

Др Танасије Маринковић, доцент
Правни факултет Универзитета у Београду

ГОВОР МРЖЊЕ КАО ОСНОВ ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА*

Апстракт: У пракси Европског суда за људска права слобода изражавања ужива посебну заштиту. Она је, према мишљењу Суда, уграђена у темеље демократског друштва и један је од основних услова за његов напредак и за развој сваког човека. При томе, слобода изражавања важи не само за “информације” и „идеје“ које се повољно примају, или које не вређају или на које се гледа са равнодушношћу, већ и за оне које вређају, шокирају и узнемиравају државу, или део становништва, јер су то захтеви плурализма, толеранције и ширине духа без којих нема „демократског друштва“.

Ово високо вредновање слободе изражавања нарочито долази до изражаја када је реч о политичком говору, будући да је слободна политичка расправа важно обележје демократског друштва. Ипак, Европски суд, стоји и на становишту да когод се служи слободом изражавања преузима „дужности“ и „одговорности“ и да слобода политичке расправе несумњиво није апсолутне природе. Сасвим конкретно, када је реч о говору мржње, Суд подвлачи да су толеранција и поштовање једнаког достојанства свих људских бића основ демократског и плуралистичког друштва и да се у демократским друштвима, у начелу, може сматрати неопходним да се казне, па чак и да се спрече, сви облици изражавања који заговарају, подстичу, промовишу или оправдавају мржњу засновану на нетолеранцији.

Полазећи од појма забране говора мржње у уставном систему Србије, и места Европске конвенције за заштиту људских права у његовој хијерархији извора права, у овом раду се прати еволуција јуриспруденције Европског суда у погледу разумевања и дефинисања услова под којима се може сматрати неопходним да сезбог говора мржње ограничи слобода изражавања у демократском друштву. Тај правни стандард – неопходности ограничења у демократском

*Овај рад је урађен у оквиру пројекта *Конституционализам и владавина права у изградњи националне државе – случај Србије*, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

друштву, се потом пореди са стандардом јасне и постојеће опасности, који се готово читав век развија у пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава, и чија примена се понекада заговара и у Европи.

Кључне речи: - Слобода изражавања. – Говор мржње. – Неопходност ограничења у демократском друштву. – Јасна и постојећа опасност. – Европски суд за људска права. – Врховни суд САД-а

1. УВОД

Одлука Уставног суда Републике Србије о забрани рада Удружења грађана *Отачаствени покрет Образ*, „због деловања усмереног на кршење зајемчених људских и мањинских права и изазивања националне и верске мржње“,¹ отворила је у нашој научној и стручној јавности расправу о појму говора мржње и границама слободе политичког изражавања.² Ова питања се постављају утолико пре што у пракси Европског суда за људска права, која се, иначе, мора узети у обзир приликом тумачења одредаба о људским правима у нашем уставном систему, слобода политичког изражавања ужива посебну заштиту. Наиме, она је, према мишљењу Европског суда, уграђена у темеље демократског друштва и један је од основних услова за његов напредак и за развој сваког човека. При томе, слобода изражавања важи не само за „информације“ и „идеје“ које се повољно примају, или које не вређају или на које се гледа са равнодушношћу, већ и за оне које вређају, шокирају и узнемиравају државу, или део становништва, јер су то захтеви плурализма, толеранције и ширине духа без којих нема „демократског друштва“. Ипак, Европски суд, стоји и на становишту да когод се служи слободом изражавања преузима „дужности“ и „одговорности“ и да слобода политичке расправе несумњиво није апсолутне природе. Сасвим конкретно, када је реч о говору мржње, Суд подвлачи да су толеранција и поштовање једнаког достојанства свих људских бића основ демократског и плуралистичког друштва и да се у демократским друштвима, у начелу, може сматрати неопходним да се казне, па чак и да се спрече, сви облици изражавања

¹Одлука Уставног суда Републике Србије, број VIII-249/2009, „Службени гласник РС“ бр. 69/12, стр. 89.

² То питање је заострено већ одбијајућим издвигеним мишљењем судије Катарине Манојловић Андрић, са којим се сагласила и судија др Оливера Вучић, у поменутом предмету Уставног суда. Вид. „Службени гласник РС“ бр. 69/12, стр. 102-104.

који заговарају, подстичу, промовишу или оправдавају мржњу засновану на нетолеранцији.

У настојању да се да одговор на питање под којим условима се може сматрати неопходним да се у демократском друштву казни, па чак и да се спречи, говор заснован на нетолеранцији, у овом раду се прати еволуција јуриспруденције Европског суда, и то од пресуде Зана против Турске, средином деведесетих година XX века, када је спорни интервју анализиран уско с обзиром на време и простор у којем је дат и ауторитет онога ко га је дао, до пресуде Вејделанд против Шведске, од фебруара ове године, у којем је дељење памфлета у средњој школи окарактерисано као говор мржње пре свега с обзиром на њихову садржину. Будући да се стандард неопходности ограничења у демократском друштву (*necessary in a democratic society*), који се на основу Европске конвенције за људска права развија у пракси Европског суда, неретко пореди са стандардом јасне и постојеће опасности“ (*clear and present danger*), који се готово један век развија у пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава,³ у раду се разматра и његов појам. Овим разматрањима, међутим, претходи анализа забране говора мржње и услова под којим говор мржње може бити основ за ограничење слободе изражавања у уставном систему Републике Србије.

