

## Ubiti pticu rugalicu? Militantna demokratija u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava

### I. UVOD

Nezaobilazni kontekst svake rasprave koja se u današnje vreme vodi o militantnoj demokratiji jeste praksa Evropskog suda za ljudska prava.<sup>[1]</sup> Postoji više razloga koji govore u prilog tome, ali su sledeći svakako najvažniji.

Prvo, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>[2]</sup> štite se fundamentalne demokratske vrednosti kojima se neprijatelji demokratije često služe kako bi je uništili – sloboda izražavanja, sloboda udruživanja, sloboda mirnog okupljanja, kao i pravo na učešće u upravljanju društvenom zajednicom, pre svega aktivno i pasivno biračko pravo.<sup>[3]</sup> Drugo, *travaux préparatoires* svedoče da je Konvencija nastala kao instrument militantne demokratije jer je, pored ostalog, njeno usvajanje imalo za cilj da spreči ponovno stvaranje nacističke države na tlu Evrope. „Demokratije ne postaju nacističke države u jednom danu [...]. Suzbija se jedna po jedna sloboda, u jednoj, pa zatim u drugoj oblasti. Javno mišljenje i sva nacionalna savest se guši [...]. Potrebno je intervenisati pre nego što postane prekasno,“ reči su jednog od učesnika u pisanju nacrtu Konvencije.<sup>[4]</sup> Treće, kako ću detaljno prikazati u ovom radu, Evropski sud je u više navrata zaključio da stranke Konvencije imaju pravo da preduzmu posebne mere kako bi zaštitile svoje demokratske poretke. I najzad, iako su u poslednje vreme učestale kritike na rad ovog suda, naročito one kojima se tvrdi da njegova

[1] U daljem tekstu: Evropski sud ili Sud.

[2] U nastavku teksta: Konvencija.

[3] Videti članove 10. i 11. Konvencije i član 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju.

[4] Videti: Jure Vidmar, „Multiparty Democracy: International and European Human Rights Law Perspectives“, 23 *Leiden Journal of International Law* 1, 2010, p. 228, f. 126.

praksa u velikoj meri neopravdano ograničava suverenitet nacionalnih država, poslednju reč u tumačenju dozvoljenih ograničenja demokratskih prava, a samim tim i u legitimizaciji militantne demokratije na tlu Evrope, ima Evropski sud kao nadzorni organ u sprovođenju Konvencije.

Ovo poglavlje počinje osvrtom na praksu Evropskog suda koja promovise vezu između demokratije i ljudskih prava i uspostavlja demokratiju kao jedini legitimni oblik političke vladavine u Evropi. Posledica toga je „regionalizacija“ ideje „militantne demokratije“, koja dozvoljava strankama Konvencije da u svojim nacionalnim zakonodavstvima propišu određene „militantne“ mere u odbrani demokratskog karaktera njihovih društava. Kako prilog ima za cilj da ukaže na „militantne“ mere koje po shvatanju Evropskog suda mogu da predstavljaju „nužnu društvenu potrebu“ u odbrani demokratije, diskusija se zatim premešta na praksu Suda o (ne)dozvoljenim ograničenjima slobode izražavanja, slobode udruživanja (pre svega prava na formiranje i rad političkih partija), kao i izbornih prava. U radu se zatim prati problematičan stav Suda shodno kojem je koncept militantne demokratije osnov za pitanje uređenja odnosa između države i religije, što je dovelo, po mišljenju autorke ovog priloga, do veze militantne demokratije i militantnog sekularizma pogubne po demokratiju.

U zaključnim razmatranjima ističe se da je praksa Evropskog suda pravno legitimizirala određene elemente militantne demokratije kao sredstva zaštite demokratije, s tim što obim te zaštite pokazuje tendenciju kontinuiranog širenja, a pitanje njenog (ne)demokratskog karaktera i dalje ostaje predmet tumačenja.

## II. PROMOCIJA DEMOKRATIJE

U većini međunarodnih instrumenta o zaštiti ljudskih prava termin „demokratija“ pažljivo je izbegnut, iako se tim instrumentima promovisu tzv. demokratska prava i definišu kriterijumi za njihovo ograničavanje radi zaštite interesa „demokratskog društva“.<sup>[5]</sup> Zbog toga se može tvrditi da je u vreme donošenja npr. Univerzalne deklaracije

[5] Detaljnije: Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, sec. ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 60–62.

o ljudskim pravima ili Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, termin „demokratsko društvo“<sup>[6]</sup>, pre svega bio sinonim za antifašizam i antitotalitarizam, odnosno da nije korišćen u smislu favorizovanja odgovarajućeg političkog sistema.<sup>[7]</sup> Za razliku od toga, komplementaran odnos između demokratije kao političkog sistema i ljudskih prava prepoznat je u Konvenciji još u momentu njenog usvajanja.<sup>[8]</sup> Naime, već u njenoj preambuli naglašava se da se „osnovne slobode koje su temelj mira i pravde u svetu najbolje održavaju stvarnom političkom demokratijom, s jedne strane, i zajedničkim shvatanjem i poštovanjem ljudskih prava od kojih one zavise, s druge strane“.

Kao što sam već istakla, u prilog teze da su demokratija i ljudska prava povezani koncepti, govori i činjenica da se Konvencijom štite najvažnija prava koja proističu direktno iz demokratije, uključujući slobodu govora, slobodu udruživanja i s njom povezanog prava na formiranje političke partije, slobodu mirnog okupljanja i izborna prava. Osim toga, ne samo da je predstavnička demokratija predmet eksplicitne zaštite u članu 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju, već praksa Evropskog suda pokazuje da to postaje i participaciona demokratija.<sup>[9]</sup> Zatim, svako ograničavanje prava garantovanih članovima od 8. do 11. Konvencije mora biti „neophodno u demokratskom društvu“. Najzad, Evropski sud je više puta istakao da je Konvencija pisana tako da očuva i promovise vrednosti i ideale demokratskog društva.<sup>[10]</sup>

[6] Videti član 29. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i članove 14, 21. i 22. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

[7] Teško se, međutim, i danas može tvrditi da međunarodno pravo, kako ugovorno tako i običajno, nalaže državama da slede određeni oblik političke vladavine, tj. obavezu da prihvate demokratiju. U tom smislu evropski prostor predstavlja izuzetak. Detaljnije: Tomuschat, *o. c.*, pp. 60–62; Vidmar, *o. c.*, pp. 239–240.

[8] U nastavku ovaj rad predstavlja izmenjenu i proširenu verziju autorkinog rada „A Short Guide to Militant Democracy: Some Remarks on the Strasbourg Jurisprudence“, objavljenog u *European Yearbook of Human Rights 2012*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, Intersentia & NW Verlag, Antwerp, Wien, 2012, pp. 243–257.

[9] Detaljnije, Rory O’Connell, „Towards a Stronger Concept of Democracy in the Strasbourg Convention“, 3 *European Human Rights Law Review*, 2006, pp. 281–293.

[10] Videti: *Soering v. United Kingdom*, presuda od 7. jula 1989, par. 87 i *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, presuda od 7. decembra 1976, par. 53.

Ipak, izgleda da je u Konvenciji veza između demokratije kao političkog sistema i ljudskih prava postala nedvosmislena tek kada je Evropski sud izričito zaključio da je demokratija jedini legitimni oblik vladavine u evropskom prostoru: „demokratija [...] izgleda predstavlja jedini politički model pretpostavljen od strane Konvencije i, prema tome, jedini model koji je kompatibilan sa njom“.<sup>[11]</sup>

Kroz svoju praksu, Sud tako postaje glavni promoter određenog političkog sistema i odustaje od svog početnog tumačenja demokratije kao antifašističkog i antitotalitarnog koncepta.<sup>[12]</sup>

Iako nikada nije ponudio preciznu definiciju demokratije, nema sumnje da je pluralizam njen osnovni elemenat: „bez pluralizma ne može biti demokratije“, naglasio je Evropski sud u predmetu *Komunistička partija protiv Turske*.<sup>[13]</sup> Ovaj sud definiše pluralizam kao sistem „izgrađen na iskrenom prihvatanju i poštovanju različitosti i razvitku kulturnih tradicija, etničkih i kulturnih identiteta, verskih ubeđenja, umetničkih, književnih i društvoekonomskih ideja i konceptata“.<sup>[14]</sup> Drugim rečima, „demokratija ne znači da pogledi većine jednostavno uvek moraju da prevladaju: mora se postići ravnoteža kojom se obezbeđuje pravičan i odgovarajući tretman manjina i izbegava svaka zloupotreba dominantnog položaja“.<sup>[15]</sup>

Za predmet ove diskusije treba naglasiti da je Evropski sud posebno osetljiv na pokušaj gušenja demokratskih prava, pre svih, slobode izražavanja i slobode udruživanja:

[...] Dalekosežne mere preventivnog karaktera koje imaju za cilj da uguše slobodu udruživanja i izražavanja, osim u slučajevima podsticanja na nasilje ili odbijanja demokratskih principa – ma koliko da određeni pogledi ili upotrebljene reči mogu izgledati šokantne i neprihvatljive nadležnim organima, i ma koliko nelegitimni zahtevi mogu da budu – ne služe demokratiji i često je ugrožavaju.<sup>[16]</sup>

[11] *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, presuda od 30. januara 1998, par. 45.

[12] Vidmar, o. c., p. 225.

[13] *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, par. 43.

[14] *Gorzelik and Others v. Poland*, presuda od 17. februara 2004, par. 92.

[15] *Ibid.*, par. 91.

[16] *Association of Citizens 'Radko' & Paunkovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, presuda od 15. januara 2009, par. 76.

S druge strane, Sud nije ignorisao činjenicu da je, iako je reč o kompatibilnim konceptima, neizbežna unutrašnja tenzija između demokratije i ljudskih prava: „[...] inherentan sistemu Konvencije je određeni kompromis između zahteva da se zaštiti demokratija i zahteva da se zaštite ljudska prava“.<sup>[17]</sup> Čak ni ranije postojeća Evropska komisija za ljudska prava, a zatim ni Evropski sud, nisu isključili mogućnost da se neko lice ili grupa lica osloni na prava zaštićena Konvencijom kako bi uništili demokratiju.<sup>[18]</sup> Upravo je ta mogućnost i navela pisce Konvencije da u nju uključe odredbu kojom se zabranjuje zloupotreba prava.<sup>[19]</sup> S tim u vezi, Evropski sud je podržao pravo stranaka Konvencije da preduzmu posebne mere kako bi se zaštitile i prihvatio je legitimnost koncepta „demokratije sposobne da se brani“ (*die wehrhafte Demokratie*).<sup>[20]</sup> U tom smislu, ovaj sud je naglasio da nikome ne sme biti dopušteno, da oslanjanjem na Konvenciju slabi ili uništava ideale i vrednosti demokratskog društva.<sup>[21]</sup>

Po mišljenju Suda, država i pojedinci podjednako su odgovorni za očuvanje demokratije i u tom cilju kompromisi su neizbežni. S jedne strane, pojedinci treba da se saglase da je ponekad moguće ograničavanje njihovih sloboda kako bi se obezbedila veća stabilnost zemlje kao celine.<sup>[22]</sup> S druge strane, svaki put kada želi da opravda određenu meru kojom ograničava ljudska prava radi odbrane demokratije, država mora pažljivo da oceni obim i posledice takve mere, da bi obezbedila neophodnu ravnotežu u tom

[17] *Klass v Germany*, presuda od 22. septembra 1993, par. 59.

