

VLADIMIR ĐURIĆ,
SAVO MANOJLOVIĆ

USTAVNOPRAVNI ASPEKTI ZABRANE IZAZIVANJA I PODSTICANJA NERAVNOPRAVNOSTI, MRŽNJE I NETRPELJIVOSTI U REPUBLICI SRBIJI

U V O D

Zabrana izazivanja i podsticanja mržnje i netrpeljivosti, ili govor mržnje kako se u mnogim zakonodavstvima i naučnim radovima naziva, izaziva niz teorijskopравnih kontroverzi. Najčešće se dileme u vezi s govorom mržnje ispoljavaju u pitanju odnosa, zapravo konflikta, između slobode izražavanja i govora mržnje, kao i u domašaju i širini njegove zakonske inkriminacije. U tom smislu, jasno je da se sa kontroverzama i dilemama koje prate ovu zabranu najpre mogu suočiti zakonodavci u njenom normativnom regulisnju. U uporednom pravu postoje dva pristupa u zakonskom uređivanju te zabrane. Prema prvom pristupu, cilj zabrane govora mržnje je zaštita javnog poretka i on postoji u zakonodavstvima Velike Britanije, Izraela i Australije, a drugačiji pristup osnovni cilj takve zabrane nalazi u zaštiti ljudskog dostojanstva što je odlika zakonodavstava Kanade, Danske, Francuske, SR Nemačke i Holandije.¹ Odlika prvog pristupa je restriktivnija pri-

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

Savo Manojlović, master, istraživač Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

¹ S. Coliver, Hate Speech Laws: Do They Work? In S. Coliver (ed.), *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination*, 1992. p. 363-366

mena pravnih normi, dok je karakteristika drugog pristupa propisivanje ne samo krivičnih, već i građanskih sankcija i češća primena u praksi.

Sudovi se takođe mogu suočiti sa različitim kontroverzama u vezi sa govorom mržnje prilikom rešavanja konkretnih sporova u vezi s njim. To se posebno odnosi na ustavne sudove koji se s problematikom govora mržnje mogu susresti u različitim vidovima svoje nadležnosti i čiji je pristu toj problematici u uporednom pravu bio veoma daleko od bilo kakve uniformnosti.²

Cilj ovog rada je da ukaže na moguće kontroverze i dileme koje prate ovaj institut i koje proističu iz njegovog normativnog uređenja u Republici Srbiji, a sa kojima se u ostvarivanju svojih nadležnosti može susresti Ustavni sud Srbije.

*Ustavno uređenje zabrane izazivanja i podsticanja neravnopravnosti,
mržnje i netrpeljivosti*

Zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti jedna je od najvažnijih zabrana koje predviđa Ustav Republike Srbije. Ona se normativno izražava u više odredbi Ustava što je čini i najčešće spominjanom ustavnim zabranom koja tangira uživanje i ostvarivanje većeg broja ustavnih prava i sloboda.

Načelno posmatrano, Ustav zabranu izazivanja i podsticanja mržnje i netrpeljivosti izričito propisuje u članu 49. Prema tom članu, zabranjeno je i kažnjivo svako izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti. Jezičkim tumačenjem izložene ustavne odredbe najpre se može utvrditi da ona nije zabrana čije se bliže uređivanje u svim aspektima prepušta slobodnoj oceni zakonodavca, već je zabrana za koju Ustav izričito predviđa i *kažnjivost*, što upućuje na njeno kazneno, primarno krivičnopravno, regulisanje i zaštitu. Suštinu zabranjenih aktivnosti čini *izazivanje* i *podsticanje* što može da upućuje da se ta zabrana narušava kako nastupanjem posledice, odnosno stvaranjem mržnje i netrpeljivosti, tako i samim delima koja mogu dovesti do takve posledice. Važno je istaći da Ustav zabranjuje i nalaže kažnjavanje *svake* aktivnosti koja može imati ili dovesti do takvih posledica. Neravnopravnost, mržnja i netrpeljivost, posmatrane upravo redosledom kojim ih je ustavotvorac naveo, nisu kategorije istog intenziteta pravne određenosti, ali su, prema izloženoj odredbi Ustava, jednako društveno opasne. Pravno posmatrano, neravnopravnost ima svoje jasno značenje, dok su mržnja i netrpeljivost kategorije koje donekle izmiču preciznom pravnom definisanju. Naposljetku, posledica ove ustavne zabrane ne mora

² M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis* *Cardozo Law Review* 24/2002-2003

da bude oličena samo u rasnoj, nacionalnoj i verskoj, već i u *svakoj drugoj* neravnopravnosti, mržnji i netrpeljivosti. Budući da su objekat rasne, nacionalne i verske mržnje i netrpeljivosti u prvom redu, ali ne nužno i isključivo, *grupe* koje dele određene rasne, nacionalne i verske karakteristike, jasno je da se osnov *druge* neravnopravnost, mržnja i netrpeljivost može odnositi i na karakteristike poput kulture, pola, roda, seksualne orijentacije, itd i na ranjive socijalne grupe koje su određene tim karakteristikama.

