

AZ OSZTRÁK ALKOTMÁNYBÍRÓSÁG VÉGZÉSE A BELEEGYEZÉSI KORHATÁRRÓL

ÖSSZEFOGLALÁS

- A magasabb beleegyezési korhatár hatályon kívül helyezésére irányuló bírósági indítvány megengedhetősége a férfiak közötti homoszexualitás büntetethezesség tekintetében;
- az új megfontolások alapján az előzetes határozat nem jogerős;
- a merev korhatár megállapításának szakszerűtlensége az egymást időrendben váltogató büntetethezesség, illetve büntetethezesség okán;
- nem képezi az eljárás tárgyát az Emberi jogok európai egyezményébe foglalt privát szféra esetleges megsértése.

ÍTÉLET

A Büntető törvénykönyv (BGBI) 209. §-a 60/1974. és a fiatalok bíróságáról szóló törvény 1988. évi JGG törvény Z7. és 8. cikkelye által megállapított szöveg (BGBI 599/1988.) mint alkotmányellenes, hatályon kívül helyeztetik. A hatályon kívül helyezés 2003. február 28-ával lép hatályba. Korábbi törvényi rendelkezések nem lépnek ismételt hatályba. A szövetségi kancellár ezen ítélet késlekedés nélküli kihirdetésére kötelezett a Szövetségi Közlönyben.

INDOKOLÁS

I. A DÖNTÉS INDOKAI

1.1. Az innsbrucki felsőbíróság a BVG 89. cikkely (2) bekezdésének [összefüggésben a 140. cikkely (1) bekezdésével] értelmében az előtte folyamatban lévő fellebbezési eljárás kapcsán azt az indítványt teszi, hogy az Alkotmánybíróság az StGB 209. §-át (BGBI 60/1974, BGBI 599/1988-as változat) mint alkotmányellenest, helyezze „egészében” hatályon kívül.

Az StGB 209. §-a címmel együtt így szól: „Azonos neműek fajtalankodása tizenhét éven aluli személyekkel 209. § Az a férfinemhez tartozó személy, aki a tizenkilencedik életévét betöltve olyan azonos ne-

mű személlyel fajtalankodik, aki a tizenhétedik életévét már igen, de a tizenkilencedikét még nem töltötte be, hat hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntethető.”

Az indítványozó felsőbíróság előtt folyamatban lévő büntetőeljárás tényállása szerint a feldkirchi tartományi bíróság 2001. november 23-i ítéletében a (tett időpontjában huszonnyolc éves) vádlottat tizenhét éven aluli azonos nemű személyekkel való fajtalankodás bűntettében bűnösnek mondta ki, mivel 1997 májusában két, a férfinemhez tartozó (egy tizenhat és egy tizenhét éves) fiatalkorúval is volt szexuális kapcsolata. Az elsőfokú bíróság hat hónap szabadságvesztésre ítélte a vádlottat, amit három év próbaidő kiszabásával feltételesen felfüggesztettek. A vádlott a bűnösség és büntetés megfellebbezésével megtámadta ezt az ítéletet, melynek során felmerült az StGB 209. §-ának alkotmánybírói hatályon kívül helyezésének indítványozása is.

1.2. Az indítványozó felsőbíróság két szempontból véli megfontolandónak az StGB 209. §-ának alkotmányosságát tarthatóságát.

a) Az StGB 209. §-a ellenkezik mind az egyenlőség alaptételével, mind az Emberi jogok európai egyezménye (továbbiakban: EJE) 8. (összefüggésben a 14.) cikkelyével, mivel eszerint bizonyos férfiak közötti homoszexuális viszonyok büntethetőek, míg ezzel ellentétben az azonos korú személyek közötti heteroszexuális viszonyok büntethetetlenek maradhatnak.