[18] *Communist Party (KPD) v. Germany*, broj 250/57, odluka Komisije od 20. jula 1957, par. 222.

[19] Odredba člana 17. Konvencije glasi: „Ništa u ovoj konvenciji ne može se tumačiti tako da podrazumeva pravo bilo koje države, grupe ili lica da se upuste u neku delatnost ili izvrše neki čin usmeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj meri od one koja je predviđena Konvencijom.“

[20] *Vogt v. Germany*, presuda od 26. septembra 1995, par. 51, 59; *Ždanoka v. Latvia*, presuda od 16. marta 2006, par. 100.

[21] *Refah Partisi (The Welfare Party) And Others v. Turkey [Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske]*, presuda od 13. februara 2003, par. 99. Presuda je objavljena na srpskom jeziku u *Evropski sud za ljudska prava: Odbrane presude IV*, ur. Vladan Joksimović, red. prev. Tatjana Papić, Savet Evrope, Beograd, 2009, str. 306–348. U nastavku teksta koriste se izvodi iz presude objavljene na srpskom.

[22] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 99.

odnosu.<sup>[23]</sup> Prema tome, problem u očuvanju demokratije ogleda se u postizanju kompromisa između potrebe da se odbrani demokratsko društvo i potrebe da se zaštite ljudska prava.<sup>[24]</sup>

Shodno institucionalnom sistemu koji je uspostavljen Konvencijom, Evropski sud je taj koji u krajnjoj instanci odlučuje o tome da li je određenom merom kojom se ograničavaju individualna prava uspostavljena pravična ravnoteža između prava pojedinaca i interesa države da očuva demokratski poredak. U nastavku sledi diskusija koja će kroz konkretne primere iz sudske prakse ukazati na elemente militantne demokratije koji, po mišljenju Suda, ne ugrožavaju demokratsku prirodu evropskih država već služe njihovoj legitimnoj borbi protiv „neprijatelja demokratije“.

### III. (NE)DOZVOLJENA SREDSTVA U ODBRANI DEMOKRATIJE

#### III.1. Ograničavanje slobode izražavanja

Pobornici i protivnici militantne demokratije složiće se u jednom: sloboda izražavanja „ljubimica“ je demokratije još od kada su prve ustavne demokratije ukinule cenzuru i proglasile kraj progonu kritičkih političkih mišljenja. To, međutim, ne znači da je, da parafraziram sudiju Holmsa, demokratija otvoreno „tržište“ za sve ideje – u manjoj ili u većoj meri savremene evropske demokratije pravno regulišu tamnu stranu ove slobode, i to naročito govor mržnje, koji se u američkoj ustavnoj jurisprudenciji uglavnom smatra prihvatljivom formom javnog diskursa.

Na zajedničkom evropskom nivou, član 10. Konvencije garantuje svakom pravo na slobodu izražavanja, ali i dopušta ograničenja u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi zaštite drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili radi očuvanja sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava autoriteta i nepristrasnosti sudstva. Dopuštena ograničenja zasnivaju se na premisi ugrađenoj u tekst člana 10. da „korišćenje raznih vidova slobode izražavanja povlači za sobom dužnosti i odgovornosti“, što

[23] *Ždanoka v. Latvia*, par. 100.

[24] *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, par. 32.

je premisa koja se ne može naći ni u jednoj drugoj odredbi Konvencije.<sup>[25]</sup> Jedinstvena ideja da slobode izražavanja nema bez odgovarajućih dužnosti i postojanja odgovornosti u vezi sa njenim uživanjem, čini osnov ovlašćenja datih nacionalnim organima da uživanje slobode izražavanja podvrgnu formalnostima, uslovima i ograničenjima, pa čak i da kažnjavaju u slučajevima njene zloupotrebe.<sup>[26]</sup>

Kako se tekst Konvencije ne može tumačiti bez uvida u praksu Evropskog suda, treba istaći da, na osnovu principa koje je razvio Sud, ograničenja nametnuta radi zaštite prethodno navedenih društvenih interesa moraju biti predviđena zakonom, usmerena na ostvarivanje određenog javnog cilja i „neophodna u demokratskom društvu“. Istovremeno, ona moraju biti proporcionalna, što znači da određeno ograničenje mora biti uslovljeno „nužnom društvenom potrebom“ i u srazmeri s ciljem koji se njime ostvaruje.<sup>[27]</sup> Polazeći od ovih principa, Sud je razvio široki koncept zaštite različitih vidova slobode izražavanja, uključujući politički govor, reklamiranje proizvoda ili usluga (*commercial speech*), umetničko izražavanje i slobodu štampe i medija.

Za predmet diskusije ovog rada osnovno pitanje je da li su ograničenja slobode izražavanja neophodna radi zaštite, odnosno odbrane demokratije? Pozicija SAD kristalno je jasna: politički sistem u kojem postoje stanovišta koja se ne smeju zastupati u političke svrhe ne može se smatrati demokratskim. Do ovakvog kategoričkog stava došlo se postepeno, počevši od izdvojenog mišljenja sudije Holmsa u predmetu *Abrams* (iz 1919), preko istorijskih odluka u predmetima *New York Times* (1964) i *Brandenburg* (1969), u uslovima solidne i kontinuirane političke stabilnosti.<sup>[28]</sup> Zbog poznatih istorijskih razloga i sećanja na vreme kada je u Evropi vladavina prava bila zamenjena „vladavinom emocija“, stav većine evropskih država, ali i Evropskog suda, u potpunosti je suprotan. Da pogledamo sada neke primere iz prakse Suda o ograničenjima slobode izražavanja sa ciljem zaštite demokratskog poretka.

[25] Monika Macovei, *Freedom of Expression: A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, sec. ed., Council of Europe, Strasbourg, 2004, p. 21.

[26] Videti: član 10. stav 2. Konvencije.

[27] Videti: Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 160–161.

[28] Videti: András Sajó, *Constitutional Sentiments*, Yale University Press, New Haven, London, 2011, p. 223.

## III.1.1. Zabrana „govora mržnje“

Šta predstavlja u pravnom smislu „zaštićeni govor“ predmet je rasprava u sudnicama širom sveta, naročito kada je reč o njegovom najekstremnijem vidu – govoru mržnje. Iako je tretiran različito u zakonodavstvima evropskih država, govor mržnje u principu ne uživa pravnu zaštitu na tlu Evrope. O tendenciji uskraćivanja pravne zaštite svedoči jednoglasno usvojena Preporuka Saveta ministara Saveta Evrope br. R. (97) 20 koja, pozivajući države da se bore protiv najopasnijih vidova netolerancije, definiše govor mržnje kao „sve oblike izražavanja koji šire, podstiču, promovišu ili opravdavaju rasnu mržnju, ksenofobiju, antisemitizam ili druge oblike mržnje zasnovane na netoleranciji, uključujući netoleranciju izraženu u formi agresivnog nacionalizma i etnocentrizma, diskriminacije i neprijateljstava protiv manjina, migranata i osoba imigrantskog porekla“.<sup>[29]</sup> Osim toga, u praksi Evropskog suda najdoslednije podržana „militantna“ mera sa svrhom odbrane demokratije upravo je zabrana govora mržnje.

Početni stav Suda, zauzet u predmetu *Handyside*, o potrebi posebne zaštite slobode izražavanja u demokratskom sistemu, podsećao je na privilegovani položaj slobode govora u ustavnoj jurisprudenciji SAD: naglašavajući da sloboda izražavanja predstavlja jednu od fundamentalnih osnova demokratskog društva, jedan od osnovnih uslova za njegov razvoj i za samousavršavanje svakog pojedinca, Evropski sud posebno je naglasio da Konvencija štiti pravo na izražavanje čak i ako se ono smatra uvredljivim, šokantnim ili uznemirujućim za državu ili za bilo koju grupu stanovništva.<sup>[30]</sup> Prema mišljenju ovog suda, određeni efekat koji je govor proizveo nije razlog da se žrtvuju pluralizam, tolerancija i otvorenost duha, jer bez njih demokratsko društvo ne može da postoji.<sup>[31]</sup>

Međutim, Sud je jasno stavio do znanja da svi oblici uvredljivog, šokantnog ili uznemirujućeg izražavanja nisu zaštićeni članom 10. Konvencije:

[29] Videti: Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on 'Hate Speech'*, od 30. oktobra 1997. godine.

[30] *Handyside v. UK*, presuda od 7. decembra 1976, par. 49.

[31] *Ibid.*

Tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića predstavljaju osnov svakog demokratskog, pluralističkog društva. Polazeći od toga, u načelu se može smatrati neophodnim u određenim demokratskim društvima da se kazne ili čak spreče svi vidovi izražavanja koji šire, podstiču, promovišu ili opravdavaju mržnju zasnovanu na netoleranciji (uključivši i versku netrpeljivost) pod uslovom da svaka primenjena „formalnost“, „uslov“, „ograničenje“ ili „kazna“ mora biti srazmerna legitimnom cilju. Štaviše [...] ne može biti sumnje da konkretna izražavanja koja predstavljaju govor mržnje, a koja mogu biti uvredljiva za određene pojedince ili grupe, nisu zaštićena članom 10. Konvencije.<sup>[32]</sup>

Zaštita prava na poštovanje ljudskog dostojanstva, odnosno zaštita prava drugih, nesporni su i očigledni razlozi za zabranu i inkriminisanje govora mržnje. Pitanje je da li je odbrana demokratije takode očigledan pravni osnov ove zabrane. Evropski sud promoter je zabrane govora mržnje i u svrhe odbrane demokratije. Odnos ovog suda prema onima koji negiraju Holokaust ili zloupotrebljavaju slobodu izražavanja u izbornom procesu i političkoj debati, primeri su koji o tome govore.

## III.1.1.a. Zabrana negiranja Holokausta

Ukratko, sloboda izražavanja ne obuhvata pravo negiranja ili minimiziranja Holokausta. To je rezultat najdrastičnijeg pristupa institucionalnih organa nadležnih za sprovođenje Konvencije u odnosu na primenu člana 10. Konvencije. U seriji svojih odluka o prihvatljivosti, bivša Evropska komisija za ljudska prava konstatovala je da su mere koje su preduzimali nacionalni organi prema onima koji negiraju Holokaust predstavljale ograničenja slobode izražavanja, ali je te mere uvek proglašavala „neophodnim u demokratskom društvu“.<sup>[33]</sup>

U odnosu na negiranje Holokausta, stav Evropskog suda je izrazito beskompromisan jer zagovornicima ovakvih revizionističkih težnji pripisuje totalitarističke ambicije. Naime, polazeći od člana 17.

[32] *Gündüz v. Turkey*, presuda od 4. decembra 2003, par. 40.

[33] Videti: *X v. Germany*, predstava br. 9235/81, odluka Komisije od 16. jula 1982; *T. v. Belgium*, predstava br. 9777/82, odluka Komisije od 14. jula 1983. godine.