Sistemskim tumačenjem odredbi Ustava može se doći do zaključka da od te zabrane, prema članu 202. stav 4. Ustava, nije dopušteno odstupanje ni u vreme vanrednog stanja ili rata što je, po nekim autorima, svrstava u režim apsolutno zaštićenih prava.³ Zapravo, nije reč o apsolutno zaštićenom pravu, već su ravnopravnost i tolerancija apsolutno zaštićena i jedna od osnovnih, vrednosti ustavnog poretka Republike Srbije. Na takav zaključak upućuju ne samo apsolutna zaštita koju te vrednosti uživaju, već i ustavna rešenja u pogledu obaveza države da merama u obrazovanju, kulturi i javnom obaveštavanju podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanje razlika (čl. 48), kao i da u oblasti obrazovanja, kulture i informisanja podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga i preduzima efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje (čl. 81). Takođe, na zaključak da su ravnopravnost i tolerancija jedna od osnovnih vrednosti ustavnog poretka Republike Srbije upućuju i ustavne odredbe prema kojima je izazivanje i podsticanje na rasnu, nacionalnu i versku neravnopravnost, mržnju i netrpeljivost, na različite načine, propisani osnov za zabranu verskih zajednica (čl. 44. st. 3), za sprečavanje širenja informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja (čl. 50. st. 3) i za zabranu različitih vidova udruženja (čl. 55. st. 4)

Imajući u vidu ustavnopravno regulisanje zabrane izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti moglo bi se zaključiti da je u Republici Srbiji ta zabrana primarno u funkciji zaštite javnog poretka.

Otvorena ustavnopravna pitanja

Načelno posmatrano, prvo od otvorenih pitanja u vezi sa zabranom izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti sa kojim bi Ustavni sud mogao da se suoči proističe iz razlika koje postoje između normativnog regulisanja te zabrane u Ustavu i u relevantnim međunarodnim aktima. Naime, izloženo ustavno uređenje ove zabrane sadržano

³ M.Pajvančić, Komentar Ustava Republike Srbije, Beograd, 2009. str.66

u čl. 49. i njegovo jezičko tumačenje donekle protivreče međunarodnim okvirima zabrane govora mržnje u pogledu posledica koje takve aktivnosti stvaraju i koje se zahtevaju za njihovu zabranu. Naime, čl. 20. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima nalaže državama članicama da zabrane svako zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje *koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, mržnju ili nasilje* (kurzivom autori). Dakle, za razliku od Ustava, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima nalaže da se posledica govora mržnje mora ogledati u podsticanju na diskriminaciju, mržnju ili nasilje.⁴ Nešto drugačije određenje sadrži Međunarodna konvencija o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije koja u članu 4(a) zahteva od svih ugovornih strana da proglase za kažnjiva dela *sva širenja ideja zasnovanih na rasnoj nadmoćnosti ili mržnji, podsticanje na rasnu diskriminaciju, kao sva nasilna dela ili podsticanje na takva dela* protiv bilo koje rase, ili grupe lica druge boje ili etničkog porekla, kao i pružanje svake pomoći rasističkim aktivnostima, uključujući njegovo finansiranje (kurzivom autori).

Dakle, Konvencija, za razliku od Pakta, zahteva da se zabrane i one aktivnosti čiji se rezultat ne ogleda u diskriminaciji i nasilju, već i širenje svih ideja zasnovanih na rasnoj superiornosti.⁵ Imajući u vidu razlike koje postoje u izloženim određenjima, naročito razlike između sadržaja te zabrane i posledica koje se zahtevaju prema Ustavu Srbije i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, pred Ustavni sud bi se najpre moglo postaviti pitanje na osnovu kojih odredbi zaista treba utvrđivati postojanje narušavanje ove zabrane. Naime, dok je, s jedne strane, očigledno da odredba čl. 49. Ustava uveliko širi zabranu u odnosu na standard koji je predviđen Paktom, ali i jasno uočljivo da se u pojedinim odredbama Ustava kojima se ova zabrana predviđa kao osnov za zabranu verskih zajednica i udruženja, za razliku od člana 49, ne zahteva nastupanje svih posledica, jer se za zabranu verskih zajednica zahteva samo *izazivanje i podsticanje netrpeljivosti*, a za zabranu udruženja *izazivanje mržnje* (*podv.autori.*), dotle

⁴ Takođe, Komitet za ljudska prava UN u svom opštem komentaru br. 11. izričito precizira da je reč o zabrani zagovaranja nezavisno od toga da li je to zagovaranje ima unutrašnje ili spoljašnje ciljeve-General comment No. 11: Article 20 dostupno na <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/CCPRGeneralCommentNo11.pdf> pristupljeno 17.07.2017.