2. ЗАБРАНА ГОВОРА МРЖЊЕ У УСТАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Устав Републике Србије начелно забрањује и кажњава „свако изазивање и подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости“ (чл. 49), да би у одговарајућим одредбама предвидео могућност ограничења и одређених људских права због говора мржње. У том смислу, „слобода испољавања вере или уверења може се ограничити законом, само ако је то неопходно у демократском друштву, ради... спречавања изазивања или подстицања верске, националне или расне мржње“ (чл. 43, ст. 3 Устава). Исто тако, „Уставни суд може забранити верску заједницу само ако... изазива и подстиче верску,

³На њега се у издвојеним мишљењима позивају како судије Европског суда у Стразбуру, тако и судије Уставног суда Србије. Вид. делимично одбијајуће издвојено мишљење судије Бонело у предмету *Sürekv. Turkey N°1*, пресуда Великог већа Европског суда од 8. јула 1999, бр. представке: 26682/95, стр. 38-39, и поменуто одбијајуће издвојено мишљењем судије Катарине Манојловић Андрић, са којим се сагласила и судија др Оливера Вучић, „Службени гласник РС“ бр. 69/12, стр. 104.

националну или расну нетрпељивост“ (чл. 44, ст. 3 Устава). Заговарање, односно и зазивање „расне, националне или верске мржње“ може бити основ за спречавање ширења информација и идеја путем средстава јавног обавештавања (чл. 50, ст. 3 Устава), и за забрану удружења (чл. 55, ст. 4 Устава). Као вид угрожавања права и угледа других, говор мржње може довести до ограничења слободе мишљења и изражавања (чл. 46, ст. 2 Устава), и слободе окупљања (чл. 54, ст. 4 Устава).

Ове уставне норме о забрани говора мржње нашле су своју разраду у одговарајућим законима Републике Србије, од којих је посебно значајан Закон о забрани дискриминације (ЗОЗД) који одређује појам говора мржање, и њему сродног облика дискриминације- узнемиравања и понижавајућег поступања - који се понекада подводи под говор мржње у ширем смислу.⁴ У ужем смислу говор мржње је „изражавање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог личног својства, у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивањем порука или симбола и на други начин“ (чл. 11 ЗОЗД); док, узнемиравање и понижавајуће поступање „има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, а нарочито ако се тиме ствара страх, или непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“ (чл. 12 ЗОЗД). Произлази да се говором мржње, и узнемиравањем и понижавајућим поступањем, припадницима расне, етничке, верске, сексуалне или друге групе наносе психичке повреде - нарушавањем части или угледа, стварањем страха од изолације или физичког напада – управо због њиховог групног идентитета. Ови видови одрицања права на једнако људско достојанство су по правилу усмерени на припаднике мањинских група (које су у прошлости биле угњетаване), али се могу испољити и против припадника већинске групе, с тиме што је у том случају степен угрожености и страха објективно неупоредиво мањи. Разлика између ова два облика дискриминације је у томе што је код говора мржње наношење психичких повреда индиректно, док је код узнемиравања и понижавајућег поступања оно директно. Наиме, говор мржње је обраћање најширој публици, а посебно њеним екстремистичким деловима, којим се подстиче дискриминација, мржња или насиље, против припадника одређене групе, чији психички интегритет се на тај начин посредно нарушава.

⁴ Закон наводи да су облици дискриминације „непосредна и посредна дискриминација, повреда начела једнаких права и обавеза, позивање на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње и узнемиравање и понижавајуће поступање“ (чл. 5 ЗОЗД).

Узнемиравање и понижавајуће поступање подразумева, пак, директно обраћање припадницима дате групе, тако да се ствара страх, или непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење.⁵

Произлази да су слобода изражавања и њој сродне слободе (испољавања вере или уверења, верског организовања, удруживања, окупљања и др) уставом загарантована људска права, али не апсолутног, већ релативног типа која могу бити ограничена, *inter alia*, због говора мржње и узнемиравања и понижавајућег поступања. Ипак, Устав Републике Србије додатно штити овај корпус права, чак и онда када је он у служби говора мржње тиме што прописује да „људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена“, не само под условом да се ограничење чини „у сврхе ради којих га Устав допушта“, већ и под условом да је „у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и беззадирања у суштину зајемченог права“ (чл. 20, ст. 1). Уз то, Устав синтетички изражава праксу међународних тела која надзиру спровођење међународних стандарда људских права када је реч о испитивању неопходности ограничења људских права у демократском друштву: „При ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права“ (чл. 20, ст. 3). Управо у циљу разумевања овог стандарда - неопходности ограничења у демократском друштву - у наставку рада се разматра одговарајућа пракса Европског суда за људска права која се, према изричитом слову Устава, мора узети у обзир приликом тумачења одредаба о људским правима (чл. 18, ст. 3 Устава Републике Србије), као и појам њему конкурентског стандарда - јасне и постојеће опасности - који се развио у пракси Врховног суда САД-а.

3. ЗАБРАНА ГОВОРА МРЖЊЕ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

У пракси Европског суда за људска права слобода говора ужива посебну заштиту.⁶ Како Суд константно истиче још од пресуде Хендисајд,

⁵О појму говора мржње вид. Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2005, 170-186.