Konvencije, Evropski sud uskraćuje pravo onima koji negiraju zločin Holokausta da se pozovu na slobodu izražavanja zato što su njihovi stavovi direktno suprotni osnovnim vrednostima zaštićenim Konvencijom. Treba imati u vidu da član 17. ne predstavlja dodatno ograničenje slobode izražavanja, već pruža sistemsku zaštitu demokratskim vrednostima i demokratiji kao političkom sistemu:

Da bi se primenio član 17, cilj uvredljive radnje mora biti širenje nasilja i mržnje, oslanjanje na nezakonite ili nedemokratske metode, ohrabrivanje upotrebe nasilja, potkopavanje nacionalnog demokratskog i pluralističkog sistema, ili ostvarivanje rasističkih težnji ili onih koji mogu da unište prava i slobode drugih.<sup>[34]</sup>

Evropski sud smatra da govor koji je suprotan „jasno utvrđenim istorijskim činjenicama“, kao što je zločin Holokausta, nije zaštićeni vid slobode izražavanja pa se, prema tome, „revizionistički istoričari“ koji su od strane nacionalnih sudova osuđeni za negiranje Holokausta ne mogu pred Sudom pozvati na član 10. Konvencije zato što ova vrsta govora predstavlja zloupotrebu prava.<sup>[35]</sup> Štaviše, ne samo negiranje „jasno utvrđenih istorijskih činjenica“, nego i minimiziranje njihovog stepena i ozbiljnosti, ne uživa zaštitu člana 10. „Naročito agresivan govor, kao što je antisemitizam, nespojiv je sa demokratijom i ljudskim pravima, jer ugrožava prava drugih, i zato je posredstvom člana 17. taj vid slobode izražavanja izuzet iz zaštite koja se pruža članom 10. Konvencije“, naglašava Sud.<sup>[36]</sup> Ovo posebno važi u okolnostima u kojima se utvrdi da je negiranje Holokausta imalo za nameru rehabilitovanje nacističkog režima.<sup>[37]</sup>

Međutim, ostaje da se vidi kakav bi bio stav Suda prema „revizionističkom govoru“ koji bi se odnosio na druge istorijske događaje. Prvo, Evropski sud još uvek nije razvio doktrinu o tome u kom trenutku istorijske činjenice postaju „jasno utvrđene“. Drugo, ovaj sud je u principu odbijao da arbitrira i da se izjašnjava o istorijskim

[34] Videti: par. 2 izdvojenog mišljenja sudije Jambreka (*Peter Jambreka*) u predmetu *Lehideux and Isorni v. France*, presuda od 23. septembra 1998. godine.

[35] Videti: *Lehideux and Isorni v. France, o. c.*; *Garaudy v. France*, odluka o neprihvatljivosti od 7. jula 2003; *Pavel Ivanov v. Russia*, presuda od 20. februara 2007. godine.

[36] Videti: *Odluku o neprihvatljivosti* u predmetu *Garaudy v. France*, p. 23.

[37] *Ibid.*

pitanjima koja su predmet konkretnog govora.<sup>[38]</sup> Ilustracije radi, treba navesti da je Evropski sud odbio da primenom člana 17. uskrati zaštitu slobode govora podnosiocu predstavke koji je svojim pisanjem opravdao ponašanje maršala Petena i doveo u sumnju delovanje Pokreta otpora u Francuskoj tokom Drugog svetskog rata.<sup>[39]</sup>

Jedno je, ipak, jasno: Sud shvata revizionistički govor kojim se negira Holokaust kao izraz totalitarističkih ambicija i zbog toga uskraćivanje pravne zaštite zagovornicima takvih pogleda tretira kao opravdanu preventivnu meru u svrhu zaštite multikulturalne demokratije u Evropi.

### III.1.1.b. Zabrana govora mržnje u političkoj debati

Počasno mesto koje sloboda izražavanja zauzima u ustavnim demokratijama proizlazi iz jedinstvene uloge koju ona ima u demokratskom društvu: bez slobode građana da izraze, razmatraju i prihvate ideje nema demokratske vladavine. Pitanje je, međutim, da li pravnu zaštitu treba dati svim vidovima političkog govora. Dilema je stara: da li govor antidemokratskog karaktera, a naročito govor mržnje, ugrožava ili jača demokratiju? Evropski sud istaknuti je zagovornik prve teze.

Polazeći od stavova da je sloboda izražavanja naročito važna za izabrane političke predstavnike jer oni predstavljaju biračko telo, skreću pažnju na zahteve građana i brane njihove interese, Evropski sud je više puta naglašavao da je sloboda političke debate u osnovi koncepta demokratskog društva.<sup>[40]</sup> Imajući u vidu da je sloboda izražavanja značajna za razvoj demokratije, stav ovog sudskog tela shodno kojem se tzv. politički govor može ograničiti samo kad to nalažu ubedljivi razlozi (*compelling reasons*), nije izazvao podeljena mišljenja,<sup>[41]</sup> pogotovo što su se donedavno „ubedljivi razlozi“ za zabranu govora mržnje u političkom kontekstu svodili na zagovaranje

[38] Videti: Laurent Pech, „The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition“ ([centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091001](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091001)).

[39] Videti: *Chauvy and Others v. France*, presuda od 29. jula 2004. godine.

[40] *Lingens v. Austria*, presuda od 8. jula 1986, par. 42; *Castells v. Spain*, presuda od 23. aprila 1992, par. 42.

[41] *Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, presuda od 13. oktobra 2003, par 30; *Castells v. Spain*, par. 42.

ili podsticanje na nasilje prema pojedincu, javnom predstavniku ili delu stanovništva.<sup>[42]</sup> S obzirom na to da sloboda političke debate nije apsolutna, država je ovlašćena da slobodu izražavanja podvrgne određenim ograničenjima ili kaznama, s tim što je na Evropskom sudu da utvrdi da li su takva ograničenja, odnosno kazne nametnute u skladu sa članom 10. stav 2. Konvencije.<sup>[43]</sup>

Iako uvredljive rasističke izjave, date u kontekstu političke borbe, nisu nikada uživale zaštitu člana 10,<sup>[44]</sup> u predmetu *Féret* Sud je otišao korak dalje uskraćujući pravnu zaštitu političkim predstavnicima koji se služe govorom mržnje u političkoj debati i onda kada taj govor nije praćen pozivom na nasilje ili nekom drugom inkriminisanom radnjom. Kako je odluka u predmetu *Féret* primer *par excellence* osnovne dileme militantne demokratije, zadržaću se malo duže na njenom razmatranju.

Prvo o činjenicama. Podnosilac predstavke u ovom predmetu bio je član belgijskog Parlamenta i predsednik političke partije Nacionalni front, koga su belgijski nadležni organi krivično gonili i osudili zbog niza izjava datih za vreme i posle izborne kampanje 1999 (do 2001) kao i zbog delova stranačkog programa koji su podsticali na diskriminaciju, segregaciju i mržnju prema imigrantima islamskog porekla. Naime, po mišljenju belgijskih pravosudnih organa, podnosilac predstavke je sloganima koji su predstavljali imigrante kao kriminalce, kao i proklamacijama u stranačkom programu o potrebi suprotstavljanja „islamizaciji Belgije“, zaustavljanju politike „pseudointegracije“, repatrijaciji „nezaposlenih koji nisu Evropljani“ i rezervisanju prava na azil samo za „osobe evropskog porekla“, podsticao na diskriminaciju, segregaciju ili mržnju u odnosu na grupu, zajednicu ili njihove članove zbog njihove rase, boje, porekla, nacionalne ili etničke pripadnosti i pokazao spremnost da pribegne takvoj diskriminaciji, segregaciji ili mržnji. Polazeći od ovih navoda Apelacioni sud u Briselu kaznio je podnosioca predstavke kaznom od 250 časova rada na integraciji stranaca, alternativno kaznom zatvora od 10 meseci, uskraćivanjem pasivnog biračkog prava u periodu od 10 godina, kao i nalogom da svakom od tužilaca isplati simboličnu sumu od jednog evra. Kasacioni sud odbio je sve žalbene navode.<sup>[45]</sup>

[42] *Sürek v. Turkey*, presuda od 8. jula 1999, par. 61 i 62; *Gündüz v. Turkey*, presuda od 4. decembra 2003, par. 40.

[43] *Castells v. Spain*, par. 46.

[44] *Jersild v. Denmark*, presuda od 23. septembra 1994, par. 35.

[45] *Féret v. Belgium*, presuda od 16. jula 2009, par. 6–41.

Postupajući po predstavi u kojoj se podnosilac žalio na povredu slobode izražavanja, Evropski sud proširio je osnove za zabranu govora mržnje, pa je u odnosu na govor, koji je sudija Šajo (András Sajó) kvalifikovao kao „opasan govor“ (*dangerous speech*), odlučio:

U principu, u demokratskom društvu može se smatrati neophodnim da se zabrane ili spreče svi oblici izražavanja koji šire, ohrabruju, promovišu ili opravdavaju mržnju baziranu na netoleranciji.<sup>[46]</sup>

Navedena ograničenja slobode govora opravdana su čak iako se mržnjom nužno ne poziva na određeni čin nasilja ili na neke druge krivične radnje: Evropski sud ne dovodi u pitanje pravo političkim partijama da javno brane svoje stavove i da zagovaraju određena rešenja imigracione politike, ali naglašava da se govor sa jasnim podsticajima na diskriminaciju i rasnu mržnju ne može kamuflirati izbornim procesom zato što se njime ugrožava socijalni mir i politička stabilnost u demokratskim državama.<sup>[47]</sup> Prema tome, „nužnu društvenu potrebu“, koja nalaže ograničavanje sloboda govora, ne predstavljaju više samo prava drugih ili javni poredak, već potreba da se zaštite „miroljubiva socijalna klima“ i „poverenje u demokratske institucije“.<sup>[48]</sup>

Stav Evropskog suda u odnosu na „opasan govor“ pomalo podseća na napuštenu američku doktrinu o „lošim namerama“ i značajno spušta granicu dozvoljenog govora u političkom životu.<sup>[49]</sup> Izgleda da će u prisustvu latentne diskriminacije prema imigrantima u Evropi, politički govor – koji se nekad smatrao temeljem slobode izražavanja – uživati manju zaštitu ako se njime zagovara diskriminatorska politika ili praksa koja bi mogla da izazove reakcije javnosti suprotne demokratskim ciljevima.<sup>[50]</sup>

[46] *Ibid.*, par. 64.

[47] *Ibid.*, par. 73, 78.

[48] *Ibid.*, par. 73, 77.

[49] Test „loših namera“, koji je ranije korišćen u ustavnoj jurisprudenciji SAD, dozvoljavao je ograničenja slobode govora ako je jedina namera govora bila da podstakne ili prouzrokuje nezakonitu radnju. Taj test je stavljan van snage nekoliko puta, da bi konačno, u predmetu *Brandenburg v. Ohio* bio zamenjen testom „jasne i postojeće opasnosti“, kojim se zahteva da preduzimanje nezakonite radnje neposredno pretili. Videti: *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

[50] *Féret v. Belgium*, par. 69, 77.

