Germany, app. no. 5029/71, § 33

територији Енглеске и Велса.²³ Шкотска је изменама законског текста током 1980. године декриминализовала хомосексуалне активности. Значај праксе Суда огледа се у томе да је Северна Ирска, полазећи од ставова из поменуте пресуде *Dudgeon v. the United Kingdom*, изменила законе тако да су хомосексуалци могли слободно да упражњавају своје сексуалне активности.²⁴ Такође, Парламент Велике Британије је 2000. године усвојио закон по којем су године старости за добровољно ступање у хомосексуалне везе смањене на 16 година, при чему су по први пут законом регулисане лезбијске везе.²⁵

Како смо у чланку анализирали пресуду *Modinos v. Cyprus*, указаћемо на значај овог случаја за промену легислативе. Наиме, кипарски парламент је пет година након доношења ове пресуде изменио КЗ тако да је декриминализовао хомосексуалност.²⁶ Како је Република Северни Кипар изменила своје законодавство, што смо образложили код случаја *H. Ç. v. Turkey*, нећемо посебно анализирати промену нормативног оквира. У погледу стања у Аустрији кроз призму анализираних случајева, треба напоменути да је парламент 2002. године променио спорни члан 209 КЗ тако да је инкриминисано сексуални чин са особом млађом од 16 године, уколико је та особа недовољно зрела да схвати значење таквог чина.²⁷

На основу свега наведеног можемо закључити да је пракса Суда изузетно значајна, јер указује на потребу за изменом домаћег законодавства како би се избегла повреда права из Конвенције. Другим речима, државе чланице Савета Европе биле су приморане да измене своје нормативне оквире како би декриминализо-

²³ Johnson, P. J., *Going to Strasbourg: An Oral History of Sexual Orientation Discrimination and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2016p. 13.

²⁴ Spratt, N., Meehan, P., *The Shamrogs: First Challenge*, Orpen Press, Dublin, 2012, pp. 22-24.

²⁵ Boele-Woelki, K., Fuchs, A., *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, p. 101.

²⁶ Trimikliniotis, N., Karayanni, S. S., *The situation concerning homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation, Cyprus*, 2008, p. 11.

²⁷ Mowbray, A., *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, p. 831.

вале хомосексуалне активности и избегле дискриминацију хомосексуалаца.

Литература

- A. D. T. v. The United Kingdom, app. no. 35765/97.
1. B. B. v. The United Kingdom, app. no. 53760/00.
2. Boele-Woelki, K., Fuchs, A. (2003). *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp.
3. Connell and others v. The United Kingdom, app. no. 43495/98.
4. Dudgeon v. The United Kingdom, app. no. 7525/76.
5. H. Ç. v. Turkey, app. no. 6428/12.
6. H. G. and G. B. v. Austria, app. nos. 11084/02 and 15306/02.
7. Johnson, P. J. (2016). *Going to Strasbourg: An Oral History of Sexual Orientation Discrimination and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
8. Klass and others v. Germany, app. no. 5029/71.
9. L. and V. v. Austria, app. nos. 39392/98 and 39829/98.
10. Ladner v. Austria, app. no. 18297/03.
11. Modinos v. Cyprus, app. no. 15070/89.
12. Mondimore, F. M. (1996). *A Natural History of Homosexuality*, JHU Press, Baltimore.
13. Mowbray, A., *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
14. Norris v. Ireland, app. no. 10581/83.
15. R. H. v. Austria, app. no. 7336/03.
16. S. B. C. v. the United Kingdom, app. no. 39360/98.
17. S. L. v. Austria, app. no. 45330/99.
18. Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, app. no 33290/96.
19. Santos Couto v. Portugal, app. no. 31874/07.
20. Spratt, N., Meehan, P. (2012). *The Shamroques: First Challenge*, Orpen Press, Dublin.
21. Sutherland v. the United Kingdom, app. no. 25186/94.
22. Sutherland v. the United Kingdom, app. no. 25186/94.

23. Trimikliniotis, N., Karayanni, S. S. (2008). *The situation concerning homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation*, Cyprus.
24. Woditschka and Wilfling v. Austria, app. nos. 69756/01 and 6306/02.
25. Wolfmeyer v. Austria, app. no. 5263/03.

Homosexuality in the European Court of Human Rights Case Law

Abstract: *The author deals with cases of homosexuality from the case law of the European Court of Human Rights. Namely, in addition to citing the most significant cases, the author points out the impact of the Court's views on the normative framework of States that have violated the rights guaranteed by the Convention. In this way, it is possible to monitor the evolution of the law in individual Member States through the prism of decriminalizing homosexuality in general or through the absence of further discrimination against homosexuals.*

Keywords: *homosexuality, European Court of Human Rights, case law*