⁶Ова заштита се посебно развила у оквиру члана 10 Европске конвенције који предвиђа да „свако има право на слободу изражавања“, да “ово право укључује слободу поседовања сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне

слобода изражавања је уграђена у темеље демократског друштва, и „један је од основних услова за његов напредака и за развој сваког човека. [...] Она важи не само за "информације" и "идеје" које се повољно примају, или које не вређају или на које се гледа са равнодушношћу, већ и за оне које вређају, шокирају и узнемиравају државу, или део становништва. Такви су захтеви плурализма, толеранције и ширине духа без којих нема "демократског друштва"⁷. Ово особено вредновање слободе изражавања нарочито долази до изражаја када је реч о политичком говору: „Члан 10, став 2 Конвенције оставља мало простора за ограничење слободе изражавања у домену политичког говора или питања од општег интереса“⁸. Суд, наиме, истиче да је подстицање слободне политичке расправе важно обележје демократског друштва. „Он придаје највиши значај слободи изражавања у контексту политичке расправе и сматра да су за оправдање ограничења политичког говора потребни веома јаки разлози“⁹.

Ипак, Европски суд, стоји и на становишту да „когод се служи слободом изражавања преузима "дужности" и "одговорности" чији обим зависи од његове ситуације и техничких средстава које користи“¹⁰, и да „слобода политичке расправе несумњиво није апсолутне природе“, те да „надлежне државне власти имају могућност, у својству гарантора јавног реда, да усвоје мере, чак и кривичноправне природе, усмерене на то да се на одговарајући начин и не прекомерно одреагује на клеветничке оптужбе лишене основа или изражене у лошој намери“¹¹, док у ситуацијама у којим „изражена гледишта подстичу на насиље против појединца или јавног

власти и без обзира на границе“, као и да „коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности“, из чега произлази да се оно „може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства“. Од значаја за ово питање је и јуриспруденција Европског суда о говору који уопште не ужива судску заштиту, јер је вид злоупотребе права, заснована на члану 17 Конвенције који гласи да се „ништа у овој Конвенцији не може [се] тумачити тако да подразумева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку делатност или изврше неки чин усмерен поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом“.

⁷*Handysidev. TheUnitedKingdom*, 7. децембар 1976, бр. представке: 5493/72, пара. 49.

⁸*SchorschandNewsVerlagsgesellschaftmbHv. Austria*, пресуда Европског суда за људска права од 13. новембра 2003, бр. представке: 39394/98, пара. 30.

⁹*Feldekv. Slovakia*, пресуда од 12. јула 2001, бр. представке: 29032/95, пара. 83.

¹⁰*Handysidev. TheUnitedKingdom*, пара. 49.

¹¹*Castellsv. Spain*, пресуда од 23. априла 1992, бр. представке: 11798/85, пара. 46.

званичника или дела становништва, државне власти имају већу слободу процене када испитују потребу ограничења слободе изражавања¹². Сасвим конкретно, када је реч о говору мржње, „Суд подвлачи да су толеранција и поштовање једнаког достојанства свих људских бића основ демократског и плуралистичког друштва“ и да „се у демократским друштвима, у начелу, може сматрати неопходним да се казне, па чак и да се спрече, сви облици изражавања који заговарају, подстичу, промовишу или оправдавају мржњу засновану на нетолеранцији“¹³. Шта се, при том, може сматрати говором мржње ствар је, глобално посматрано, доктринарног и јуриспруденцијалног спорења, али је за праксу Европског суда карактеристично то да се креће у правцу ширења његовог појма, односно сужавања слободе изражавања, уколико се њиме подстиче на мржњу и насиље, или се ствара атмосфера страха, на дискриминаторној основи.

Тако је у предмету Зана против Турске спор био о томе да ли је осуда подносиоца представке за речи којима је изразио подршку „националном ослободилачком покрету *PKK*“ и којима је признао да иако „није за масакре“, „свако може да почини грешке и да *PKK* убија жене и децу грешком“ у складу са чланом 10, ставом 2 Конвенције.¹⁴ Приликом утврђивања да турски суд није повредио члан 10, став 2 Конвенције Европски суд је у обзир узео не само конкретне противречне и двосмислене изјаве подносиоца представке, већ и околности у којима су оне дате: да су изјаве коинцидирале са смртоносним нападима *PKK* на цивиле у југоисточној Турској, у којој су постојале изразите тензије у дато време (у 11 од 12 покрајина југоисточне Турске било је на снази ванредно стање); да је подносилац представке бивши градоначелник Дијарбакара, најзначајнијег града у југоисточној Турској; и да су изјаве биле дате у интервјуу водећем националном дневном листу.¹⁵ „У тим околностима“, закључио је Европски суд, „било је за очекивати да ће подршка коју је бивши градоначелник Дијарбакара, најзначајнијег града у југоисточној Турској, дао *PKK*, у интервјуу водећем националном дневном листу – описујући је као национални ослободилачки покрет – погоршати већ експлозивну ситуацију у датом региону“¹⁶.

У потоњој пресуди Сурек против Турске у којој је испитивао да ли је осуда власника новина због писма читалаца објављених у тим новинама у

¹² *Sürek v. Turkey* N°1, пара. 61.