U svom izdvojenom mišljenju, sudija Šajo snažno se suprotstavio mišljenju većine istakavši da je nerazumno snižavati stepen zaštite političkog govora u kontekstu koji ne uključuje poziv na nasilje protiv određene grupe stanovništva. Šajo takođe upozorava na to da je stav većine u suprotnosti sa iskustvom savremenih ustavnih demokratija koje svedoče o tome da učešće političkih snaga koje propagiraju dubiozne političke poglede u izbornom procesu smanjuje rizik od ekstremizma i ne ugrožava demokratije koje se baziraju na otvorenosti i toleranciji.<sup>[51]</sup>

Oba mišljenja u presudi *Féret*, većinsko i izdvojeno, zasnivaju se na dva poznata suprotstavljena stava u debati o militantnoj demokratiji. Većinsko mišljenje se bazira na stavu o zabrani pristupa izbornom procesu neprijateljima demokratije, koji polazi od toga da bi samo dozvoljavanje antidemokratskim snagama da učestvuju u izbornom procesu bilo suviše opasno za demokratiju. U izdvojenom mišljenju se, međutim, tvrdi da je najbolji način da se pacifikuju antidemokrati, upravo njihovo učešće u izbornom procesu u kojem će oni pokazati da nisu sposobni da vladaju (metafora o „sigurnosnom ventilu“).<sup>[52]</sup> Svestan antiimigrantskog raspoloženja u Evropi, Evropski sud očigledno nije hteo da rizikuje s politikom „emocija“, niti je hteo da dozvoli da se ostvari najveći strah Evrope – povratak u ekstremizam. Prema tome, iako tesnom većinom (4 : 3), ovaj sud je u predmetu *Féret* podržao represivnu politiku usmerenu na one koji u političkoj borbi koriste „govor loših namera“ da bi uništili demokratske vrednosti. Ovim je sloboda izražavanja u političkom kontekstu znatno sužena.<sup>[53]</sup>

Zabrana govora mržnje najočigledniji je primer mere „militantne demokratije“ ali nije i jedini. „Netolerantnost“ demokratija ogleda se, na primer, u ograničavanju slobode izražavanja državnim službenicima od kojih se zahteva da budu lojalni ustavnom poretku

[51] *Ibid.* Videti izdvojeno mišljenje sudije Šaja, kojem su se pridružili sudije Zagrebelski (Vladimiro Zagrebelsky) i Cocoria (Nona Tsotsoria).

[52] Detaljnije o ovim strategijama i njihovoj efikasnosti videti: Stephen Holmes, „Militant Democracy“, ed. by András Sajó (book review), *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4. No. 3, 2006, p. 591.

[53] Ovakav stav Suda jasno se uklapa u evropsku politiku o čvrstoj i kontinuiranoj borbi protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije proklamovanoj u Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope br. R. (97) 20 i preporukama Evropske komisije protiv rasizma i netrpeljivosti (EKRI).

ili u uskraćivanju prava na učešće u političkoj debati pripadnicima određenih profesija zbog straha od povratka bivšeg nedemokratskog režima („negativni republikanizam“).

### III.1.2. Sloboda izražavanja državnih službenika

Jedna od mera iz poznatog Levenštajnovog (Karl Loewenstein) arsenala militantne demokratije, lojalnost službenika zaposlenih u javnom sektoru ustavu i demokratskom poretku, čvrsto je ukorenjena u nekim ustavnim demokratijama, pre svega u Nemačkoj i Čileu, mada se u donekle izmenjenoj verziji primenjuje u Francuskoj i SAD (u prvoj, sloboda govora državnih službenika ograničena je pravilom neutralnosti i tzv. *obligation de réserve* koja obavezuje službenike da budu uzdržani u svojim izjavama, dok se u drugoj lojalnost službenika svodi se na polaganje zakletve na „lojalnost“).<sup>[54]</sup>

O konsekvencama primene ove mere u Nemačkoj imao je priliku da se izjasni Evropski sud. Iako nemački Osnovni zakon nigde ne pominje dužnost službenika zaposlenih u javnom sektoru da budu lojalni „slobodarskom demokratskom poretku“ garantovanom u ustavu, u svojoj istorijskoj odluci iz 1975. nemački Savezni ustavni sud zaključio je da su službenici ne samo dužni da zauzmu „formalno korektan“ stav prema državi i ustavu, nego i da imaju obavezu aktivnog distanciranja od ideja i aktivnosti neprijateljski nastrojenih prema ustavu.<sup>[55]</sup> Tako shvaćena, lojalnost ustavu i slobodarskom demokratskom poretku ne samo da je uslov za zapošljavanje u javnom sektoru, nego se i proteže nakon aktivne službe – na primer, isplata penzija može se obustaviti ako se dokaže da je penzionisani državni službenik bio umešan u aktivnosti usmerene na rušenje demokratskog poretka.<sup>[56]</sup> Ovakav stav nemačkog Saveznog ustavnog suda pretrpeo je brojne kritike, između ostalog, i od, tada širom javnosti malo poznatog Bernarda Šlinka. Šlink je u to vreme isticao da konstrukcija navedene dužnosti nije jasna i da

[54] Videti: Markus Thiel, „Comparative Perspective“, *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ed. Markus Thiel, Ashgate Publishing Limited, Farnham, Burlington, 2009, p. 407.

[55] Videti: 39 BverfGE 334, 345.

[56] Detaljnije Markus Thiel, „Germany“, *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ed. Markus Thiel, o. c., pp. 130–131.

može proizvesti bizarne posledice – na primer da se za „neprijatelja demokratije može proglasi ministar pravde ali ne i javni tužilac.“<sup>[57]</sup>

Osnovno pitanje koje se postavlja u kontekstu diskusije u ovom radu jeste kompatibilnost ove mere sa slobodom izražavanja garantovanom u članu 10. Konvencije. Evropski sud je o tome odlučivao 1995, po predstavi nastavnice srednje škole u Nemačkoj, aktivne pripadnice Nemačke komunističke partije. Ona se žalila da otkaz koji joj je uručen, zbog njenog odbijanja da se distancira od komunističkih ideja suprotnih slobodarskom demokratskom poretku Nemačke, predstavlja kršenje slobode izražavanja zaštićene Konvencijom.<sup>[58]</sup>

Evropski sud nedvosmisleno je zaključio da ograničavanje slobode govora sužbenicima zaposlenim u javnom sektoru, bazirano na njihovoj dužnosti političke lojalnosti ustavnim principima demokratske države, ne može bezuslovno biti opravdano „nužnom društvenom potrebom“ da se zaštiti demokratija. U prvom delu svoje analize ovaj sud je uvažio tragično iskustvo Nemačke u vreme Vajmarske republike i nacističkog režima, i podržao legitimnost nemačkog ustavnog načela o „demokratiji sposobnoj da se brani“.<sup>[59]</sup> S tim u vezi, Sud je prihvatio da je otkaz uručen podnosiocu predstave predstavljao legitimni cilj u smislu člana 10. stav 2. Konvencije. Njegov zadatak se zatim sveo na ispitivanje da li je ovim postignuta prava ravnoteža između slobode izražavanja podnosioca predstave i legitimnog interesa demokratske države da od svojih službenika zahteva da se ponašaju u skladu sa legitimnim ograničenjima te slobode date u članu 10. stav 2. Konvencije.<sup>[60]</sup> Iako je prihvatio legitimnost načela o „demokratiji sposobnoj da se brani“, Evropski sud je naglasio da to ne znači da se dužnost službenika na lojalnost ustavnom poretku uvek i u svakom kontekstu podrazumeva, kao ni to da službenik koji koristi slobodu izražavanja na način koji nije neutralan utvrđenim političkim vrednostima, zaslužuje da bude automatski otpušten u demokratskom društvu.<sup>[61]</sup> Ocenjujući da radno mesto podnosioca predstave nije uključivalo bezbedonosne rizike i da se njen rad smatrao u potpunosti zadovoljavajućim, a u odsustvu

[57] *Ibid.*, p. 131.

[58] *Vogt v. Germany, o. c.*

[59] *Ibid.*, par. 59, 60.

[60] *Ibid.*, par. 53.

[61] *Ibid.*

dokaza da su date izjave protivustavne ili da je ona lično zauzela protivustavan stav, Evropski sud je zaključio da aktivno članstvo podnosioca predstave u Nemačkoj komunističkoj partiji, položaj koji je zauzimala u toj partiji i njena kandidatura na izborima za parlament Landa, nisu dovoljni razlozi da bi se ubedljivo moglo utvrditi da je otkaz koji joj je dat bio neophodan u demokratskom društvu.<sup>[62]</sup> Prema tome, povreda člana 10. Konvencije bila je nesumnjiva.

### III.1.3. Ograničenja slobode izražavanja u svrhe odbrane tranzitorne demokratije

Slom komunističkih režima na tlu Evrope i pojava tranzitornih demokratija neminovno su aktuelizovali pitanje „negativnog republikanizma“ u zemljama koje su se tek oslobodile antidemokratskog režima. Da podsetim, „negativni republikanizam“ opravdava određene mere militantne demokratije kontekstom istorijskih događaja u jednom društvu, a njegov cilj je onemogućavanje restauracije bivših nedemokratskih režima.<sup>[63]</sup> U tom smislu nemački Osnovni zakon čita se kao „antinacistički“, Ustav Južne Afrike kao „antiaparthejd“ ustav, dok se ustavi bivših komunističkih režima mogu okarakterisati kao antistaljinistički/antikomunistički ustavi.<sup>[64]</sup> Osnovno pitanje koje se nameće je da li apstraktni strah od povratka na stari nedemokratski režim može da opravda primenu nekih od mera za zaštitu demokratije. Naime, ključni nedostatak „negativnog republikanizma“ ogleda se u mogućnosti ustavnih elita da svako neprijatno sećanje prevedu u dozvoljeno ograničenje prava i sloboda.<sup>[65]</sup> Diskusija koja sledi pokazuje da je Evropski sud legitimizovao primenu koncepta „negativnog republikanizma“ pod uslovom da je njegova primena vremenski ograničena.

Pre svega, treba naglasiti da Evropski sud shvata period tranzicije ka demokratiji kao stanje u kojem politička prava u određenom periodu mogu podleći ograničenjima u meri u kojoj to inače nije

[62] *Ibid.*, par. 60–61.

[63] Detaljnije: Günter Frankenberg, „The Learning Sovereign“, *Militant Democracy*, ed. András Sajó, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, pp.127–130.

[64] *Ibid.*, p. 127.

[65] *Ibid.*, p. 129.

uobičajeno.<sup>[66]</sup> Na ovo naročito ukazuju predmeti koji se tiču zabrane političkih partija ili pasivnog biračkog prava o kojima će docnije više biti reči. Osim ovih, posebno su ilustrativni predmeti u kojima su tužene države tvrdile da su njihove demokratije u tranziciji često napadane od snaga bivšeg totalitarnog režima i da zbog toga ograničenja slobode izražavanja služe pre svega u svrhe odbrane demokratije.

Evropski sud se do izvesne mere složio sa stavom da potreba za konsolidacijom demokratije opravdava ograničenje slobode izražavanja. Uvažavajući istorijske okolnosti, Sud je, na primer, podržao uskraćivanje prava na učestvovanje u političkoj debati pripadnicima policije u Mađarskoj:

Imajući u vidu specifičnu istoriju nekih ugovornih strana, da bi obezbedili konsolidaciju i očuvanje demokratije, nacionalni organi tih država mogu smatrati da su ustavne garancija kojima se taj cilj postiže putem ograničavanja slobode pripadnika policije da učestvuju u političkim aktivnostima, a naročito u političkoj debati, neophodne.<sup>[67]</sup>

Polazeći od toga da je policija podržavala bivši totalitarni režim u Mađarskoj, Evropski sud je zaključio da je obaveza policijskim službenicima da se uzdrže od političke debate nametnuta sa ciljem doprinošenja konsolidaciji i očuvanju višestranačke demokratije u državi i da se može smatrati „nužnom društvenom potrebom“ a ne neproporcionalnom merom u odnosu na slobodu izražavanja podnosioca predstavke.<sup>[68]</sup>

Mada je podržao legitimnost „negativnog republikanizma“, Evropski sud ipak nije uvek prihvatao da navodna pretnja tranzitornoj demokratiji predstavlja „nužnu društvenu potrebu“ i opravdava preventivne mere kojima se ograničava sloboda izražavanja. Na primer, u predmetu *Vajnai* ovaj sud nije podržao tvrdnju Mađarske da je krivična presuda političaru, kojom je on oglašen krivim zbog nošenja simbola crvene zvezde na demonstracijama, doneta u skladu sa članom 10. stav 2. Konvencije.<sup>[69]</sup> Naprotiv, u odsustvu dokaza koji bi sugerisali da

[66] Inače, ovakav stav nagovešten je u *Izveštaju* bivše Evropske komisije za ljudska prava od 8. januara 1991, u predmetu *Castells v. Spain*.