⁵ T. Mendel, Hate Speech Rules under International Law, dostupno na: <http://www.law-democracy.org/> pristupljeno 6. juna 2017. r. 9. Inače, Komitet za eliminisanje rasne diskriminacije stoji na stanovištu da izloženi član Konvencije obuhvata četiri tipa aktivnosti: 1. širenje ideja znanovanih na rasnoj superiornosti ili mržnji, 2. podsticanje na rasnu mržnju, 3. akte nasilja i 4. podsticanje na takve akte – v. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XV, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2, UN Doc A/48/18 (Mar. 17, 1993).

je, sa druge strane, Ustavom takođe predviđeno da se njime jemče i ljudska prava predviđena međunarodnim ugovorima. Prema međunarodnom pravu, ono što se od država *zahteva* da zabrane da bi osigurale ravnopravnost nije nužno identično onome što im je *dozvoljeno* da zabrane da bi ispunile taj cilj,⁶ ali je takođe i jasan stav međunarodnih tela koja prate sprovođenje međunarodnih ugovora o ljudskim pravima da, u slučaju da države predvide veći stepen zabrane, ne mogu da se pozivaju na odredbe međunarodnih ugovora radi opravdanja neispunjavanja obaveza predviđenih domaćim pravom.⁷

U vezi s posledicama narušavanja ove zabrane, ali i aktivnostima koje do toga dovode, otvoreno je i pitanje načina na koji ih u radu Ustavnog suda Srbije treba tumačiti i određivati. Neravnopravnost je pravni pojam koji ima svoje relativno jasno značenje. S druge strane, otvoreno je pitanje na koji način Ustavni sud treba da poima pojmove “mržnja” i “netrpeljivost”, naročito u kontekstu njihovog *podsticanja*. Uopšte uzev, pitanje šta čini “podsticanje” je u međunarodnom pravu ekstremno kompleksno pa ne čudi što je Visoki komesar UN za ljudska prava izrazio zabrinutost zbog toga što taj pojam nema jasnu definiciju u međunarodnom pravu.⁸

Takođe, budući da je mržnja, prema mišljenju međunarodnih ugovornih tela, pre stanje uma, nego što je delanje, odnosno čin, što je kao takvu svrstava u mišljenje,⁹ a to se tim pre može odnositi na netrpeljivost, zabrana podsticanja na određeno stanje uma, odnosno mišljenje može da bude prilično kontroverzna. Budući da Ustav predviđa ne samo zabranu, već i *kažnjivost* izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti, može se postaviti pitanje da li Ustavni sud posledice narušavanja te zabrane, ali i aktivnosti koje do njih dovode, treba da tumači i određuje u skladu sa krivičnopravnim određivanjem tih pojmova. Čini se međutim da prosto presađivanje krivičnog razumevanja pojedinih pojmova kojima se opisuju posledice ove zabrane, ali i aktivnosti koje do njih dovode, na ustavnosudski teren nije održivo.

Naime, ustavni pojam podsticanja ne bi mogao da bude izjednačen sa krivičnopravnim pojmom podstrekavanja, jer se prema krivičnopravnom konceptu podstrekavanje uvek vrši *u odnosu na konkretno krivično delo*, a podstrekač mora

⁶ T. Mendel, n.d.r.4.

⁷ To proističe iz čl. 53. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – “Sl. list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/03.

⁸ Study of the United Nations High Commissioner for Human Rights compiling existing legislations and jurisprudence concerning defamation of and contempt for religions, UN Doc. A/HRC/9/25, 5 September 2008, para. 24.

⁹ T. Mendel, n.d.r.9.

biti svestan uzročne veze između radnje podstrekavanja i odluke da se izvrši krivično delo, kao i svih bitnih obeležja tog dela,¹⁰ a mržnja i netrpeljivost, razume se, same po sebi, nisu krivična dela. Ustavni pojam podsticanja bi se možda mogao povezati sa pojam propagande. Propaganda se sastoji u iznošenju ili prenošenju izvesnih činjenica (lažnih ili istinitih) ili ideja u cilju da se time utiče na druga lica, da i ona prihvate te ideje i, eventualno, preuzmu izvesne delatnosti koja su radi ostvarivanja propagandnih ciljeva potrebne, a koje po svom karakteru mogu predstavljati i krivična dela. Ako propaganda sadrži i agitaciju (pozivanje) za vršenje krivičnih dela, onda se približava krivičnopravnom pojmu podstrekavanja. Ali se i od istog razlikuje utoliko što je podstrekavanje upravljeno na određeno krivično delo što nije slučaj kod propagande.¹¹ Naravno, i u ovom kontekstu ostaje jasna razlika da mržnja i netrpeljivost, same po sebi, nisu krivična dela.¹²

U međunarodnom pravu, podsticanje se od strane pojedinih ugovornih tela razmatralo u kontekstu *uzročnosti*, iako se u relevantnim komentarima ističe da ne može da postoji jednakost između podsticanja na određeno delovanje i uzroka takvog delovanja, tako da se najvažnijim standardom za ocenjivanje da li određene izjave mogu da podstiču na mržnju smatra kontekst u kojem su izrečene, a mržnja neizbežno nailazi na neku vrstu “*opipljive manifestacije*”¹³ Ni pojam “izazivanje”, bar u domaćoj krivičnopravnoj literaturi nije ostao lišen izvesnih dilema, naročito u vezi s pitanjem da li bi se izazivanje moglo posredno izvršiti “*ispoljavanjem*”.¹⁴

Sa dilemama u vezi sa zabranom izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti Ustavni sud Srbije može da se suoči i u kontekstu odnosa, zapravo potencijalnog konflikta, između slobode izražavanja i te zabrane. Prema članu 50. st. 3. Ustava, nadležni sud može sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja samo ako je to u demokratskom društvu, između ostalog, neophodno radi sprečavanja zaganjanja *rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, ne-*

¹⁰ Z. Stojanović: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, 2006, str. 245.