¹³ *Erbakan v. Turquie*, пресуда од 6. јула 2006, бр. представке: 59405/00, пара. 56.

¹⁴ *Zanav. Turkey*, пресуда Европског суда од 25. новембра 1997, бр. представке: 69/1996/688/880, пара. 57.

¹⁵ *Ibid.*, пара. 58 и 59.

¹⁶ *Ibid.*, пара. 60.

складу са чланом 10, ставом 2 Конвенције, Европски суд је ставио нагласак на оно што је изречено, остављајући по страни дубљу анализу контекста у којем су те речи изговорене. Наиме, у писмима објављеним у локалном истамбулском недељнику, поводом сукоба између турских безбедносних снага и припадника РКК, који у југоисточној Турској трају од 1985. године, Европски суд је приметио да „постоји јасна намера да се жигосе друга страна у сукобу употребом етикета као што су "фашистичка турска армија", "смртоносне банде РТ [Републике Турске, прим. Т.М]" и "плаћене убице империјализма", уз упућивања на "масакре", "бруталности" и "клање"¹⁷. Тиме се, према мишљењу Суда, наведена писма свode на „позив на крвави обрачун распиривањем ниских емоција и јачањем већ усађених предрасуда које су се испољиле у смртосном насиљу“.¹⁸ У условима датог општег контекста „садржина писма је таква да се намеће закључак да су подобна да доведу до даљег насиља у региону развијајући дубоко усемењену и ирационалну мржњу, против оних који су представљени као одговорни за наводна недела. Порука која је упућена читаоцу је управо та да је прибегавање насиљу неопходна и оправдана мера самоодбране у суочавању са агресором“.¹⁹ С озиром на наведено „Суд понавља да проста чињеница да "информације" или "идеје" вређају, шокирају или узнемиравају није довољна да се оправда то ограничење [...]. Оно што је, међутим, на делу у датом случају јесте говор мржње и величање насиља“.²⁰

Конечно, Суд не само да је своју пресуду готово искључиво засновао на садржини реч, не улазећи, за разлику од Зане против Турске, свега две године раније, у посебан контекст у којем су оне изнете, већ није сматрао релевантним ни то што је власник недељника кривично осуђен упркос чињеници да је његова веза са недељником комерцијалне, а не уредничке природе. „Иако је истина да се подносилац представке није лично поистоветио са мишљењима садржаним у писмима, он је“, приметио је Суд, „омогућио њеним писцима простор за распиривање насиља и мржње. Био је власник и као такав је имао моћ да обликује уреднички правац недељника. Из тог разлога био је викариозно подвргнут "дужностима и одговорностима" којима уредничко и новинарско особље недељника подлежу у прикупљању и прослеђивању информација јавности, а који у ситуацијама конфликта и тензије попримају још већу важност“.²¹

¹⁷ *Süreky. Turkey*, пара. 62.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, пара. 63.

У пресуди Фере против Белгије Европски суд је отишао још даље у изолованој анализи изнетих мишљења и утврђивању постојања говора мржње и онда када је јасно да такав говор, с обзиром на околности случаја, не би могао да доведе до насиља и да је мржња тек индиректно уперена против дате мањинске групе. Наиме, подносилац представке у овом предмету - белгијски народни посланик – био је кривично осуђен због низа изјава датих у различитим временским периодима и због делова страначког програма, који су по свом карактеру били више у домену политичке критике, јер су били уперени против белгијске владе и њене имиграционе политике, и уопште локалних политичких странака, него што су се обраћали грађанима и позивали их на одређену акцију.²² Ипак, „Суд је проценио да подстицање на мржњу не захтева нужно позив на одређени чин насиља или на неку кривичну радњу. Напади на личности учињени увредама, изругавањима или клеветањем одређених делова становништва и његових специфичних група или подстицање на дискриминацију, као у овом предмету, довољан су основ да се власти определе за борбу против расистичког говора насупрот неодговорној слободи изражавања која повређује достојанство, ако не и безбедност тих делова или група становништва. Политички говори који подстичу на мржњу засновану на верским, етничким или културним претпоставкама су опасност за друштвени мир и политичку стабилност у демократским државама“.²³

Овак приступ Европски суд је потврдио и у једној од својих најновијих пресуда у којој је испитивао да ли су памфлети у којима се тврдило да је хомосексуалност „девијантна сексуална склоност“ која има „морално разарајуће последице по суштину друштва“, да је један од основних разлога за ширење ХИВ-а и сиде, и да „хомосексуални лоби“ омаловажава озбиљност педофилије, заштићени слободом изражавања.²⁴ Оцењујући да је кривична осуда подносилаца представке у складу са чланом 10, ставом 2 Конвенције, Европски суд је истакао да „иако те изјаве нису непосредно препоручивале појединцима да поступају дискриминаторно, оне су озбиљне тврдње које садрже предрасуде“, и да је „дискриминација заснована на сексуалној оријентацији исто толико озбиљна колико и дискриминација заснована на раси, пореклу или боји“.²⁵ Суд је, при том, нарочито узео у обзир чињеницу да су памфлети остављени у гимназији,

²² *Féretc. Belgique*, пресуда Европског суда од 16. јула 2009, бр. представке: 15615/07, пара. 8-17.