[67] *Rekvényi v. Hungary*, presuda od 20. maja 1999, par. 46.

[68] *Ibid.*, par. 47–50.

[69] *Vajnai v. Hungary*, presuda od 8. jula 2008. godine.

u Mađarskoj postoji stvarna opasnost od obnove komunizma, kažnjavanje samo zbog nošenja crvene zvezde ne može se smatrati „nužnom društvenom potrebom“.<sup>[70]</sup> Osim toga, simbol crvene zvezde, koji ima nekoliko značenja, u kontekstu u kojem ga je nosio vođa registrovane političke partije (čije totalitarističke ambicije nisu bile poznate) ne može se izjednačiti sa opasnom propagandom.<sup>[71]</sup> Najzad, iako je Evropski sud prihvatio činjenicu da su kršenja ljudskih prava u vreme komunizma diskreditovala simbol crvene zvezde i da prikazivanje tog simbola može proizvesti osećaj nelagode kod žrtava i njihove rodbine, sama nelagoda, po mišljenju ovog suda, ma koliko bila razumljiva, ne može da opravda ograničavanje slobode izražavanja.<sup>[72]</sup> Na ovaj način Evropski sud eliminisao je osnovni prigovor „negativnom republikanizmu“ kojim se ističe da njegova primena dozvoljava blanko ograničavanje ljudskih prava, i to samo na osnovu neprijatnog istorijskog sećanja.

Teškoće koje izaziva primena koncepta „negativnog republikanizma“ u odbrani demokratije vidljive su i u presudama Evropskog suda o ograničavanju izbornih prava, ali i u onim koje se odnose na pitanje zabrane političkih partija u Turskoj. Sledi prvo diskusija o spornoj meri zabrane i raspuštanja političkih partija.

### III.2. Zabrana i raspuštanje političkih partija

Osnovni element savremene demokratske vladavine čine političke partije. One definišu politička pitanja, organizuju koalicije glasača, predstavljaju različite grupe i podstiču odgovornost onih koji su na vlasti. Ove činjenice prepoznao je Savezni ustavni sud Nemačke kada je svojevremeno zaključio da je nemački Osnovni zakon stvorio „partijsku državu“, čije se postojanje objašnjava činjenicom da demokratska ideja dobija smisao samo u onoj meri u kojoj je političkim partijama dozvoljeno da se bore za vlast.<sup>[73]</sup>

[70] *Ibid.*, par. 49–58.

[71] *Ibid.*, par. 56.

[72] *Ibid.*, par. 56–58.

[73] Videti: Richard H. Pildes, „Political Parties and Constitutionalism“, *Comparative Constitutional Law*, eds. Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Northampton, 2011, p. 254.

Paradoksalni položaj u kome se demokratije mogu naći najbolje ilustruje slučaj političkih partija kojima demokratija služi kao platforma za zagovaranje njenog ukidanja. U demokratskom društvu zabrana političkih partija stavlja na probu pravni koncept militantne demokratije više od bilo koje druge mere: zabrana ograničava slobodu političkog organizovanja i komunikacije koje se ostvaruju putem slobode udruživanja i slobode govora, i po pravilu dovodi do raspuštanja partija, zaplenu njihove imovine, zabrane njihovih programa i propagande i najzad do zabrane osnivanja surogat organizacija.<sup>[74]</sup>

U seriji svojih odluka Evropski sud je naglasio fundamentalnu ulogu koju partije imaju u demokratskom režimu, ističući da sve mere koje se preduzimaju protiv političkih partija utiču na slobodu udruživanja, a shodno tome i na demokratiju u određenoj državi.<sup>[75]</sup> To ne znači da se u prisustvu određenih okolnosti ovaj sud nije saglasio sa različitim merama kojima su nacionalni organi ograničavali ili ukidali politička prava partija. Naprotiv, zajedno sa Venecijanskom komisijom, Evropski sud je značajno doprineo formulisanju evropskih standarda za zabranu političkih partija.<sup>[76]</sup> Njegove odluke ukazuju na povlašćeni položaj koji političke partije uživaju u današnjoj Evropi, ali i na težnju Suda da zaštiti demokratiju.

Sve je počelo još davnih pedesetih godina prošloga veka kada bivša Evropska komisija za ljudska prava nije dozvoljavala fašističkim i komunističkim partijama da se zbog zabrane njihovih aktivnosti od strane nacionalnih organa pozivaju na prava garantovana Konvencijom. Primenjujući član 17 (zabrana zloupotrebe prava) ili član 10. stav 2. Konvencije (dozvoljena ograničenja slobode izražavanja), Komisija je izričito naglašavala da su njene odluke bazirane na legitimnom cilju zaštite demokratije i njenih institucija.<sup>[77]</sup>

U svojim relevantnim odlukama, donetim uglavnom u predmetima koji se tiču Turske i Španije, Evropski sud je iznova naglašavao da su političke partije vrsta udruženja od ključnog značaja za

[74] Videti: Frankenberg, o. c., p. 119.

[75] Videti: *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 87.

[76] Videti: *Opinion on the Constitutional and Legal Provisions relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey*, the Venice Commission, 78th Plenary Session, Venice, March 13–14, 2009, pp. 9–11.

[77] *Communist Party (KPD) v. Germany, o. c.; X v. Italy*, predstava br. 6741, odluka Komisije od 1. januara 1976.

pravilno funkcionisanje demokratije, i da im pripada zaštita koja se pruža članovima 10. i 11. Konvencije (sloboda izražavanja i sloboda udruživanja).<sup>[78]</sup> Međutim, ovaj sud je kategoričan u tome da politička partija može da se „bavi politikom“ i inicira promene pravnog i političkog režima pod uslovom da su ispunjena dva uslova: „prvo, sredstva koja se sa tim ciljem koriste moraju biti zakonita i demokratska; drugo, predložena promena mora sama po sebi biti u saglasnosti s osnovnim demokratskim načelima.“<sup>[79]</sup> Drugim rečima, političkim partijama nije dozvoljeno da rade protiv demokratije:

[...] politička partija čije vođe podstiču na nasilje ili se zalažu za politiku koja ne poštuje demokratiju ili koja je usmerena ka uništenju demokratije ili ka kršenju prava i sloboda priznatih u demokratiji, ne može polagati pravo na zaštitu Konvencijom [...].<sup>[80]</sup>

Kombinacijom elemenata prava na slobodu izražavanja i prava na slobodu udruživanja, Evropski sud je definisao pitanja za razmatranje tvrdnje da zabrana političke partije, zbog rizika od podrivanja demokratije, predstavlja „nužnu društvenu potrebu“. Ta pitanja svode se na sledeće:

- (1) da li je bilo uverljivih dokaza da je opasnost po demokratiju, pod pretpostavkom da je postojanje takve opasnosti dokazano, bila dovoljno direktna;
- (2) da li su se postupci i govori vođa i članova političke stranke o kojoj je reč mogli pripisati stranci kao celini;
- (3) da li postupci i govori koji se mogu pripisati političkoj stranci čine celinu koja je davala jasnu sliku modela društva koji je ta stranka zamislila i zastupala, a koji je nespojiv s konceptom 'demokratskog društva'.<sup>[81]</sup>

[78] Videti: *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 87 i *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, presuda od 30. juna 2009, par. 74.

[79] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 98.

[80] *Ibid.* Videti i: *Yazar and Others v. Turkey*, presuda od 9. aprila 2002, par. 49; *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, presuda od 2. oktobra 2001, par. 97 i *Socialist Party and Others v. Turkey*, presuda od 25. maja 1998, par. 46–47.

[81] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 104.

Treba imati u vidu da, prilikom razmatranja ovih pitanja, Sud uzima u obzir i istorijski kontekst u kojem je došlo do ukidanja jedne partije.<sup>[82]</sup>

Ovako definisani parametri, a naročito onaj o direktnoj, odnosno neposrednoj opasnosti po demokratiju, čiji je američki pandam „jasna i postojeća opasnost“ (*clear and present danger*), prepreka za težnji nacionalnih organa da zabranjuju političke partije zbog prostog neslaganja sa svojim protivnicima:

Sud smatra da je jedna od osnovnih karakteristika demokratije mogućnost rešavanja problema određene države putem dijaloga, bez pribegavanja nasilju, čak i kada su ti problemi mučni. Demokratija cveta na slobodi izražavanja. S te tačke gledišta, ne može biti opravdanja za sputavanje neke političke grupe samo zato što ona traži javnu debatu o položaju dela stanovništva odgovarajuće države i da učestvuje u državnom političkom životu nacije s ciljem da, u skladu sa demokratskim pravilima, pronađe rešenja kojima je moguće zadovoljiti sve kojih se tiču.<sup>[83]</sup>

Pod pretpostavkom da osnov demokratije čini dopuštanje da se različiti politički programi predlažu i diskutuju, uključujući čak i one koji dovode u pitanje teritorijalni poredak garantovan ustavom neke ugovorne strane, Evropski sud se u brojnim predmetima suprotstavio odlukama nacionalnih tela, nalazeći da raspuštanje političkih partija nije predstavljalo „nužnu društvenu potrebu“ uslovljenu potrebom da se spreči nanošenje štete demokratiji. Na primer, osim ako nisu praćeni pozivima na nasilje, ni određeni stav političke partije prema manjinskim pitanjima, pravu na samoodređenje, a ni secesionističke težnje, bez obzira na to koliko su suprotni postojećoj ustavnoj strukturi, ne predstavljaju pretnju demokratiji koja zahteva raspuštanje partije.<sup>[84]</sup>

[82] *Ibid.*, par. 105.

[83] *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, par. 57.

[84] Videti: *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, presuda od 8. decembra 1992; *United Communist Party of Turkey and Others*, o. c.; *Socialist Party and Others*, o. c.; *Yazar and Others v. Turkey*, o. c.; *Dicle for the Democratic Party v. Turkey*, presuda od 10. decembra 2002; *Democracy and Change Party v. Turkey*, presuda od 26. aprila 2005; *Emek Partisi v. Turkey*, presuda od 31. maja 2005 i *United Macedonian Organization Ilinden-PIRIN v. Bulgaria*, presuda od 20. oktobra 2005.

Naprotiv, političke partije koje zagovaraju drugačiju ustavnu politiku neophodne su za uspešno funkcionisanje demokratije i ne mogu biti predmet oštrih mera militantne demokratije, uključujući raspuštanje partija, pod uslovom da ništa u njihovim programima ili u govorima njihovih lidera ne propagira ili se ne oslanja na nasilje.<sup>[85]</sup> Oспорavajući zabranu jedne političke partije u Bugarskoj, Evropski sud sumirao je navedene stavove:

Činjenica da je politički program partije koja je podnela zahtev za registraciju ocenjen kao nekompatibilan sa postojećim načelima i strukturom bugarske države ne čini tu partiju nekompatibilnom sa pravilima i načelima demokratije. Srž demokratije čini dopuštanje da se predlažu i razmatraju različiti politički programi, čak i oni koji dovode u pitanje način na koji je država organizovana, pod uslovom da ti programi ne nanose štetu samoj demokratiji.<sup>[86]</sup>

Prema tome, jasno je da Evropski sud nije dopustio državama da svoje dugotrajne probleme sa političkim rivalima rešavaju služeći se merama militantne demokratije.