Ezzel összefüggésben – átfogóan utalva az egyes tudományos alátámasztott vizsgálatokra – az indítványozó kifejti, hogy az ügynevezett befolyásolási elmélet, melynek felfogása szerint a fiatalok emberek úgymond homoszexualitásra csábíthatók felnőttekkel folytatott homoszexuális kapcsolatok révén, éppoly kevésbé képes igazolni az StGB 209. §-ában foglalt büntetési határozatot, mint minden egyéb indoklás. Ehhez társul még, hogy az elmúlt harminc évben (tudniillik a büntetőjogi törvény 1971-es módosítása óta eltelt időben; ehhez lásd még II.2.2. pont) döntő értékváltozás következett be, aminek következtében a homoszexualitás mint más, de egyenértékű szexuális irányultság általánosan elfogadottá vált. Hogy ilyen horderejű értékváltozás történt, leolvasható az összeurópai jogfejlődésből is, amelynek eredményeként az EJE tagállamaiban időközben olyan egységes standardokat ala-

kítottak ki, amelyek tükrében az olyan jellegű tilalom, mint az StGB 209. §-a, már nem illeszthető többé azon keretek közé, amelyek az egyes nemzetek mindenkori jogalkotóinak a mérlegelés szabadságát biztosítják.

b) Az, hogy az egyenlőség alaptétele, valamint az EJEE 8. cikkelye sérül, már abból is következik, hogy egyfajta viselkedés – fiatalok közötti homoszexuális kapcsolat – először büntetlen marad, majd – ahogy a partnerek egyike betölti a tizenkilencedik életévét – büntethetővé válik, hogy aztán – a másik fél tizenharmadik életévének elérésével – (ismételten) büntetlenné váljon. A büntethetőség ilyen jellegű időrendbeli változtatása – az indítványozó bíróság szerint – részrehajló és aránytalan.

2. A szövetségi kormány 2002. február 14-én kelt levelében közli, hogy a G190/01. eljárás kapcsán már nyilatkozatot adott ki az StGB 209. §-ának alkotmányossági vizsgálatát kérve, amit viszont nem vettek figyelembe, mert az akkori indítványt az Alkotmánybíróság mint nem megengedhető visszautasította (lásd VfGH 2001. november 29. G190/01). Ezért az akkori álláspontra utalva azt a javaslatot teszi, hogy az Alkotmánybíróság az indítványt utasítsa el. Az StGB 209. §-ának hatályon kívül helyezése esetén azzal a megkereséssel él, hogy az Alkotmánybíróság a hatályon kívül helyezés határidejeként tizenharc hónapot jelöljön meg.

A 2001. november 29-i végzéssel lezárult eljárásban a szövetségi kormány csupán az indítványozó felsőbíróság fentebb első helyen említett (1.2.a pont) kételyével foglalkozott, és ennek kapcsán lényegében a következőket nyilatkozta. 1998. július 17-én a Nemzeti Tanács úgy határozott, hogy megtartja a megvizsgált büntetőhatározatot. Ezt a döntést a jogi bizottság albizottságának tanácskozási elzárása, melynek keretében több, mindenekelőtt a jogtudomány és -gyakorlat, a fejlődépszichológia, pszichoterápia és teológia területén tevékenykedő kutatót, illetve szakértőt hallgattak meg. Ennek során dr. Ainedter ügyvéd, valamint prof. dr. Rollett fejlődépszichológus, egyetemi tanár az StGB 209. §-ának megtartása mellett érveltek.

A Nemzeti Tanács aztán az ügy megtárgyalása kapcsán megállapította, hogy nem diszkriminációról és nem kirekesztésről van szó, hanem kizárólag annak megakadályozásáról, hogy a fiatalok védelme a szexuális túlkapaszkodások ellenében csökkenhessen, vagy hogy a lehetséges gátlásküszöb szűkebbé válhasson. A Nemzeti Tanács ezért jogpolitikai mozgásterének kereteit kihasználva az addig érvényben lévő megoldás megtartása mellett döntött, amit sem az Alkotmánybíróság, sem pedig az Emberi Jogok Európai Bizottsága nem kifogásolt.

II. AZ ALKOTMÁNYBÍRÓSÁG ÉRDEMI* ÁLLÁSFOGLALÁSA

2.1. A büntetőtörvény a bűncselekményekkel, vétségekkel és a törvény megszegésével (RGGI 117/1852, 1852. május 27-i császári okirat) kapcsolatban a 129. §-ában így rendelkezik: „A fajtalanokdás alábbi formái bűncselekményként büntetendők: I. Természetellenes fajtalanokdás, azaz a) állatokkal b) azonos nemű személyekkel.” Büntetésként súlyos börtön volt várható egytől öt évig terjedően (büntetőtörvény 130. §).