²³ *Ibid.*, пара. 73.

²⁴ *Vejdelandandothersv. Sweden*, пресуда Европског суда од 9. фебруара 2012, бр. представке: 1813/07, пара. 54.

²⁵ *Ibid.*, пара. 54 и 55.

„у ормарићима младих људи који су у поводљивом и осетљивом добу, и који нису имали могућност да их одбију“, као и да су „дистрибуирани у школи коју ниједан од подносилаца представке није похађивао и којој нису имали слободан приступ“.²⁶

Произлази да је јуриспруденција Европског суда за људска права значајно еволуирала у погледу разумевања услова и околности под којима говор мржње оправдава ограничење слободе изражавања: од пресуде Зана, средином деведесетих година XX века, када је спорни интервју анализиран уско с обзиром на време и простор у којем је дат и ауторитет онога ко га је дао, до пресуде Вејделанд, од фебруара ове године, у којем је дељење памфлета у средњој школи окарактерисано као говор мржње пре свега с обзиром на њихову садржину, а тек потом и чињеницу да је у питању била тзв. заробљена публика (*captiveaudiance*) – она која се налази у безизлазној ситуацији и којој се намећу ставови који вређају поједине њене чланове. Јасна је, дакле, тенденција Суда да своју анализу спорног говора, од ситуирања изнетих речи у општи и посебни контекст, сведе на изоловано испитивање садржине самих речи, ублажавајући тиме услове за кажњавање због говора мржње. Другим речима, поступак доказивања неопходности ограничења слободе изражавања у демократском друштву се поједностављује што и теоријски, и практично подстиче на прављење паралела са стандардом јасне и постојеће опасности који у пракси Врховног суда САД-а служи томе да се утврди када се може одговорати за изражено мишљење.

4. СТАНДАРД ЈАСНЕ И ПОСТОЈЕЋЕ ОПАСНОСТИ У ПРАКСИ ВРХОВНОГ СУДА СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА

САД судржава у којој су примери ограничења политичких слобода, а поготово слободе изражавања, врло ретки. Позицију такве правне и политичке културе објашњава Џон Ролс: „Уколико је слободан политички говор зајемчен озбиљна незадовољства не пролазе непримећена, односно не постају одједном јако опасна. Она се јавно саопштавају, и у умерено добро уређеном поретку узимају у обзир барем у одређеној мери... Основне установе умерено добро уређеног демократског друштва нису тако крхке или нестабилне да би могле бити збачене само заговарањем насилног рушења уставног поретка. Напротив, у таквом друштву мудро политичко вођство узима такав говор као упозорење да је можда

²⁶ *Ibid.*, пара. 56.

неопходно приступити суштинским променама, а које промене се траже делимично се сазнаје на основу целовитијег политичког погледа који се користи да се објасни и оправда заговарање отпора и револуције²⁷.

Међутим, ако је и тачно да је правно-политичка култура САД-а таква да се ограничење или гушење слободног политичког говора сматра легитимним једино уколико су његов народ и установе покорени,²⁸ Врховни суд САД-а је тек крајем 60' година XX века почео у том правцу да примењује стандардне и постојеће опасности, као критеријум ограничења слободе политичког изражавања. Читавих пет деценија пре тога, од пресуде Шенк (*Schenck*) до Бранденбург (*Brandenburg*), траје уобличавање ове формуле у доктрину каквом је данас знамо. Иако је, дакле, критеријум јасне и постојеће опасности данас синоним за слободан политички говор који може бити ограничен једино уколико је у стању да неопредно изазове противправну радњу, његово првобитно схватање и потоња еволуција нису били тако либерални.

Стандард јасне и постојеће опасности је у судску праксу САД-а увео судија Врховног суда Оливер Вендел Хоумз, у случају Шенк (1919), управо да би одговорио на питање под којим условима је допуштено ограничити слободу политичког изражавања. У датом предмету, Чарлс Шенк, генерални секретар Социјалистичке партије, и други чланови Партије, тражили су испитивање усклађености Закона о шпијунажи (*Espionage Act*), од 1917. године, са Првим амандманом на амерички устав, будући да су на основу тог закона, који забрањује ометање војног регрутовања, били кривично осуђени пред нижестепеним судом. Шенк и други су, наиме, штампали памфлете, намењене (али, не и послате) војним регрутима, у којима се истицало да су они жртве застрашивања ратних зилота и да млади људи треба да изразе своја индивидуална права против рата у Европи, те се позивало да се дође у седиште Социјалистичке партије и потпише петиција Конгресу против позива за војску.²⁹ Одговарајући на ставове жалилаца, да се оваквим законом спречава пуна јавна расправа о рату, супротно Првом амандману који предвиђа да „Конгрес неће донети закон... којим се ограничава слобода говора или штампе“, Суд је једногласно подржао уставност Закона. Образложење је саставио судија Хоумз који је проблем формулисао на следећи начин: „У

²⁷John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 2005, 347-348.

²⁸Наиме, Rawls, 355, налази да само тада постоји уставна криза која оправдава више или мање привремену суспензију демократских политичких установа, и то искључиво зарад очувања тих установа и других основних слобода.

²⁹Carol E. Jenson, „Schenk v. United States“, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (ed. Kermit L. Hall), Oxford University Press 1999, 276.