Međutim, polazeći od istorijskih primera, Sud nije odbacio mogućnost da totalitaristički pokreti organizovani u političke partije mogu pokušati da unište demokratiju oslanjajući se na prava garantovana Konvencijom.<sup>[87]</sup> U svojoj dosadašnjoj praksi, Sud je našao da odbrana demokratije može da predstavlja „nužnu društvenu potrebu“, koja nalaže zabranu i raspuštanje političke partije: (a) ako se program i aktivnosti te partije zasnivaju na religijskom poretku suprotnom osnovnim načelima demokratije<sup>[88]</sup>, ili; (b) ako je politička partija u pitanju očigledno povezana sa terorističkom organizacijom.<sup>[89]</sup> Čak i ako je do raspuštanja partije došlo samo zbog toga što ona nije osudila aktivnosti povezane sa terorizmom, to ne bi nužno bilo u suprotnosti sa Konvencijom, zato što ponašanje političara

[85] *Ibid.* Detaljnije: Olgun Akbulut, „Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, No. 1, 2010, p. 46.

[86] *United Macedonian Organization Ilinden-PIRIN v. Bulgaria*, par. 61.

[87] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 99.

[88] *Ibid.*, par. 119, 123.

[89] *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, par. 89, 92–94.

obuhvata, ne samo njihove aktivnosti i govore, nego u određenim slučajevima njihovo nečinjenje ili ćutanje, koje se može shvatiti kao prećutno odobravanje, indikativno kao i sam govor.<sup>[90]</sup>

Ilustracije radi, u predmetu *Batasuna* Sud je prihvatio sledeće činjenice kao indikaciju povezanosti političke partije Batasuna sa terorističkom organizacijom ETA u Španiji: slogane koje je ta partija koristila u demonstracijama; izjavu njenog predstavnika u španskom parlamentu da „ETA nije favorizovala oružani sukob, odnosno da je to organizacija koja je prihvatila da je korišćenje svakog sredstva nužno da bi se suprotstavila državi;“ učestvovanje savetnika partije Batasuna u demonstracijama koje je podržala ETA; i status „uvaženih građana“ koji su uživali članovi terorističke organizacije ETA u gradovima u kojima je ova partija bila na vlasti.

Treba naglasiti da je Evropski sud pošao od toga da država ne može da bude indiferentna kada se nađe suočena sa pretnjama o kojima je reč (terorizam, stvaranje teokratske države) i da ne mora da čeka na intervenciju tek kad partija dođe na vlast: ako su prisustvo takve opasnosti utvrdili nacionalni sudovi „država može opravdano da spreči sprovođenje takve politike, nespojive sa odredbama Konvencije, pre nego što se pokuša sa sprovođenjem takve politike kroz konkretne korake koji bi mogli da ugroze građanski mir i demokratski režim te države.“<sup>[91]</sup> Da bi preventivne mere bile podržane, treba uzeti u obzir istorijski kontekst u kojem je došlo do raspuštanja partije u pitanju.<sup>[92]</sup> Evropski sud je „dozvolu“ za ovakvu preventivnu intervenciju uslovio samo svojom rigoroznom kontrolom.

Najzad, treba istaći da je Sud podržao i pravo države da članovima zabranjene i raspuštene partije, koji su nakon raspuštanja partije osnovali tzv. surogat partiju, odbije pravo da učestvuju na izborima.<sup>[93]</sup>

I dok su rigorozni kriterijumi Evropskog suda za zabranu političkih partija za svaku pohvalu, treba naglasiti da ovaj sud ipak nije uspeo da razvije koherentne standarde, izbegne zamenu teza i izrekne neke protivrečne odluke. Na primer, u već pominjanoj odluci u predmetu

[90] *Ibid.*, par. 82.

[91] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 102.

[92] *Ibid.*, par. 105.

[93] *Etxebarria and Others v. Spain*, presuda od 30. juna 2009; *Herritarren Zerrenda v. Spain*, presuda od 30. juna 2009. i *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) v. Spain*, presuda od 7. decembra 2010. godine.

*Refah*, Sud je podržao odluku turskog Ustavnog suda kojom se zabranjuje jedna od partija tada vladajuće koalicije – Refah partija – zbog njenog zalaganja za uvođenje pluralističkog pravnog sistema u tursko društvo, koji bi uključivao onaj baziran na šerijatskom pravu, našavši da je to protivno osnovnim principima demokratije ugrađenim u Konvenciju.<sup>[94]</sup> Da se Sud na ovome zaustavio, izbegao bi mnoge kritike zbog nepoštovanja pluralizma „u eri multikulturalizma“ (Akbulut), jer postojanje više pravnih sistema u društvu, uključujući i onaj baziran na religijskim standardima, nesumnjivo krši načelo nediskriminacije, a individualna prava i slobode lišava zaštite koju u ustavnim demokratijama država izričito garantuje.<sup>[95]</sup> Da li je, međutim, postojala „nužna društvena potreba“ da se Refah partija zabrani zbog postojanja rizika od osnivanja teokratske države, a samim tim i ukidanja demokratije u Turskoj, drugo je pitanje koje je Evropski sud trebalo da razmatra primenjujući test proporcionalnosti.

Na nesreću, Sud je otišao nekoliko koraka dalje, i kako je to Bojl (Kevin Boyle) primetio, oslanjajući se na koncepte sekularizma, ljudskih prava i demokratije, ustvrdio da je i šerijatsko pravo suprotno demokratiji.<sup>[96]</sup> Ovim je Sud odstupio od svog stava zauzetog u predmetu *Komunistička partija protiv Turske*, da je zalaganje za promene u demokratiji legitimno pod uslovom da ta promena ne ugrožava demokratiju. Pravedanje takvog odstupanja izjavama lidera Refah partije sumnjive opasnosti, datim godinama pre nego što je ta partija došla na vlast, ne izgleda naročito uverljivo.<sup>[97]</sup>

Iako je svoju odluku u predmetu *Refah* Sud opravdao „negativnim republikanizmom“ (posebna i istorijska uloga sekularizma u Turskoj), ne može se odoleti utisku da se vizija Evropskog suda o „demokratskom društvu“ teško poklapa sa društvom koje se ne zasniva na „principima i vrednostima hrišćanstva“. Dve činjenice govore u prilog

[94] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, par. 117–128.

[95] Za kritiku videti: Ruti Teitel, „Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives“, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 49, No. 29, 2007, p. 67; Kevin Boyle, „Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case“, *Essex Human Rights Review*, Vol. 1, No. 1, 2004, pp. 13–14; Akbulut, *o. c.*, pp. 55–66. Patrick Macklem, „Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, 2006, pp. 507–516.

[96] Boyle, *o. c.*, p. 14.

[97] *Refah Partisi (Stranka blagostanja) i drugi protiv Turske*, pp. 129–131.

tome. Prvo, praksa nekih država u regulisanju abortusa i eutanazije, oblikovana pod jakim uticajem katoličke religije (na primer u Irskoj, i Poljskoj), već dugo predstavlja glavni razlog zbog kojeg Sud ostavlja državama „široko polje procene“ u određivanju pravnog statusa navedenih medicinskih zahvata u svojim nacionalnim zakonodavstvima i odbija da se upusti u robustno balansiranje interesa države i pojedinačnih prava u ovoj oblasti. Drugo, programi mnogih evropskih partija oslanjaju se ili imaju korene u hrišćanskoj religiji, ali se Sud nikada nije upustio u analizu kompatibilnosti odnosa između demokratije i hrišćanske (katoličke) religije. Prema tome, s pravom se može zaključiti da je najveći gubitnik u predmetu *Refah* – demokratija.

Na kraju, i ako se ne odnosi na zabranu klasične političke partije, već na zabranu registracije udruženja građana, za predmet ovog rada indikativan je stav Suda da zloupotreba ustavnog identiteta (indentiteta nacionalne manjine), može biti razlog za odbijanje registracije u ime odbrane demokratije.<sup>[98]</sup> Naime, grupa građana iz jednog regiona u Poljskoj tražila je da se njihova organizacija „Unija naroda silesijanske narodnosti“ registruje kao organizacija nacionalne manjine, što bi dovelo do privilegija u izbornom procesu.<sup>[99]</sup> Evropski sud prihvatio je stav poljskih organa da „Silesijanci“ ne predstavljaju narod u skladu sa poljskim zakonodavstvom i da je odbijanje zahteva za registraciju opravdano „nužnom društvenom potrebom“ da se zaštite postojeće demokratske institucije i izborne procedure u Poljskoj, a samim tim spreče neredi i zaštite prava drugih.<sup>[100]</sup> Drugim rečima, stabilnost demokratske vlade bila bi ugrožena zloupotrebom slobode udruživanja.

### III.3. Ograničenja izbornih prava

Spremnost Suda da u ograničenom obimu podrži mere militantne demokratije koje izreknu nacionalni organi vidljiva je i u njegovoj praksi koja se tiče primene člana 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju. Dok druge odredbe Konvencije definišu individualna prava i slobode,

[98] *Gorzelik and Others v. Poland*, par. 103.

[99] Poljski Ustav poznaje „narodne“ i „nacionalne“ manjine (*national, ethnic minorities*), ali poljsko zakonodavstvo predviđa privilegovani status u izbornom procesu samo „organizacijama nacionalnih manjina“. Videti: *Gorzelik and Others v. Poland*, par. 69.

[100] *Ibid.*, par. 103.

ovaj član prvenstveno govori o obavezi stranaka Konvencije da organizuju demokratske izbore.<sup>[101]</sup> I pored toga, Evropski sud zauzeo je stav da se navedenim članom štite individualna prava, ističući da aktivno i pasivno biračko pravo, zajedno sa slobodom udruživanja i slobodom izražavanja, predstavlja trajan doprinos političkoj debati, koja čini osnovu koncepta demokratskog društva.<sup>[102]</sup>

Iako član 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju ne govori o ograničenjima, ona se podrazumevaju, ali nisu tako striktna kao ona koja su predviđena članovima od 8. do 11. Konvencije. Zadatak Evropskog suda svodi se na ispitivanje da li je bilo proizvoljnosti ili disproporcionalnosti prilikom ograničavanja izbornih prava, kao i da li se određenim ograničenjem zadržalo u pravo ljudi (*people*) na slobodno izražavanje mišljenja o kojem govori član 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju.<sup>[103]</sup>

S obzirom na to da u Evropi ne postoji jedinstveni sistem po kojem se organizuju izbori, nacionalno „zakonodavstvo se mora ceniti u svetlu političkog razvoja države u pitanju, što može rezultirati praksom koja je neprihvatljiva u kontekstu sistema jedne države a prihvatljiva u kontekstu razvoja druge države.“<sup>[104]</sup> Evropski sud afirmisao je ovaj stav naročito u predmetima koji su se ticali bivših komunističkih zemalja Srednje i Istočne Evrope. Praksa ukazuje na sklonost Suda da u svrhe odbrane „novih“ demokratija privremeno ograniči izborna prava bivšim predstavnicima komunističkih režima, proglašavajući ideju o „demokratiji sposobnoj da se brani“ kompatibilnom sa Konvencijom. Činjenica je, međutim, da Evropski sud nije uvek podržao stav nacionalnih organa „novih“ demokratija da je neetičko ponašanje nekog pojedinca za vreme totalitarističkog režima opravdani osnov za zabranu kandidature na demokratskim izborima. Da pogledamo sledeće primere.