¹¹ J. Jovičić, Krivična odgovornost i kažnjivost podstrekača u našem krivičnom zakonodavstvu, Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu 2006, str. 228 sa pozivom na M. Đorđević, Ž. Jovanović: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, 1981, str. 112.

¹² U komentarima domaćeg krivičnog zakonodavstva ističe se da je mržnja psihičko stanje kojim se negativno vrednuje objekat mržnje, dok je netrpeljivost označava stanje nepoverenja, osećanje netolerantnosti i odbojnosti – Lj. Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006, str. 783.

¹³ T. Mendel, n.d.r.6-9

¹⁴ J. Đirić, Sloboda govora i govor mržnje – krivičnopravna regulativa, Usaglašavanje krivičnog zakonodavstva sa Ustavom Srbije: naučni skup Kopaonik 2008, str. 153

prijateljstvo ili nasilje. Uočljivo je da se formulacija čl. 50. st. 3. Ustava u značajnoj meri razlikuje u odnosu na zabranu iz čl. 49. Ustava. Naime, nadležni sud može sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja samo u slučaju *zagovaranja mržnje*, ali ne i u drugim slučajevima u kojima može doći do izazivanja i podsticanja neravnopravnosti i netrpeljivosti. Za razliku od zabrane sadržane u čl. 49. Ustava koja se odnosi na *svako* izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti, takvo sprečavanje je moguće *samo ako je neophodno u demokratskom društvu*. Takođe, za razliku od čl. 49. Ustava, mržnja čije je zagovaranje zabranjeno, odnosno čije se zagovaranje u sredstvima javnog obaveštavanja može sprečiti, mora da bude usmerena na podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje. Primetno je da je formulacija čl. 50. st. 3. Ustava u značajnoj meri usaglašena sa izloženim međunarodnim standardima, ali i da joj nedostaje upućivanje da *drugu* neravnopravnost, odnosno diskriminaciju, a ne samo na onu koja je rasna, nacionalna ili verska.

Posebno je važno da se ukaže da je zagovaranje rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje predviđeno samo kao osnov za sprečavanje širenja informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja, ali ne i kao osnov za ograničavanje slobode izražavanja.¹⁵ Naime, prema članu 46. st. 2. Ustava, sloboda izražavanja podleže ograničenju ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije što je formulacija koja donekle odgovara čl. 10. st. 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Otvoreno je pitanje na koji način bi Ustavni sud, najčešće u postupku po ustavnoj žalbi, trebalo da tumači odnos između dve izložene odredbe Ustava. Da li Ustavni sud treba odredbu čl. 50. st. 3. Ustava da tumači kao izuzetak u odnosu na ograničenja slobode izražavanja sadržana u čl. 46. st.2. i da u skladu sa pravilom *exceptionis sunt strictissimae interpretationis* stane na stanovište da je namera ustavotvorca bila da slobodu izražavanja ograniči na osnovu zagovaranja rasne, nacionalne ili verske mržnje samo u kontekstu sprečavanje širenja informacija i ideja *putem sredstava javnog obaveštavanja*, čime bi možda došao u poziciju da ne poštuje opštu zabranu zabrane izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti ili pak, upravo na osnovu opšte zabrane iz čl. 49. Ustav, treba da smatra da je zabrana izazivanja rasne, nacionalne, verske, ali i svake druge neravnopravnosti mržnje i netrpeljivosti, osnov za ograničavanje slobode izražavanja, jer se njime potkopavaju temelji demokratskog društva?

¹⁵ Videti i M. Pajvančić, n.d. str. 68.

U kontekstu izložene dileme treba istaći da Evropski sud za ljudska prava u nizu svojih odluka govor mržnje, na osnovu zabrane zloupotrebe prava predviđene čl. 17. Evropske konvencije, isključuje iz zaštite slobode izražavanja (i to u bilo kojem vidu izražavanja!) predviđene čl. 10. st. 1. Konvencije,¹⁶ članom 18. st. 3. Ustava predviđeno je da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače, između ostalog, *saglasno praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje (kurzivom autori)*.