сваком предмету поставља се питање да ли су речи употребљене у таквим околностима и да ли су такве природе да су јасна и постојећа опасност по настанак суштинских зала која Конгрес има право да спречи³⁰. Хоумз је узео у обзир контекст говора и намеру организатора штампања памфлета, и потом разграничио ратне и мирнодопске прилике, закључивши да су Шенкове речи биле управо такво зло, јер се Закон односио како на завере, тако и на стварно ометање војске.³¹

Употребом критеријума јасне и постојеће опасности Хоумз је покушао да установи разлику између заштићеног и незаштићеног говора у уставном праву, и у томе је успео да убеди и остале судије у Врховном суду, које га се и дан-данас држе. Међутим, под утицајима своје средине и општих прилика, убрзо је почео да преиспитује његову садржину, и у низу издвојених сагласних и одбијајућих мишљења са судијом Луисом Брендајсом преформулисао је његово значење, које ће постати већинско мишљење Суда тек са пресудом Бранденбург 1969. године. Тако се у случају Ејбрамз (*Abrams*) против Сједињених Држава (1919) поставило питање осуде Џејкоба Ејбрамза, руског имигранта и анархисте, и његових идеолошких другова (*comrades*), за писање, штампање и ширење памфлета, једних на енглеском, а других на јеврејском језику, у којима се осуђивао председник Вудро Вилсон због слања америчких трупа у совјетску Русију.³² Памфлети на јеврејском су позивали и на општи штрајк против владине политике интервенције. Осуде на период од 15 до 20 година затвора биле су изречене на основу Закона о побуни (*Sedition Act*), од 1918. године, који је предвиђао као кривично дело „вољно подстицање, подстрекавање или заговарање смањења производње“ ствари „неопходних или суштинских за наставак рата... с намером да таквим смањењем онемогуће или спрече Сједињене Државе у наставку рата“.³³ Већина у Суду је закључила, позивајући се на стандард јасне и тренутне опасности, да је осуда била оправдана јер су памфлети били раздвојени „на врхунцу ратне кризе“ и да су попримили размере „покушаја да се осујете ратни планови државе“.³⁴ Међутим, у свом издвојеном одбијајућем мишљењу, коме се придружио и судија Брендајс, Хоумз је истакао да Конгрес истина „може уставно да казни говор који производи или намерава да произведе

³⁰Schenk v. United States, 249 U. S. 47 (1919), *American Constitutional Law* (ed. Louis Fisher), McGRAW-HILL, INC., New York 1995, 570.

³¹*Ibid.*

³²Richard Polenberg, “Abrams v. United States”, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (ed. Kermit L. Hall), Oxford University Press 1999, 4.

³³*Ibid.*

³⁴Abrams v. United States, 250 U. S. 616 (1919), *American Constitutional Law* (ed. Louis Fisher), McGRAW-HILL, INC., New York 1995, 572.

јасну и постојећу опасност по настанак суштинских зала које Сједињене Државе уставно могу да теже да спрече“, али је и негирао да је „притајено објављивање памфлета непознате особе“ изазвало такву опасност, као и да је постојала неопходна намера, с обзиром на то да је Ејбрамзов једини циљ био да заустави америчку интервенцију у Русији.³⁵ Хоумз је, према томе, закључио да Први амандман штити изражавање свих мишљења „осим уколико она толико непосредно не прете моменталним уплитањем у правно оправдане и хитне циљеве закона да је моментална контрола потребна да би се сачувала држава“.³⁶

Путем оваквог резона судије Хоумз и Брендајс су наставиле и у друга два велика случаја ограничења слободе изражавања пред Врховним судом: Цитлоу (*Gitlow*) против Њу Јорка и Витни (*Whitney*) против Калифорније. Предмет испитивања у Цитлоу (1925) је била осуда Бенџамина Цитлоуа, члана левог крила Социјалистичке партије, на основу Закона о криминалној анархији (*Criminal Anarchy Law*) државе Њу Јорк, од 1902. године, који је познавао кривично дело заговарања насилног рушења власти.³⁷ Цитлоу је, наиме, био ухапшен због писања, објављивања и ширења шеснаест хиљада памфлета насловљених „Левокрилни манифесто“ који је подстицао на успостављање социјализма штрајковима и „класном акцијом... у било ком облику“, и осуђен предњујоршким судом који је сматрао да комунисти треба да буду одговорни за могућу опасност њихових апстрактних концепата.³⁸ Врховни суд је подржао ову осуду образлажући је правом државе да кажњава речи које угрожавају основе организоване власти и које прете њеним збацивањем незаконитим средствима.³⁹ Суд је признао да Цитлоуов памфлет није непосредно подстрекавао на криминалну радњу, али је, ипак, био мишљења да се у њему може видети „револуционарна искра“ која би у неком каснијем тренутку могла да се разбукта у „свеопшти и разарајући пожар“.⁴⁰ Сматрајући, супротно већини, да речи не могу да буду кажњене одвојено од радње Хоумз је, у издвојеном одбијајућем мишљењу, уз које је стао и Брендајс, истакао да је „једина разлика између изражавања мишљења и подстрекавања, у ужем смислу, [је] говорников ентузијазам у погледу резултата. Елоквенција може да запали разум. Но, шта год да може да се

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, 573.