1945-ben a büntetőtörvényt mint 1945-ös büntetőtörvényt (StG 1945) ismét hatályba helyezték (vö. az osztrák büntetőjog visszaállításáról szóló törvény 2. §, StGBI 25/1945., valamint az Igazságügyi Államhivatal közleménye ABI 261945).

2.2. Az 1971-es büntetőjogi törvénymódosítás (BGBl 273.) hatályon kívül helyezte az egyszerű, azaz különösebb minősített körülmények nélkül elkövetett homoszexuális cselekmények elleni büntetéseket (a részletesebb indokláshoz lásd EB 39 BlgNR XII. GP, 13 f).

A serdülőkorú fiatal férfiak fejlődése védelmében mindazonáltal az eddigi büntető normát bizonyos mértékig megtartották; az 1971-es büntetőjogi törvényt módosító törvény (StG 1945.) 129. §-a az Art Z5 változatában eszerint a következő megfogalmazást használja: „129. § A fajtalanokdás alábbi formái is bűncselekményként büntetendők: I. A férfinemhez tartozó, tizenharcadik életévét betöltött személy azonos nemű, tizenharcadik életévét még nem betöltött személlyel való fajtalanokdása.”

2.2.1. A keletkezéstörténetet figyelembe véve ennek kapcsán megjegyzendő, hogy a szövetségi kormányzat az 1970/71-es büntetőjogi törvénymódosításról szóló előterjesztésében az I StG 1945. 129. §-ának következő megfogalmazását javasolta: „129. § A fajtalanokdás alábbi formái is bűncselekményként büntetendők: I. A férfinemhez tartozó, tizenharcadik életévét betöltött személy azonos nemű, a huszonegyedik életévét még nem betöltött személlyel való fajtalanokdása.”

2.2.2. Indokolásként mindehhez többek között még a továbbiakat fűzi hozzá (vö. EB 39 BlgNR XII. GP, 14 f): „Ahogyan a jogösszehasonlítás az egyszerű homoszexuális aktusokat a nyugati orientáltságú európai társadalomhoz tartozó normaként fogja fel, olyan természetességgel veszi a fiatal emberekkel folytatott homoszexuális cselekmények büntethetőségét. A fejlődésben lévő emberek ösztöneinek irányultságát az ilyen cselekmények befolyásolhatják; teljesítőkéességük és lelki fejlődésük messzemenően visszaeshet, alkalmazkodásuk az adott társadalmi rendhez jelentősen megnehezedhet.

Az osztrák büntetőjogi bizottság is szükségesnek találta az ilyen jellegű sérülések megakadályozását célzó büntetéseket. Javaslata szerint büntetni kell a fiatal fiúk elcsábítását. A védelmi cél szempontjából ez nem elégséges. Az a fiatal ember is sérülhet az azonos nemű aktus nyomán, akit, mivel szexuális céljaiban bizonytalan, nem szükséges elcsábítani. A csábítás fogalmi meghatározása homályos, és a tapasztalatok szerint a bizonyítási eljárás során gyakorta a tett áldozata elleni megalapozatlan előítéletekhez vezet. Ezért is, de mindenekelőtt a védelmi cél okán, a büntetés kiszabását az 1964-es és 1966-os miniszteri javaslatokkal megegyezően nem kizárólagosan a csábításhoz kell kötni. Szintúgy a védelmi cél elérése érdekében nem szorítkozhat a tett fogalma csupán a közösülésszerű cselekményekre. Az »azonos nemű fajtalankodás« megfogalmazás tartalmilag megfelel az érvényben lévő törvény 129. §-ának. A beleegyezési korhatárra a büntetőjogi bizottság a szakértők által többségében képviselt véleménnyel egyetértésben a tizennyolc éves kort javasolta. A szexuális irányultság ebben a korban már bizonyosan szilárd. De ez nem érvényes kivétel nélkül. Erre az 1964-es tervezet véleményezési eljárásában több irányból figyelmeztettek, valamint szakértők – mint Hoff professzor – igazolták is. Ezért az 1966-os miniszteri javaslattal megegyezően a törvénytervezet a huszonegy éves korhatár bevezetését tervezi. Ez megfelel a német StGB újrafogalmazott 175. §-ának is, továbbá az európai térségben ez a megállapítható legmagasabb korhatár.