Budući da je zabrana izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske i druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti u Republici Srbiji primarno u funkciji zaštite objektivnog pravnog poretka i da su ravnopravnost i tolerancija apsolutno zaštićena vrednosti ustavnog poretka, Ustavni sud bi mogao da naiđe na kontroverze i dileme koje tu zabranu prate i u kontekstu njene zakonske razrade, naročito u postupcima normativne kontrole. Kao što je istaknuto, kažnjivost narušavanja zabrane predviđene čl. 49. Ustava prvenstveno upućuje na krivičnopravnu zaštitu. Krivičnim zakonikom predviđena su dva krivična dela koja sankcionišu povredu ravnopravnosti (čl. 128. KZ) i zabranu izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (čl. 317. KZ). Dok je, s jedne strane, jasno da normativno uređivanje krivičnog dela povrede ravnopravnosti u svemu odgovara ustavnim zahtevima koji su postavljeni čl. 49. i sistemskom tumačenju Ustava u pogledu *zabrane izazivanja neravnopravnosti*, jer sankcioniše sve vidove povrede ravnopravnosti po zabranjenim osnovama dikskriminacije,¹⁷ dotle nije jasno da li je i podsticanje na takvu povredu krivičnopravno sankcionisano, osim ukoliko se ustavni pojam "podsticanja" ne bi mogao izjednačiti sa krivičnopravnim pojmom "podstrekavanje" (videti prethodni tekst). Krivično delo zabrane izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz čl. 317. KZ ne odgovara u svemu zahtevima iz čl. 49. Ustava, ne samo zbog toga što inkriminiše izazivanje i raspirivanje isključivo nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti, jer Ustav u čl. 49. izričito upućuje i na *drugu* mržnju i netrpeljivost, već i zbog toga što se to krivično delo svodi samo na onu mržnju i netrpeljivost koja *postoji među narodima i etničkim zajednicama koje žive u Srbiji*.

Da stvar bude još više sistemski nejasna, čl. 344a KZ propisano je da se krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu, između

¹⁶ Npr. Pavel Ivanov v. Russia, *Application no. 35222/04*; Norwood v. the United Kingdom, *Application no. 23131/03*; M'Bala M'Bala v. France, *Application no. 25239/13*; Belkacem v. Belgium, *Application no. 34367/14*, itd.

¹⁷ Nacionalne ili etničke pripadnosti, rase ili veroispovesti ili zbog odsustva te pripadnosti ili zbog razlika u pogledu političkog ili drugog ubeđenja, pola, invaliditeta, seksualne orijentacije, rod-nog identiteta, jezika, obrazovanja, društvenog položaja, socijalnog porekla, imovnog stanja ili nekog drugog ličnog svojstva

ostalog, može izvršiti ponašanjem ili parolama kojima se izaziva nacionalna, rasna, verska, ali i *druga mržnja ili netrpeljivost*, međutim samo ona koja je *zasnovana na nekom diskriminatornom osnovu* i samo *usled čega dođe do nasilja ili fizičkog obračuna sa učesnicima*. S druge strane, članom 174. KZ propisano je krivično delo povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne, ali i *druge pripadnosti* koje se sastoji u javnom izlaganju poruzi *lica ili grupe* zbog takve pripadnosti. Otvoreno je pitanje da li je krivičnopravna razrada ustavnog naloga zabrane iz čl. 49. Ustava u svemu odgovarajuća, odnosno da li je umesno postaviti pitanje ustavnosti zakonskih odredbi. Štaviše, ako je ustavna zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti u funkciji zaštite objektivnog poretka, onda se postavlja pitanje da li bi Ustavni sud trebalo *ex officio* da pokrene postupak kontrole ustavnosti spornih odredbi KZ-a?¹⁸

No, to se pitanje ne postavlja samo u vezi sa KZ-om. Primera radi, Zakonom o rehabilitaciji¹⁹ predviđeno je da se *po sili zakona* rehabilituju lica čija su prava i slobode povređena do dana stupanja na snagu tog Zakona, a koja su sudskom ili administrativnom odlukom kažnjena, između ostalog, i za krivično delo iz člana 2. Zakona o zabrani izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i razdora ("Službeni list DFJ", broj 36/45 i "Službeni list FNRJ", broj 56/46), ako je učinjeno samo radnjom pisanja. Ako je zabrana izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje jedna od najvažnijih zabrana Ustava Republike Srbije, onda nije jasno zašto je zakonodavac od nje odstupio u Zakonu o rehabilitaciji, bez obzira što je rehabilitaciju sveo samo na lica koja su krivično delo učinila radnjom pisanja i otvoreno je pitanje da li bi Ustavni sud Srbije takvu odredbu trebalo da kasira. U jednom širem smislu jasno je da se Zakon o rehabilitaciji proteže na period u kome nije postojala puna garantija vladavine prava, kao ni ljudskih prava i sloboda. S druge strane, postavlja se pitanje zašto bi zakonotvorac, pod ispravku kršenja ljudskih prava, podveo ono što je i u sadašnjem konceptu liberalno demokratske ustavnosti kažnjivo.