³⁷ Paul L. Murphy, “Gitlow v. New York”, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (ed. Kermit L. Hall), Oxford University Press 1999, 106.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652 (1925), *American Constitutional Law* (ed. Louis Fisher), McGRAW-HILL, INC., New York 1995, 575.

⁴⁰ *Ibid.*

помисли о сувишном говору пред нама, он није имао шансе да изазове тренутни пожар“.⁴¹

Хоумз-Брендајсова либерална доктрина о јасној и постојећој опасности била је заокружена њиховим издвојеним сагласним мишљењем у пресуди Витни (1927), у којој је Врховни суд једногласно потврдио уставност калифорнијског закона о криминалном синдикализму. Закон, који је, иначе, био донет ради ограничења делатности Индустрijских радника света, синдиката са дугогодишњим искуством у области пољопривреде и шумарства, забрањивао је заговарање промена у систему индустријског власништва или политичке контроле.⁴² Шарлот Анита Витни, истакнута социјална активисткиња, била је ухапшена на скупу Комунистичке радничке партије, из чијег чланства је у међувремену иступила. Тужилаштво је инсистирало на уској вези између Индустрijских радника света и Комунистичке радничке партије, и Витни, која није негирала своје краткотрајно чланство у Партији, била је осуђена по том основу – чланства у организацији (*guilt by association*).⁴³ Судија Брендајс је издвојио сагласно мишљење, којем се придружио и Хоумз, тврдећи да је жалиљила требало да инсистира на критеријуму јасне и постојеће опасности како би се разграничило чланство од опасне радње. У настојању да дође до одговара на то захтевно питање када постоји јасна и постојећа опасност која оправдава ограничење слободе изражавања Брендајс је истакао: „Ако има времена да се у расправи изложи лажност и погрешност идеја, да се процесом образовања предупреди зло, лек за то је више говора, а не присилна тишина. Само хитност може оправдати репресију“.⁴⁴

Ограничење слободе изражавања је попримило нове облике са доношењем Смитовог закона (*Smith's Act*) који је криминализовао проповедање или заговарање насилног збацивања било које владе у САД-у, успостављање организације са циљем таквог проповедања или заговарања, или заверавање да се проповеда, заговара или организује насилно збацивање било које владе у САД-у.⁴⁵ Закон је био донет 1940. године ради борбе против Комунистичке партије, због њене блискости са Совјетским Савезом, но будући да су у Другом светском рату САД и

⁴¹*Ibid.*, 576.

⁴²Carol E. Jenson, “Whitney v. California”, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (ed. Kermit L. Hall), Oxford University Press 1999, 331.

⁴³*Ibid.*

⁴⁴Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927), *American Constitutional Law* (ed. Louis Fisher), McGRAW-HILL, INC., New York 1995, 578.

⁴⁵Michal R. Belknap, “Dennis v. United States”, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (ed. Kermit L. Hall), Oxford University Press 1999, 75.

СССР биле савезнице, САД су се уздржавале од његове примене. Међутим, с погоршањем односа између ове две државе, крајем 40' година XX века, кабинет демократског председника, Харија Трумана, нашао се под великим притиском републиканаца да казни домаће комунисте, у којима се видела претња по националу безбедност. У датој атмосфери антикомунистичке хистерије Департман правде (*Department of Justice*) је, у складу са Смитовим законом, поднео оптужбе против чланова Националног одбора Комунистичке партије због планирања завере.⁴⁶ Тако је дошло до случаја Денис (*Dennis*) против Сједињених Држава (1951) у којем је једанаест вођа Комунистичке партије, који су били осуђени пред окружним и апелационим судом, тражило испитивање уставности Смитовог закона. Саглашавајући се са даљим нарушавањем слободе говора Врховни суд је потврдио уставност оспореног закона и насупрот јасној и постојећој опасности увео стандард „озбиљне и вероватне опасности“ (*grave and probable danger*), подразумевајући под тиме да „у сваком предмету судови морају да се питају да ли озбиљност зла, умањена за своју невероватност, оправдава такво угрожавање слободе говора које је неопходно да би се избегла опасност“.⁴⁷ Пресудом Денис Врховни суд је направио пун круг својој антилибералној примени стандарда јасне и постојеће опасности, с којом је започео у пресуди Шенк, удаљавајући све више „од Хоумзових трезвених накнадних размишљања у издвојеном одбијајућем мишљењу у Ејбрамзу и страсти Брендјасовог позива на храброст и самоувереност у издвојеном мишљењу у Витнију“.⁴⁸

Упркос томе што је овом пресудом тишао можда најдаље у рестриктивном схватању слободе говора, 60' година XX века долази до либерализације законодавства и судске праксе, и Врховни суд нагло прави заокрет, коначно прихватајући Хоумз-Брендјасову доктрину. Та прекретница је учињена у предмету Бранденбург против Охаја (1969) у којем је Кларенс Бранденбург оспорио уставност Закон о криминалном синдикализму државе Охајо, на основу којег је био осуђен због заговарања расног сукоба приликом окупљања Кју Клукс Клана (*Ku Klux Klan*) које је било телевизијски праћено.⁴⁹ Врховни суд је једногласо прогласио Закон неуставним, образложући да је влади допуштено да кажњава заговарање противправне радње само уколико је „такво заговарање [је] усмерено на

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷Dennis v. United States, 341 U. S. 494 (1951), *American Constitutional Law* (ed. Louis Fisher), McGRAW-HILL, INC., New York 1995, 581.