Elkövetőként a fiatalok védelmében érvényes büntetés csak azokat fenyegeti, akik a tizennyolcadik életévüket már betöltötték. A fiatalabb korú elkövetők rendszerint maguk is az ösztöneik éretlenségéből fakadó bizonytalanságuk áldozatai, vagy az igazi társ megtalálását akadályozó féltékenységüké. Ezeknek a fiatalok nevelésre és személyiségük érlelésére van szükségük. A büntetés csak árthatna. Mindazonáltal a felnőttek cselekedetei meghatározóbb hatással vannak a fiatal emberekre, mint az olyan fiataloké, akik társukhoz korban közel állnak és annak bizonytalanságát osztják. Az 1961-es JGG 12. §-a szerint a fiatalok elkövetők nem mentesülhetnek a büntetés alól, mivel a tettet a gyakorlat minősítés és büntetés tekintetében nem tartaná jelentéktelenné. Az 1966-os miniszteri előterjesztés a fiatalok elkövetőt csupán akkor mentesítené a tényállás alól, ha az elcsábítás ténye nem áll fenn. De azon fiatalokra is, akik egyszeri aktusra csábították el partnerüket, érvényes rendszerint mindaz, ami a fiatalok azonos nemű cselekményeiért járó büntetés ellen szól; ehhez társulnak még a csábításhoz való társítás szükségességét hangsúlyozó megfontolások. A tizennyolc éves aluli személyek mentesítése a büntetés alól kö-

vetkezatosan megfelel mindennek. A Német Szövetségi Köztársaság első reformtörvénye is ezt tette a német StGB 175. §-a kapcsán. Mindazonáltal a fiatalok homoszexuális cselekményei a józan belátás értelmében rendszerint pedagógiai úton megoldódnak a büntetőjogi hatóságok bevonása nélkül.”

2.2.3. A Nemzeti Tanács jogi bizottsága a kormányjavaslatot ezen a ponton oly módon változtatta meg, hogy a beleegyezési korhatárt huszonegy évről a tizennyolcadik életévre szállította le. Az ehhez tartozó bizottsági jelentés (512 BlgNR XII. GP, 3) ennek kapcsán a következőket fogalmazza meg: „Mindösszesen a beleegyezési korhatár huszonegy éves életkorra helyezése bizonyult a szakértők túlnyomó többsége álláspontja szerint – éspedig ebben a deliktumban nem utolsósorban az általuk igenelt büntethetőségi korhatárnak a betöltött tizennyolcadik életévre való emelésére való tekintettel – célszerűtlennek.

Az, hogy a büntethetőségi korhatár (betöltött 18. életév) és az ennél magasabbra helyezett beleegyezési korhatár nem esik egybe, a büntethetőség és a büntethetetlenesség nemkívánatos és meglehetősen ésszerűtlen változtatásához vezethetne. Éppen ezért a büntethetőségi kor és a védett kor vonatkozásában egyaránt a tizennyolcadik életévet kell megállapítani.”

2.3. A határozat ebben a formában került az 1975. január 1-jével hatályba helyezett StGB 209. §-ába (BGBl 60/1974.), amely címmel együtt a következőképp szól: „Azonos nemű fajtalankodás fiatalokkal 129. § Az a férfinemhez tartozó, tizennyolcadik életévét betöltött személy, aki fiatalok, azonos nemű személlyel fajtalankodik, hat hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel sújtható.”