Posebno je važno istaći da je zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti osnov za zabranu rada političkih stranaka, sindikalnih organizacija, udruženja građana i verskih zajednica u postupku pred Ustavnim sudom. Pravna teorija, skoro bez izuzetka, smatra da bi bilo bolje da

¹⁸ To pitanje tangira u izvesnj meri i mogućnost da ustavni sud kontroliše nečinjenje zakonodavca. Više o tome u radu V.Đurić, Kontrola ustavnosti nečinjenja (propuštanja) zakonodavca, Pravni život tom IV, 12/2013, str. 609-624. Videti i Ustavni sud Srbije, Problem zakonodavnih pravnih praznina (propusta) u ustavnosudskoj praksi, Upitnik za 14. Kongres Konferencije evropskih ustavnih sudova, dostupno na http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Serbian_se.pdf pristupljeno 15. jun 2017.

¹⁹ "Sl.glasnik RS" br. 92/2011.

se ustavotvorac ograničio samo na ustavnosudsko ispitivanje delovanja političkih partija, dok bi pravna ocena delovanja i zabrana drugih udruženja trebalo da bude nadležnost viših instanci redovnog sudstva.²⁰ Pažljivije sagledavanje relevantnih ustavnih odredbi može da sugeriše na izvesne systemske propuste i nejasnoće, a sledstveno tome i na moguće dileme sa kojima se Ustavni sud može suočiti u vršenju svoje nadležnosti. Kao što je istaknuto, članom 55. st. 4. predviđeno je da Ustavni sud može da zabrani samo ono udruženje čije je delovanje, između ostalog, usmereno na izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje, dok, prema članu 44. st. 3. može zabraniti versku zajednicu samo ako njeno delovanje, između ostalog, izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost.

Za razliku od opšte zabrane propisane čl. 49. za zabranu udruženja zahteva se samo *izazivanje mržnje*, dok je kod verskih zajednica zabrana predviđena samo za *izazivanje i podsticanje netrpeljivosti*. U komentarima takvih rešenja ukazano je da su iz osnova za zabranu verskih zajednica i udruženja izostavljena druga podjednako važna svojstva koja mogu biti povod podsticanju netrpeljivosti i mržnji,²¹ tako da se i povodom zabrane navedenih subjekata može postaviti pitanje da li Ustavni sud treba odredbe čl. 44. st. 3. i čl. 55. st. 4. Ustava da tumači kao izuzetak u odnosu na zabranu sadržanu u čl. 49 i da u skladu sa pravilom *exceptio nis sunt strictissimae interpretationis* stane na stanovište da je namera ustavotvorca bila da slobodu udruživanja u tim kontekstima ograniči na uži način, ili pak, upravo na osnovu opšte zabrane iz čl. 49, treba da smatra da je zabrana izazivanja rasne, nacionalne, verske, ali i svake druge neravnopravnosti mržnje i netrpeljivosti, osnov za ograničavanje slobode udruživanja? U vezi sa tim pitanjem je i dilema kada treba pribeći meri zabrane udruživanja, odnosno da li zaštita objektivnog poretka iziskuje "izrazito nizak nivo tolerancije" prema delovanju udruženja, ili je mera zabrane *ultima ratio* ustavnog poretka koji se ne može odbraniti drugim sredstvima.²²

²⁰ D. Stojanović, Ustavno pravosuđe, Ustavno procesno pravo, Niš, 2016. str. 71. U istom smislu i V. Petrov, Ustavni sud i zabrana udruženja: nadležnost koja mu ne pristaje, Pravni život tom IV, 12/2012, str. 799-812 kao i V. Petrov, Zabrana političkih stranaka i udruženja u Zborniku radova Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Beograd 2013, str. 213. Prof. Petrov stoji na stanovištu da ta nadležnost predstavlja svojevrsnu degradaciju Ustavnog suda i da se na taj način svrha konstitucionalizacije političkih stranaka dovodi u pitanje, jer se one, u izvesnom smislu, izjednačavaju sa drugim udruženjima što se teško može pomiriti sa čl. 5. Ustava koji izdvaja političke stranke po njihovoj ulozi u demokratskom oblikovanju političke volje građana.

²¹ M. Pajvančić, n.d. str. 62, 76.

²² U domaćoj pravnoj nauci nedvosmisleno se stoji na stanovištu da je mera zabrane *ultima ratio* demokratskog poretka – D. Stojanović n.m, odnosno da to treba da bude izuzetna nadležnost koja se retko javlja – V. Petrov, Zabrana političkih stranaka i udruženja u Zborniku radova Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Beograd 2013, str. 221

Ustavni sud Srbije je u svojim odlukama zauzimao donekle različite stavove u vezi sa izloženim pitanjem. Naime, Sud je u predmetu "Obraz" stao na stanovište da je "od posebnog.. značaja zaštititi najvažnije društvene vrednosti svim sredstvima i blagovremeno sprečiti sve one pojave koje mogu, naročito stvaranjem okruženja nesigurnosti i straha za čitave društvene grupe, poništiti napore kojima se iskazuje demokratska tradicija srpskog naroda."²³ S druge strane, u predmetu "NAŠI – 1389", Ustavni sud je svoju odluku utemeljio na principu da zabrana rada udruženja mora predstavljati nužnu meru demokratskog društva" (...) "poslednji akt demokratskog društva kada delovanje i aktivnosti udruženja i njegovih članova krajnje ozbiljno krše Ustavom zajemčeno pravo i slobode".²⁴