⁴⁸William M. Wiecek, *Liberty under Law – The Supreme Court in American Life*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1990, 149.

⁴⁹Donald A. Downs, “Brandenburg v. Ohio”, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions* (ed. Kermit L. Hall), Oxford University Press 1999, 31.

подстицање или изазивање предстојеће противправне радње, и вероватно је да ће подстаћи или изазвати такву радњу⁵⁰. Захтевајући практично емпиријско истраживање непосредног угрожавања, овај стандард штити заговарање противправне радње, мада влада и даље може да казни говор који је доказиво опасан.⁵¹

5. ЗАКЉУЧАК

Говор мржње и њему блиска појава - узнемиравање и понижавајуће поступање, друштвено су неприхватљиви облици понашања, и као такви су основ за ограничење слободе изражавања и низа других политичких права. Међутим, у уставноправном систему Србије, под окриљем Европске конвенције за заштиту људских права, слобода изражавања важи не само за “информације” и „идеје” које се повољно примају, или на које се гледа са равнодушношћу, већ и за оне које вређају, шокирају и узнемиравају државу, или део становништва, јер су то претпоставке плурализма, толеранције и ширине духа на којима почива „демократско друштво”. То значи да сви облици изражавања који заговарају, подстичу, промовишу или оправдавају мржњу засновану на нетолеранцији могу бити кажњени или чак спречени само уколико се покаже да је то неопходно у демократском друштву. Утврђивање неопходности ограничења слободе изражавања у демократском друштву је, према томе, незаобилазан део поступка кажњавања или спречавања говора мржње. При томе, шта се све узима у обзир приликом испитивања неопходности ограничења у демократском друштву је правни стандард чији елементе одређује судска пракса, пре свега Европског суда за људска права, која је, у том погледу, значајно еволуирала у протекле две деценије. Наиме, Европски суд је своју анализу спорног говора, од ситуирања изнетих речи у општи и посебни контекст, свео на изоловано испитивање садржине самих речи, ублажавајући тиме услове за кажњавање говора мржње, односно поједностављујући поступак доказивања неопходности ограничења у демократском друштву. Насупрот оваквом европском искуству, право које се развијало под окриљем Врховног суда САД-а, када је реч о испитивању услова под којима је могуће ограничити слободу изражавања, такође је еволуирало, али у обрнутом смеру. Амерички пандан неопходности ограничења у демократском друштву јесте стандард јасне и постојеће

⁵⁰Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444 (1969), *American Constitutional Law* (ed. Louis Fisher), McGRAW-HILL, INC., New York 1995, 605.

⁵¹D. A. Downs, 31.

опасности. Од антилибералног значења које му је придавано у првих пет деценија његове примене, овај стандард се крајем шездесетих година XX века развио усиноним за слободу говора, чак и када се позива на расно насиље и мржњу. Очигледно је, дакле, да ови правни стандарди еволуирају у складу са конкретним друштвеним приликама и да се морају тумачити уз строго вођење рачуна о временском и просторном контексту у којем се јављају.

Резиме

Полазећи од појма забране говора мржње у уставном систему Србије, и места Европске конвенције за заштиту људских права у његовој хијерархији извора права, у овом раду се прати еволуција јуриспруденције Европског суда у погледу разумевања и дефинисања услова под којима се може сматрати неопходним да сезбог говора мржње ограничи слобода изражавања у демократском друштву. Тај правни стандард – неопходности ограничења у демократском друштву, се потом пореди са стандардом јасне и постојеће опасности, који се готово читав век развија у пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава, и чија примена се понекада заговара и у Европи.

Tanasije Marinkovic, Ph D

Assistant Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Hate Speech As A Ground For The Restriction Of Freedom Of Expression

Summary

Freedom of expression enjoys a particular protection in the case-law of the European Court of Human Rights. According to the Court, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, and one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Moreover, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population, since these are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

This high valuing of freedom of expression is particularly striking when it comes to the political speech, the free political debate being a distinctive feature of a democratic society. Nevertheless, the European Court considers that whoever exercises his freedom of expression undertakes “duties and responsibilities”, and that the freedom of political debate is undoubtedly not absolute in nature. More concretely, when the hate speech is at issue the Court underlines that the tolerance and respect of equal dignity of all human beings constitutes one of the essential foundations of a democratic and pluralist society, and that in a democratic society, in principle, it may be considered necessary to punish and even to prevent all forms of expression which propagate, incite, promote, or justify the hate based on intolerance.

Taking into account the notion of prohibition of hate speech in the constitutional system of the Republic of Serbia, and the place of the European Convention on Human Rights in its hierarchy of legal sources, this paper follows the evolution of the European Court’s case-law as to the understanding and definition of conditions under which it may be considered necessary in a democratic society to restrict freedom of expression because of hate speech. This legal standard – necessary in a democratic society, is then compared to the clear and present danger test, which has been developed for almost a century in the case-law of the Supreme Court of the United States of America, and which application is sometimes recommended in Europe.

Key words: *Freedom of expression. - Hate speech. – Necessary in a democratic society. – Clear and present danger. - European Court of Human Rights. – USA Supreme Court*