Az StGB Z2 74. §-a szerint az számít fiataloknak, aki a tizennegyedik életévét igen, de a tizennyolcadikat még nem töltötte be. A bizottsági jelentés (959 BlgNR XIII. GP, 32) a következőket jegyzi meg ennek kapcsán: „Az azonos nemű fajtalankodást a jövőben az érvényben lévő büntetőtörvénynek a büntetőtörvényt módosító 1971-es törvény változata szerinti értelmében kell kezelni. Eszerint az azonos nemű fajtalankodási aktus, amelyet kiskorúakkal követnek el, az StG 128. §-a szerint meggyalázásként büntetendő, mégpedig akkor is, ha az elkövető még nem töltötte be a tizennyolcadik életévét. Eszerint ezt a jövőben a 207. § értelmében (kiskorúakkal való fajtalankodás) büntetni kell (melynek során mindazonáltal az elkövetőnek a csatlótt 3. bekezdés a javára szolgál majd). A »kiskorú vagy« szavakat ezért a 209. § szövegéből és a címből is törölni kell. Ezek ugyanis azt eredményezhetnék, hogy a fiatalok kiskorúakkal való homoszexuális cselekményei az érvényes jogtól eltérő módon mindig büntethetetlenek volnának.”

2.4. Az StGB 209. §-a az 1988-as ifjúságvédelmi törvényben (JGG, BGBl 599.), amelyben ez a büntetőnorma ismét vizsgálat tárgyát képezi – itt még egyszer idézve – a következőképp szól: „Azonos nemű fajtalankodás tizenhét éven aluli személyekkel 129. § Az a férfinemhez tartozó, tizenkilencedik életévét betöltött személy, aki fiatalkorú, a tizennegyedik életévét igen, de a tizenhét éves életévét még nem betöltött azonos nemű személlyel fajtalankodik, hat hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel sújtható.”

A kormány előterjesztése (486 BlgNR XVII. GP, 42 f) az StGB 209. §-ának újrafogalmazását azzal indokolja, hogy az StGB-t az 1988-as ifjúságvédelmi törvényhez kell igazítani azokon a pontokon, amelyekben a büntetőjogi felelősség szempontjából a törvényszegő korára történik utalás. A beleegyezési korhatár leszállítása ezzel szemben az StGB 209. §-ában nem tekintendő szükségesnek, sokkal inkább javasolható az 1971 óta érvényes korhatár megtartása.

3. Az StGB-nek az indítványozó bíróság által vizsgálatra bocsátott 209. §-a a következő büntetőjogi kontextusba helyezhető.

3.1. A *hA* értelmében valódi konkurencia áll fenn egyfelől az StGB 209. §-a és 201. §-a (erőszaktevényt, nemi kényszerítés), másfelől a 212/f. §-a (tekintélyen alapuló kapcsolattal való visszaélés, kerítés) között (vö. Kienapfel–Schmoller, *Strafrecht*. Besonderer Teil III, 1999, 201–103. §§ Rz 50, illetve Rz 18 209. §; mindkettő mwN).

Ezzel szemben nem alkalmazható az StGB 209. §-a azokban az esetekben, amelyeket a 201/f. § (közösülés kiskorúakkal), valamint a 207. § (fajtalankodás kiskorúakkal) írnak le, mivel az StGB 209. §-a csak akkor érvényes, ha az áldozat betöltötte a tizennegyedik életévét, míg az StGB 206/f. § tényállása szerint áldozatként csak az jön számításba, aki még nem töltötte be a tizennegyedik életévét (vö. StGB Z147. §).

3.2. Az StGB 206. és 207. §-ai (címmel együtt) a következőképp szólnak: „Súlyos szexuális visszaélés kiskorúakkal 206. § (1) Aki kiskorú személlyel közösül, vagy a közösüléshez hasonlatos tettet hajt végre, egytől tíz évig terjedő szabadságvesztéssel sújtható. (2) Épp így büntetendő az, aki kiskorú személyt közösülés, vagy más személlyel végzett, a közösüléssel egyenértékű nemi cselekvés végrehajtására vagy elviselésére, vagy önmaga vagy egy harmadik személy nemi izgatása vagy önmaga kielégítése céljából arra csábít, hogy a közösüléssel egyenértékű nemi cselekvést hajtson végre. (3) Amennyiben a tett a kiskorú személy súlyos testi sértését [84. § (1) bekezdés] vagy terhességét eredményezi, úgy az elkövető öttől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel sújtható. Ha pedig a tett a kiskorú halálát ered-

ményezi, úgy az elkövető tíztől húsz évig terjedő vagy életfogytiglani szabadságvesztéssel büntetendő. (4) Amennyiben az elkövető életkora a kiskorú életkorát kevesebb mint három évvel haladja meg, és a nemi cselekvés nem valamilyen tárggyal való behatolással történt, valamint a tett nem eredményezi a kiskorú személy súlyos testi sérülését [84. § (1) bekezdés], sem pedig halálát, úgy az elkövetőt az (1) és (2) bekezdések értelmében nem kell megbüntetni, kivéve, ha a kiskorú személy már betöltötte a tizenharmadik életévét.