Krenuću od nespornog polaznog stava ovog suda: onemogućavanje kandidature na demokratskim izborima političkim ili drugim predstavnicima komunističkog režima, zbog njihovih aktivnosti

[101] Član 3. koji je naslovljen „Pravo na slobodne izbore“, glasi: „Visoke strane ugovornice se obavezuju da u primerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore s tajnim glasanjem, pod uslovima koji obezbeđuju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tela.“

[102] *Yumak and Sadak v. Turkey*, presuda od 8. jula 2008, par. 106–107.

[103] *Ždanoka v. Latvia*, par. 115.

[104] *Ibid.*

za vreme trajanja tog režima, predstavlja ograničenje njihovog pasivnog biračkog prava. Međutim, osnovno pitanje koje se s tim u vezi postavlja jeste da li je takvo ograničavanje bilo neproporcionalno, proizvoljno i diskriminatorno. U predmetu *Ždanoka*, Evropski sud je zaključio da letonski zakon, koji je zabranjivao onima koji su aktivno učestvovali u aktivnostima Komunističke partije Letonije i posle 1991 (tj. posle pada komunističkog režima) da se kandiduju na demokratskim izborima, nije u suprotnosti sa članom 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju, nakon što je Vlada Letonije istakla da je takvo ograničenje u skladu sa ciljevima militantne demokratije, odnosno „negativnog republikanizma“:

[...] Zabrana isticanja kandidature na izborima odnosi se na one koji su bili aktivni u okviru organizacije koja se, posle proglašenja nezavisnosti Letonije, otvoreno suprotstavila novom demokratskom poretku i bila aktivna u traženju da se obnovi bivši totalitarni komunistički režim [...]. Pošto u prošlosti nije poštovala demokratske principe, nema garancija da će se sada tih principa držati [...] sporno ograničenje u pitanju je preventivne prirode i ne zahteva dokaz o stvarnoj opasnosti ili o antidemokratskom ponašanju tih lica.<sup>[105]</sup>

Potvrđujući ovakav stav letonske Vlade, Evropski sud je zaključio da se zabrana kandidovanja na parlamentarnim izborima političarima bivšeg režima može smatrati „legitimnom i izbalansiranim merom“ naročito ako se pojedinci nisu distancirali od antidemokratske pozicije Komunističke partije Letonije.<sup>[106]</sup> Međutim, ovaj sud je jasno rekao da je potreba da se odbrani demokratija u Letoniji opravdala njegov poseban pristup procesu balansiranja individualnih prava i interesa države, pritom otvoreno ističući da bi se takva ograničenja izbornih prava teško mogla prihvatiti ako bi se ona nametnula u zemljama tradicionalne demokratije.<sup>[107]</sup> Drugim rečima, sve dok postoji „pretnja novom demokratskom režimu od ideja koje bi mogle, ako bi se dozvolilo da uzmu maha, da obnove stari režim“, Evropski sud je voljan da podrži

[105] *Ibid.*, par. 86.

[106] *Ibid.*, par. 74, 128.

[107] *Ibid.*, par. 132–133.

nove demokratije i dozvoli ograničavanja demokratskih prava predstavnicima bivšeg režima („negativni republikanizam“).<sup>[108]</sup>

Ipak, Sud je upozorio na to da njegova spremnost da podrži „militantne“ mere u novim demokratskim zemljama nije apsolutna niti vremenski neograničena. Iako je prihvatio da su nacionalni organi u boljoj poziciji da ocene teškoće u vezi sa konsolidacijom demokratskog poretka, Sud je naglasio da su mere zasnovane na principu militantne demokratije dozvoljene samo u ograničenom periodu, uz uslov da su proporcionalne, a ne proizvoljne.<sup>[109]</sup> Rečju, sa jačanjem demokratije slabe razlozi za „militantnost“ novih demokratija: u kontekstu razvijene demokratije, Evropski sud može da zaključi da su ograničenja izbornih prava koja se baziraju na nečijem ponašanju za vreme totalitarnog režima nepotrebna i nedozvoljena.<sup>[110]</sup>

Samo dve godine nakon donošenja odluke u predmetu *Ždanoka*, Sud je do takvog zaključka došao u predmetu koji se odnosio na brisanje bivšeg oficira KGB-a sa izborne liste i sprečavanje njegove kandidature u izbornom procesu u Letoniji. Za razliku od stava u predmetu *Ždanoka*, u predmetu *Adamsons* Sud se založio za individualni pristup u svakom slučaju ograničavanja izbornih prava garantovanih članom 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju, i naglasio da, protekom vremena, specifični društvenoistorijski kontekst („negativni republikanizam“) ne može više samostalno da opravda ograničavanje tih prava.<sup>[111]</sup> Nadležni nacionalni organi moraju da pruže najubedljivije razloge za mešanje u ostvarivanje izbornih prava jer postojanje samo apstraktne sumnje u odnosu na određenu grupu lica više nije dovoljno. Prema tome, ograničavanje izbornih prava zbog zaštite demokratskog poretka može biti opravdano samo nakon preispitivanja primenjenih mera u svakom pojedinačnom slučaju, u kojem će se uzeti u obzir aktuelno ponašanje lica u pitanju.<sup>[112]</sup>

Rezultat ovakvog stava je i odluka Evropskog suda u nedavno rešenom litvanskom predmetu u kojem je Sud odlučio da ponašanje

[108] *Ibid.*, par. 133.

[109] *Ibid.*, par. 135.

[110] Interesantno je napomenuti da su četvoro sudija, koji su se protivili većinskom mišljenju u predmetu *Ždanoka*, bili mišljenja da je, u vreme kad je ovaj predmet razmatran (2006), Letonija prošla kroz period teškog vremena i da razmatrana ograničenja nisu više bila potrebna radi odbrane demokratije u toj državi.

[111] *Adamsons v. Latvia*, presuda od 24. juna 2008, par. 131–132.

[112] *Ibid.*, par. 121–132.

u prošlosti, uključujući i ponašanje bivšeg predsednika države smenjenog u postupku „impichmenta“, ne može biti opravdanje za trajno uskraćivanje pasivnog biračkog prava, bez obzira na to što je ta mera imala za cilj zaštitu demokratskog poretka.<sup>[113]</sup> Za potrebe ovog rada, treba istaći da Evropski sud nije prihvatio argumentaciju litvanske Vlade da bi mogućnost kandidature na parlamentarnim izborima bivšeg predsednika, koji je pogazio ustavnu zakletvu, predstavljala zloupotrebu prava, koja bi bila suprotna praksi Evropskog suda o zaštiti demokratije.<sup>[114]</sup> Za razliku od Vlade Litvanije, koja je tvrdila da podnosilac predstavke koristi mašineriju Konvencije radi političke osvete i ponovnog sticanja najviše državničke funkcije, Sud je istakao da nije reč o zloupotrebi prava, jer se podnosilac predstavke žalio na povredu izbornih prava koja su Konvencijom garantovana svima.<sup>[115]</sup>

Kuriozitet ove odluke ogleda se u dve činjenice. Prvo, Sud je zaključio da zabrana kandidature na predsedničkim izborima implicira povredu prava garantovanih članom 3. Protokola broj 1 uz Konvenciju, koji se primenjuje samo u vezi sa parlamentarnim izborima.<sup>[116]</sup> Drugo, interesantno je da Evropski sud nije pokazao uzdržanost u sporu koji se ticao podele vlasti i uzajamne kontrole različitih institucija vlasti, već je direktno osporio zakonodavni akt kojim je parlament Litvanije, nakon odluke Ustavnog suda, trajno osporio pravo kandidovanja na parlamentarnim izborima licu koje je u postupku „impichmenta“ uklonjeno sa pozicije predsednika države.<sup>[117]</sup> Argumentacija onih koji u aktuelnoj debati o položaju Evropskog suda ističu da ovaj sud ne vrši ulogu suda četvrte instance u zemljama članicama Konvencije, ovom odlukom pada u vodu.<sup>[118]</sup>

[113] *Paksas v. Lithuania*, presuda od 6. januara 2011, par. 110, 112.

[114] *Ibid.*, par. 85.

[115] *Ibid.*, par. 89.

[116] *Ibid.*, par. 111.

[117] Parlament Litvanije je 2004. usvojio izmene Zakona o predsedničkim izborima kojima se onemogućava kandidovanje na parlamentarnim izborima licu koje je u postupku „impichmenta“ uklonjeno sa predsedničke funkcije. Ovim izmenama prethodila je odluka Ustavnog suda Litvanije kojom je ovaj sud odlučio da se lice koje je uklonjeno sa funkcije predsednika države u postupku „impichmenta“ ne može nikad više kandidovati za poslaničku funkciju ili funkciju predsednika države. *Ibid.*, par. 34, 36, 52.

[118] Videti izlaganje sudije Majera (*Egbert Myjer*) „Why Much of the Criticism on the Court is Unfounded“, na konferenciji How to Deal with the Criticism of the European Court of Human Rights?, The Hague, 13. 4. 2012 (sutajnik.ru/documents/4206.pdf).

#### IV. OPASNE VEZE: ISLAM KAO „NEPRIJATELJ DEMOKRATIJE“

Tezu o načelnoj prihvatljivosti „militantnog“ sekularizma, koju je razvio u *Refahu*, Evropski sud potvrdio je dve godine kasnije, u predmetu *Lejla Šahin protiv Turske*, koji se ticao individualnog prava na slobodu religije, odnosno već više od jedne decenije tinjajućeg spora u Evropi zbog statusa muslimanske marame u državnom obrazovanju evropskih zemalja.<sup>[119]</sup>

Da podsetim, po shvatanju Suda sloboda misli, savesti i veroispovesti, garantovana članom 9. Konvencije, jedan je od temelja „demokratskog društva“ u skladu sa Konvencijom:

Ova sloboda je, u svojoj verskoj dimenziji, jedan od najvitalnijih elemenata koji spada u ono što čini identitet vernika i njihove koncepcije života, ali je isto tako i dragocena vrednost za ateiste, agnostike, skeptike i nezainteresovane. Pluralizam koji je neraskidivo vezan za demokratsko društvo, a koji je izvojevan teškom viševjekovnom borbom, zavisi od nje. Ta sloboda povlači, između ostalog, slobodu da se imaju ili nemaju verska uverenja i da se upražnjava ili ne upražnjava vera.<sup>[120]</sup>

Evropski sud često je naglašavao da je obaveza neutralnosti i nepristrasnosti države nespojiva s bilo kojim ovlašćenjem države da ocenjuje legitimnost verskih uverenja ili načina na koje se ta uverenja manifestuju: glavni zadatak države jeste da obezbedi da konkurentne grupe tolerišu jedna drugu, a zadatak Suda je da utvrdi da li su mere koje su preduzete na nacionalnom nivou bile opravdane i srazmerne.<sup>[121]</sup>

[119] *Lejla Šahin protiv Turske (Lejla Şahin v. Turkey)*, presuda Velikog veća od 10. novembra 2005. Presuda je prevedena na srpski i objavljena u zbirci *Evropski sud za ljudska prava: odabrane presude III*, ur. Vladan Joksimović, red. prev. Tatjana Papić, Savet Evrope, Beograd, 2008, str. 246–295. U nastavku teksta koriste se izvodi iz presude objavljene na srpskom jeziku.

[120] Videti: *Kokkinakis v. Greece*, presuda od 25. maja 1993, par. 31; *Buscarini and Others v. San Marino*, presuda od 18. februara 1999, par. 34; *Lejla Šahin protiv Turske*, par. 104. Detaljnije o stavovima Evropskog suda u odnosu na verska prava i slobode videti: Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava, Službeni glasnik*, Beograd, 2012, str. 311–323.

[121] *Lejla Šahin protiv Turske*, par. 107 i 110.