U oba slučaja ustavnih odredbi o zabrani, dakle kako u pogledu udruženja, tako i u slučaju verskih zajednica, navodi se da Ustavni sud može da zabrani te oblike udruživanja samo ukoliko je njihovo *delovanje* usmereno ka zabranjenom cilju. U tom smislu, postavlja se pitanje da li je za zabranu verskih zajednica i udruženja dovoljno samo da deluju u pravcu izazivanja i podsticanja, ili je neophodno (i) da u svojim učenjima, odnosno programskim aktima imaju takav cilj?²⁵ S jedne strane, zahtev da u učenjima verskih zajednica bude elemenata izazivanja i podsticanja netrpeljivosti da bi se one mogle zabraniti donekle bi protivrečio međunarodnopravnom standardu da države ne smeju da procenjuju uporednu legitimnost verskih uverenja,²⁶ dok, s druge strane, svođenje zabrane ostalih udruženja, naročito političkih stranaka, isključivo na osnovu njihovog delovanja otvara pitanje ko u ime udruženja treba takvo delovanje da vrši i da li bi za zabranu rada udruženja (a naročito političke stranke) bilo merodavno delovanje članstva, ili jednog organizacionog dela koji nemaju podršku rukovodstva stranke za takav čin?

Ustavni sud Srbije stoji na stanovištu da se "delovanje Udruženja ne ogleda... samo kroz javno promovisanje nedozvoljenih ciljeva u programskim dokumentima i medijima, već i u konkretnim aktivnostima koje su članovi Udruženja preduzimali učešćem u brojnim događajima" Dakle, Sud prilikom zabrane udruživanja ceni kako programske dokumente, tako i konkretno delovanje članova.

²³ Odluka Ustavnog suda VIIU 249/09 od 12. juna 2012. godine.

²⁴ Odluka Ustavnog suda u predmetu VIIU 482/2011 od 14. novembra 2012. godine.

²⁵ U teorijskim radovima ističe se da postupak za zabranu *prevashodno ima za predmet konkretno delovanje udruženja i njegovih članova ... (kurzivom autori)*. – D. Stojanović, n.m, odnosno da ustavni sud u postupku zabrane političke stranke treba da utvrdi činjenice koje nedvosmisleno ukazuju na *konkretno delovanje koje proizvodi konkretnu opasnost... (kurzivom autori)*. v. V. Petrov, *Zabranu rada političkih stranaka (i drugih udruženja)* u O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Beograd 2010, str. 241

²⁶ Hasan and Chaush v. Bulgaria, *Application no. 30985/96*

U predmetu "OBRAZ" je čak zauzeo stanovište da neodricanje od učešća člana na skupovima na kojima se propovedela mržnja zapravo potvrđuje slaganje sa "svim događanjima na ovim skupovima".²⁷ Potpuno suprotno stanovište zauzeo je u drugom predmetu, kada je istakao da Ustavnom sudu Sudu nije prezentovan relevantan dokaz da su aktivnosti lidera inicirane, podržane ili odobrene od strane udruženja "SNP 1389".²⁸

U vezi sa postupkom zabrane udruženja ili verske zajednice posebno bi interesantno bilo pitanje na osnovu kojih kriterijuma Ustavni sud treba da sagledava i ocenjuje takvo delovanje i šta bi se moglo smatrati dokazom takvog delovanja? Ustavni sud ističe da se "ocena postojanja takvih razloga mora temeljiti na analizi programskih opredeljenja sadržanih u opštim aktima ovih udruženja, analizi aktivnosti i delovanja udruženja i njegovih članova, kao i srazmernosti preduzetih mera od strane nadležnih državnih organa... Sud ukazuje da samo proklamovanje nedozvoljenih ciljeva nije i dovoljan razlog za zabranu rada udruženja, kao što i proklamacija dozvoljenih ciljeva ne može isključiti mogućnost izricanja mere zabrane rada udruženju kada su delovanja njegovih članova nesporno usmerena na ...izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje. Zato je nužno sprovesti sveobuhvatno ispitivanje svih navedenih elemenata od čijeg postojanja zavisi ocena osnovanosti i opravdanosti predložene mere."