Kiskorúak nemi megerősöklése 207. § (1) Az, aki a 206. §-ban leírtakon kívül nemi cselekményt hajt végre kiskorú személyen vagy azt a kiskorú személlyel hajtja végre, hat hónaptól öt évig terjedő szabadságvesztéssel sújtható. (2) Épp így büntetendő az, aki kiskorú személyt más személlyel végzett közösülésre [1. bekezdés], vagy önmaga vagy egy harmadik személy nemi izgatása vagy önmaga kielégítése céljából arra csábít, hogy a közösüléssel egyenértékű nemi cselekvést hajtson végre. (3) Amennyiben a tett súlyos testi sértéssel jár [84. § (1) bekezdés], úgy az elkövető egytől tíz évig terjedő szabadságvesztéssel sújtható, ha azonban a tett a kiskorú halálát eredményezi, úgy az elkövető öttől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő. (4) Amennyiben az elkövető életkora a kiskorú életkorát kevesebb mint négy évvel haladja meg, valamint a (3) bekezdésben leírt következmények egyike sem áll fenn, úgy az elkövetőt az (1) és (2) bekezdések értelmében nem kell megbüntetni, kivéve, ha a kiskorú személy már betöltötte a tizenkettedik életévét.”

3.2.1. Az imént felsorolt büntetőhatározatok a kiskorúak szexuális integritásának védelmét szolgálják „a zavartalan szexuális és általános pszichés fejlődés biztosításának” értelmében (Kienapfel–Schmoller, *Strafrecht* III, 1999, 206–207. §§ Rz 3 mwN). A központi védelmi cél abban áll, hogy megóvja a gyereket attól, hogy viszonylag idősebb – vágyaikban rendszerint csak egyoldalúan orientált – személyek idejekorán szexuális cselekményekre használhassák őket (Kienapfel–Schmoller, Rz 3). Mindezt az a felfogás alapozza meg, amely szerint kiskorúak esetén kétségbe vonható a természetes belátási és megítélési képesség („mentális érettség”) mindennemű szexuális közeledés tekintetében (vö. Schick, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* 2, Hrsg. Höpfel–Ratz, 2001, 206. § Rz 1, mwN).

3.2.2. Ennek értelmében ez elkövetőt az esetben is meg kell büntetni, ha az áldozat beleegyezik a szexuális cselekménybe, sőt még akkor is, ha azt az áldozat kezdeményezi (Schick, Rz 2). A tizennégy éves merev beleegyezési korhatár a jogbiztonság szolgálá-

tában áll (Kienapfel–Schmoller, Rz 3), így elkerülhető az áldozat tényleges érettségének minden esetben bírósági vizsgálatot igénylő megállapítása (vö. EB 30 BlgNR XIII. GP, 349).

3.2.3. Az StGB (4) bekezdés 207. §-ának, valamint a (4) bekezdés 206. §-ának büntetést kizáró indokai („életkort toleráló kikötései”) azoknak a méltányossági eseteknek kívánnak „elébe menni”, amelyek a szilárd korhatár megállapításából szükségszerűen adódnak (vö. Kienapfel–Schmoller, Rz 8 ff; Schick, Rz 16 ff).

3.3. Az StGB 209. §-a ezt a koncepciót kiegészíti a férfinemhez tartozó fiatalok tekintetében. Különlegességgként ez az irányelv kiterjed a büntethető férfiakra úgy az áldozati, mint az elkövetői oldalon. A büntethetőség vonatkozik a férfinemhez tartozó homoszexuális cselekményekre akkor is, ha az idősebb partner a fiatalokkal nem áll az StGB 212. §-ában megjelölt, tekintélyen alapuló kapcsolatok egyikében sem.