O pitanju proterivanja muslimanskih marama iz obrazovnih ustanova u Evropi više puta se izjašnjavao i Evropski sud.<sup>[122]</sup> I dok je u većini odluka svoju podršku zabrani nošenja marama koju su izrekli nacionalni organi pravdao zaštitom prava i sloboda drugih, javnog reda i javne bezbednosti, pa i zaštitom načela rodne ravnopravnosti, u predmetu *Şahin* eksplicitno je istakao da je načelo sekularizma najvažniji razlog koji leži u osnovi zabrane nošenja verskih simbola na univerzitetima i dodao:

[...] poštovanje tog načela (sekularizma, *prim.* V. B.), koje je bez sumnje jedno od osnovnih načela turske države, koja su u skladu sa vladavinom prava i poštovanjem ljudskih prava, može se smatrati neophodnim da bi se zaštitio demokratski sistem u Turskoj (istakla V. B.). Stav koji ne poštuje to načelo neće nužno biti prihvaćen kao stav koji je obuhvaćen slobodom ispoljavanja vere i neće uživati zaštitu člana 9. Konvencije [...].<sup>[123]</sup>

Prema tome, pitanje više nije status muslimanskih marama u obrazovnim sistemima, već značenje nošenja marame i odnos onih koji ih nose prema načelu sekularizma. Naime, Evropski sud je mišljenja da se pri razmatranju pitanja nošenja muslimanske marame u kontekstu Turske mora imati na umu uticaj koji nošenje takvog simbola, koji se predstavlja ili doživljava kao obavezna verska dužnost, može da ima na one koji odluče da ga ne nose.<sup>[124]</sup> Tako su, po shvatanju Suda, ženske muslimanske marame postale simbol religijskog fundamentalizma, a njihova zabrana dozvoljena mera „protiv ekstremističkih političkih pokreta koji nastoje da društvu u celini nametnu svoje verske simbole i koncepciju društva zasnovanog na verskim propisima [...]“.<sup>[125]</sup> Ovakvom zaključku Suda odmah se suprotstavila sudija Tulkens (Françoise Tulkens) u svom izdvojenom mišljenju:

[122] Videti: *Karaduman v. Turkey*, predstavka br. 16278/90, odluka Komisije od 3. maja 1993, DR 74; *Dahlab v. Switzerland*, presuda od 15. februara 2001; *Dogru v. France*, presuda od 4. decembra 2008.

[123] *Lejla Şahin protiv Turske*, par. 114.

[124] *Ibid.*, par. 115. Veliko veće citira i podržava stav veća Evropskog suda koje je prethodno razmatralo ovu predstavku.

[125] *Ibid.*

Mada se svi slažu da postoji potreba da se spreči radikalni islamizam, takvom razmišljanju ipak može da se stavi jedna ozbiljna primedba. Obično nošenje marame ne može se povezati s fundamentalizmom i od suštinske je važnosti praviti razliku između onih koji nose maramu i „ekstremista“ koji nastoje da nametnu maramu kao što to čine i s drugim verskim simbolima. Nisu sve žene koje nose maramu fundamentalistkinje (istakla V. B.) i ne postoji ništa što bi ukazivalo da podnositeljka predstavke ima fundamentalističke stavove [...]. Lični interes podnositeljke predstavke za ostvarenje prava na slobodu veroispovesti i na ispoljavanje svoje vere nekim spoljnim simbolom ne može da bude potpuno utopljen u opšti interes borbe protiv ekstremizma.<sup>[126]</sup>

Polazeći od odluke u predmetu *Refah*, shvatanje većine u *Şahinu* dovodi do dubioznog zaključaka da nošenje muslimanske marame predstavlja „neposrednu (direktnu) opasnost“ po demokratiju u Turskoj, čak i u odsustvu bilo kakvih aktivnosti onih koje ih nose usmerenih na pretpostavljeno podriivanje demokratije. Zabrana nošenja marama, prema tome, shvaćena je kao preventivna mera kojom evropske države treba da brane svoj demokratski karakter.

Na prvi pogled, ova odluka, kao i druge odluke suda koje se tiču primene člana 9. Konvencije, ostavlja široko polje procene nacionalnim organima kad je reč o pitanju uređenja odnosa između religije i države. Zbog toga je Evropski sud više puta isticao da će se pravila u ovoj oblasti razlikovati od zemlje do zemlje i da će zavisti od nacionalnih tradicija i potreba da se zaštite slobode i prava drugih i održi javni red.<sup>[127]</sup> Međutim, činjenica da je načelu sekularizma dat status vodećeg načela u turskom ustavnom sistemu ne oslobađa Sud dužnosti da se pridržava svoje uloge u nadziranju poštovanja i sprovođenja obaveze iz Konvencije, uključujući i nadziranje poštovanja religijskih sloboda. Naime, iako nije sporno da liberalna demokratija i sekularizam idu ruku podruku, postoje različiti mehanizmi ustavnog tolerisanja slobode religije, uključujući, po mišljenju Evropskog suda i istinski verski pluralizam.<sup>[128]</sup>

[126] *Lejla Şahin protiv Turske*, izdvojeno mišljenje sudije Tulkens, par. 10.

[127] *Ibid.*, par. 109; videti i: *Wingrove v. the United Kingdom*, presuda od 25. novembra 1996, par. 57.

[128] *Kokkinakis v. Greece*, par. 31; *Manoussakis and Others v. Greece*, presuda od 26. septembra 1996, par. 44.

Iako se militantna demokratija zasniva na paradoksu shodno kojem su određena ograničenja političkog pluralizma neophodna da bi se sačuvao opstanak pluralizma, Suzana Manćini (Susanna Mancini) s pravom ukazuje na to da primena mehanizama militantne demokratije na područje religijskih sloboda proizvodi suprotan učinak: cilj militantne demokratije tad postaje veštačko uspostavljanje religijske i kulturne homogenosti po cenu žrtvovanja istinskog pluralizma.<sup>[129]</sup> A ovo, po mišljenju Patrika Meklejma (Patrick Macklem), podrazumeva mutiranje ideje militantne demokratije od ideje koja dozvoljava državi „militantno ponašanje“ da bi sačuvala demokratski poredak u ideju „militantnog sekularizma“ koja omogućava državi da uspostavi parametre i branike protiv pretnji drugačije vrste.<sup>[130]</sup>

Ponoviću ono na šta sam već ukazala prilikom diskusije o *Refah* odluci: Evropski sud tretira samo jednu, i to islamsku religiju, na ovaj način. Prema shvatanju Suda, nema ništa sporno u tome što mere militantne demokratije pogađaju ne samo radikalne lidere ili radikalne muslimanske partije, već i muslimane koji se isključuju iz javne sfere u ime homogenosti. To je dovelo do paradoksa da se za „neprijatelje demokratije“ proglašavaju, ne samo radikalni ekstremisti, već i sve pripadnice ženske muslimanske populacije koje nose maramu.<sup>[131]</sup> Po toj matrici, i jedanaestogodišnja devojčica koja je odbila da skine maramu na času fizičkog vaspitanja, čiji je slučaj Sud razmatrao (negativno) u već citiranom predmetu *Dogru* spadala bi u istu kategoriju (?). Ako se imaju u vidu odluke Suda shodno kojima je moguća zaštita hrišćanskih vrednosti po cenu ograničenja osnovnih prava, uključujući slobodu izražavanja i umetničke slobode<sup>[132]</sup>, ponovo se nameće zaključak da Evropski sud tretira drugačije hrišćanske od muslimanskih vrednosti.<sup>[133]</sup> Neadekvatnom primenom mehanizama militantne demokratije u oblasti religijskih sloboda, Evropski sud otvorio je prostor za napuštanje demokratskih vrednosti pod izgovorom borbe za demokratiju.

[129] Susanna Mancini, „The Free Exercise of Exclusion: On Veils, Enemies, and Militant Democracy“, March 13, 2011, p. 14 (ssrn.com/abstract=1784786).

[130] Patrick Macklem, „Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe“, *Working Paper*, August 17, 2010, p. 1 (ssrn.com/abstract=1660649).

[131] *Lejla Šahin protiv Turske*, par. 109.

[132] Videti: *Otto-Preminger Institute v. Austria*, presuda od 20. septembra 1994. godine.

[133] Tako i Mancini, *o. c.*, p. 8.

## V. ZAKLJUČAK

Svaka savremena rasprava o militantnoj demokratiji u Evropi počinje u Nemačkoj, a završava se u Strasburu. Evropski sud za ljudska prava u velikoj meri doprineo je stvaranju „Evrope prava“ o kojoj govore Keler i Stoun Svit (Helen Keller, Alec Stone Sweet).<sup>[134]</sup> Kontroverzni koncept militantne demokratije koji negira slobodu onima koji odbacuju demokratiju, velika je pretnja „Evropi prava“, ali u isto vreme i njen nezaobilazni element. Osnovni cilj ovog rada bio je usmeren na traženje odgovora da li je Evropski sud uspeo da legitimizira principe militantne demokratije na način koji ne kompromituje demokratske vrednosti.

Ako se pođe od pretpostavke da je militantna demokratija usmerena uglavnom na sprečavanje radikalnih pokreta da unište demokratiju (Šajo), može se zaključiti da je Sud razvio čvrstu strategiju radi blokiranja takvog scenarija. Apsolutno zatvarajući svoja vrata revizionistima koji negiraju „jasno utvrđene istorijske činjenice“, proglašavajući zabranjenim „opasan govor“ i onda kad ga ne prati nasilje ili neka druga kriminalna aktivnost, i proglašavajući da zalaganje za pravni sistem zasnovan na religijskim pravilima ili zalaganje za terorizam predstavljaju „pretnju demokratiji“, Sud je izgradio jak preventivni štit protiv onih koji koriste demokratska sredstva da bi uništili demokratiju. Činjenica da je Sud zauzeo tako jak odbrambeni stav može da znači da je lekcija iz tragične prošlosti Evrope naučena. Istovremeno, treba naglasiti da Sud nije dozvolio državama da se oslanjaju na koncept militantne demokratije odnosno „negativnog republikanizma“ iz osвете, već je slao jasne signale da neće podržati bilo koji pokušaj država da uklone svoje protivnike iz političkog života pod izgovorom zaštite demokratije.

Međutim, svako ko analizira jursiprudenciju Suda o militantnoj demokratiji nadajući se da će u njoj naći koherentne principe o tome kako ograničiti demokratiju na prihvatljiv način, pomalo će biti razočaran. Ne samo da koherentni principi nedostaju, nego su neke od relevantnih odluka Suda školski primer pogrešnog shvatanja demokratskih vrednosti (*Refah*) ili ostavljaju širok prostor

[134] Ovi autori vide Evropu u 21. veku kao „Evropu prava“. Videti: Helen Keller and Alec Stone Sweet, *A Europe of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 25.

za donošenje proizvoljnih odluka o tome da li je demokratija ugrožena (*Féret*), čime se stvara prostor za ugrožavanje osnovne vrednosti koja se štiti – demokratije. Činjenica da Sud pogrešno proširuje primenu koncepta militantne demokratije i na polje religijskih sloboda (*Šahin*), dodatno pojačava ovaj utisak.

Na kraju, treba ipak naglasiti da praksa Suda pomaže u promovisanju jedne od osnovnih teza u debati o militantnoj demokratiji – da je u demokratskom društvu određeni stepen „militantnosti“, u principu, prihvatljiv. Međutim, predmet tumačenja i dalje ostaje pitanje – koji se oblici militantne verzije demokratije mogu smatrati prihvatljivim.