Mint ahogyan az a korábbi, a büntetőjogi törvényt módosító 1971-es törvény (lásd II.2.2.2. pont) kapcsán idézett törvényi anyagokból is kitűnik, a cél ezáltal annak megakadályozása, hogy a felnőttekkel való homoszexuális cselekmények befolyásolhassák a fiatal emberek szexuális irányultságát. A fiatal éveikben homoszexuális cselekményekbe bonyolódott emberek „teljesítőképessége és lelki fejlődése” a büntetőjogi törvényt módosító 1971-es törvény jogalkotójának feltételezése szerint „jelentős mértékben sérülhet”; valamint az sem zárható ki, hogy az érintettek nehezebben képesek alkalmazkodni az „adott társadalmi viszonyokhoz”. Ennek értelmében a fiatalokat meg kell védeni a jóval idősebbek (nemi) zaklatásától (mint ahogyan az a szövetségi kormányzat által kiadott nyilatkozatból is kiderül).

4. Az Alkotmánybíróság megerősíti (vö. VfSlg. 12.182/1989): a jogalkotó jogpolitikai mozgásterét megengedte, hogy a zavartalan személyiségfejlődés érdekében különleges intézkedéseket hozzon a fiatalok szexuális kapcsolatainak terén egy bizonyos beleegyezési korhatárral bezárólag. Ez a mozgásterét beleegyezési korhatár megszabásában is adott.

5.1. Mint ahogyan az már fentebb is nyilvánvalóvá vált, az StGB 209. §-a kizárólag a beleegyezésen alapuló (azaz minden kényszerítést, valamint az idősebb fél feltételezett tekintélyen alapuló viszonyokkal való visszaélését nélkülöző), a férfinemhez tartozó személyek közötti homoszexuális eseményeket tárgyalja, amennyiben az egyik fél már betöltötte a tizenkilencedik életévét, másikuk pedig a tizenegyediket már igen, a tizenharmadikat el- lenben még nem.

5.2. Ebből egyfelől az következik, hogy – feltéve, hogy a felek egyike sem fiatalabb tizennégy évesnél – az azonos korú (például tizenhat éves) férfiak, valamint a nem több mint egy év korkülönbséget felmutató szexuális (férfi)partnerek homoszexuális viszonyai minden esetben büntetlenek.

A nem büntethető cselekményekhez tartoznak azoknak a partnereknek a szexuális kontaktusai is, akik korkülönbsége egytől öt évig terjed, amennyiben a felek egyike sem fiatalabb, mint tizennégy és nem idősebb, mint tizenkilenc éves. Ezek a szexuális kapcsolatok, még ha már hónapok, vagy akár évek óta fennállnak is, abban a pillanatban büntethetővé válnak, ha az idősebb fél túllépi a tizenkilenc éves kort. A büntethetőség aztán ismét megszűnik, amint a fiatalabb fél átlépi a tizenharmadik életévét.

5.3. A megtámadott büntető rendelkezés így – és ez példa nélküli az StGB-ben – a büntethető homoszexuális férfiak közötti kapcsolatok esetében először a büntethetetlenség, majd a büntethetőség és végzetül ismét a büntethetetlenség időbeli váltakozását eredményezi. Ennek során a büntethetetlenség és a büntethetőség első két periódusának időtartama a korkülönbség mértékétől függ: a büntethetőség időtartama olyan mértékű, mint amennyivel a korkülönbség az egy évet meghaladja; ez (a fiatalabb fél tizenharmadik életévének betöltéséig egész hónapokra kerekítve) legfeljebb három évig és tizenegy hónapig terjedhet.

5.4. Az StGB 209. §-ának érvényben lévő változata hasonló aggályokat ébreszt, mint amelyeket a Nemzeti Tanács jogi bizottsága a szövetségi kormány által javasolt változat I StG 1945 129. §-a kapcsán már észrevételezett (vö. II. 2.2.3. pont) és amely a bizottságot arra ösztönözte, hogy ezen a ponton megváltoztassa a szövetségi előterjesztést anélkül, hogy már akkor felismerték volna, hogy a szóban forgó változtatás dimenzióit tekintve csökkenti ugyan a problémát, de nem szünteti azt meg.

5.5. A jogtudományi szakirodalom is – amennyiben foglalkozott a problémával – kritizálta ebből a szempontból az StGB 209. §-ának akkori tényállását.

Így kiemelik, hogy a merev korhatárok „a folyamatosan fennálló, férfiak közötti homoszexuális kapcsolatokban a büntethetőség és büntethetetlenség paradox szakaszolásához” (Schick, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch 2*, Hrsg. Höpfel–Ratz, 2001, Rz 7; 209. §; hasonlóképp Bertel–Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht*. Besonderer Teil II4, 1999, Rz 2 209. §), illetve „abszurd eredményekhez” vezetnének (Schwaighofer, *Das Strafrechtsänderungsgesetz*, 1996–1997, 28, épp így az osztrák büntetőjog aktuális fejleményei LJZ 1996, 57/64, jobb hasáb; kritikus továbbá még Kienapfel–Schmoller, *Strafrecht*. Besonderer Teil

III, 1999, Rz 209. § mwN, mint ahogy Schmoller, *Unzureichendes oder überzogenes Sexualstrafrecht?* JRP, 2001, 64 [77 f]).

5.6. Mivel az StGB 209. §-ának tényállása a (férfi) személyek közötti szexuális kapcsolatokat először nem büntethető azonos nemű viszonyként kezeli, a norma úgy alkotmányjogi szempontból, mint önmagában szakszerűtlennek (unsachlich) minősítendő. A jogalkotó ugyanis abból indul ki, hogy a férfi partnerek közötti kapcsolat az egy évet meghaladó, de kevesebb, mint öt évnyi korkülönbség esetén a saját maga által követelt védelmi cél szempontjából épenséggel nem olyan mértékben ártalmas, hogy azt a büntetőjog eszközeivel kelljen kezelni. Ebben az esetben azonban szakszerűtlen (unsachlich) ugyanezt a kapcsolatot megbüntetni csupán azért, mert az idősebb fél elérte a tizenkilenc, a fiatalabb pedig a tizennyolc éves korhatárt (azaz csak egy bizonyos időszak folyamán).

6. Az StGB 209. §-a már csak az imént megnevezett okból is mint az alkotmánnyal ellenkező hatályon kívül helyezendő, úgyhogy az indítványozó felsőbb bíróság által a továbbiakban felhozott kételyek megvizsgálása szükségtelen.

7. Mivel az az ok, amelyből kifolyólag a hatályon kívül helyezés szükségessé vált, az StGB 209. §-ának korábbi változatában is fennáll, ki kell mondani, hogy a korábbi törvényi meghatározások nem lépnek ismét

hatályba. Ezen kijelentés a B-VG 140. cikkely (6) bekezdés első mondatán alapul.

8. Az Alkotmánybíróság nem vonja kétségbe alkotmányjogi szempontból azt a vonatkozó nemi büntetőjogi normákon alapuló védelmi célt, amely szerint meg kell védeni a gyermekeket és a fiatalkorúakat a korai, a jogalkotó által a fejlődés szempontjából károsnak ítélt (hetero- és homo)szexuális kapcsolatoktól, valamint a szexuális kizsákmányolástól. Egyfajta beleegyezési kor megállapítása a fiatalkorúak esetében messzemenően beletartozik a jogalkotó jogpolitikai mozgásterébe, mindazonáltal az esetleges új szabályozásnak más elemeket, mint például a partnerek korkülönbségét is figyelembe kellene vennie.

Az esetleges kiegészítő szabályozás tekintetében a hatályon kívül helyezett határozat hatályon kívül helyezésének határideje 2003. február 28. Az erre vonatkozó kijelentés a B-VG 140. cikkely (5.) bekezdésének utolsó előtti és utolsó mondatán alapul.

JEGYZET

* A fordításban nem szerepel a bíróságnak az érdemi vizsgálatot megelőző, az eljárás megengedhetőségével kapcsolatos állásfoglalása.

Fordította: Peres Anna