Na osnovu izloženog rezonovanja proizlazi da svi navedeni kriterijumi moraju biti ispunjeni da bi došlo do zabrane udruživanja. Međutim, u istoj odluci Ustavni sud ističe svoju obavezu "da nesporno utvrdi da li pojedinačno, ili, pak, zajedničko postojanje navedenih elemenata opravdava tvrdnju(...) o postojanju ustavnih uslova za izricanje predložene mere..."²⁹ U pogledu programskih akata udruženja Sud smatra da "...pojedine odredbe (...) opštih akata indirektno mogu inicirati protivustavne radnje, ali to ipak nije ni dovoljan ni neposredan osnov da bi se u odsustvu potvrđenog faktičkog protivustavnog delovanja udruženja moglo pouzdano zaključiti da se time iniciraju ili podstiču aktivnosti članova udruženja ili drugih lica na (...) izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje..."³⁰

²⁷ Odluka Ustavnog suda VIIU 249/09 od 12. juna 2012. godine. Ustavni sud je u konkretnom slučaju zapravo prihvatio stanovište Evropskog suda za ljudska prava koji je istakao da se raspuštanje jedne organizacije može zasnovati i na odsustvu osude određenog čina, "budući da ponašanje političara uobičajeno obuhvata ne samo njihove radnje i govore, već i, u određenim okolnostima, njihove propuste ili ćutanja... (odluka u slučaju *Herri Batasuna and Batasuna v.Spain*, Applications no. 25803/04 and 25817/04).

²⁸ Odluka Ustavnog suda u predmetu VIIU 482/2011 od 14. novembra 2012. godine.

²⁹ Isto.

³⁰ Isto

Posebno pitanje je da li Ustavni sud u postupku zabrane udruženja mora da se osloni na postojanje pravosnažnih sudskih presuda za odgovarajuće krivično delo, ili bi u obzir mogao da uzme (i) druge kriterijume, odnosno dokaze? Prema stanovištu izrečenom u predmetu “NAŠI – 1389”, “izricanju takve mere mora prethoditi nesporno utvrđenje da su faktička delovanja i preduzete aktivnosti udruženja predstavljale zloupotrebu prava i sloboda, koje su od strane nadležnih državnih organa bezuspešno sankcionisane kontinuiranim i blagovremenim izricanjem adekvatnih mera”.³¹ U oba postupka zabrane udruženja predmeti su bili zasnovani na krivičnim i prekršajnim prijavama, kao i neprovasnažnim odlukama suda. Upravo zato nametnula se dilema o stepenu dokazanosti koji se zahteva za zabranu udruživanja. Na osnovu dosadašnje prakse, naročito u slučaju “Obraz”, čini se da je Sud sklon da prihvati mišljenje da “ne nastupa kao krivični sud, odnosno da je stepen dokazanosti koji se traži mnogo niži od onog koji se traži za krivičnu osudu”.³² Punomoćnik Udruženja “Obraz” tvrdio je međutim da se ništa sem pravosnažne presude ne može prihvatiti kao relevantan dokaz³³, dok je u izdvojenom mišljenju istaknuta obaveza pružanja garancije pravičnog suđenja, kao i da je u konkretnom slučaju povređena “jednakost oružja”³⁴

Naposletku, ali ne i najmanje važno, u kontekstu zabrane udruženja i verskih zajednica, a u vezi sa zabranom izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti nameće se još jedno značajno pitanje. Budući da je ta zabrana jedna od najvažnijih ustavnih zabrana, Ustavni sud bi se mogao suočiti sa dilemom da li je ona legitimni osnov i za zabranu drugih organizacija i institucionalnih oblika. Pitanje bi prvenstveno moglo da se odnosi na nacionalne savezne nacionalnih manjina koji su, prema stanovištu samog Suda, “posebna (nedržavna) tela – organizacije koje predstavljaju institucionalni oblik putem koga se u Ustavom utvrđenim oblastima društvenog života (...) ostvaruju kolektivna prava manjina u tim oblastima (pravo na samoupravu)”,³⁵ a čije delovanje bi takođe moglo da naruši zabranu izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti. S jedne strane, jasno je da se nadležnosti Ustavnog suda izričito pro-

³¹ Isto

³² V. izlaganje T. Marinkovića u Zapisnik sa javne rasprave održane 14. decembra 2011. godine u predmetu VIIU 249/09. Suprotna su mišljenja da Ustavni sud u takvim predmetima deluje kao “specijalni krivični sud” – D. Stojanović, n.m.

³³ V. izlaganje advokata G. Petronijevića u Zapisniku sa javne rasprave održane 14. decembra 2011. godine u predmetu VIIU 249/09.

³⁴ V. Izdvojeno mišljenje sudije Katarine Manojlović Andrić u predmetu VIIU 249/09. Navedeno izdvojeno mišljenje podržala je i sudija Olivera Vučića.

³⁵ IUz-882/2010.

pisuju Ustavom, a prema relevantnim ustavnim odredbama Ustavni sud nema nadležnost da odlučuje o zabrani nacionalnih saveta i veliko je pitanje da li bi, čak i da svoje nadležnosti ekstenzivno tumači, smeo da odlučuje o takvoj vrsti zabrane, jer se posredstvom nacionalnih saveta ostvaruje Ustavom proklamovano pravo na samoupravu nacionalnih manjina. S druge pak strane, ustavna zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti štiti temeljne vrednosti ustavnog poretka, što bi upućivalo na mogućnost da Ustavni sud analogijom proširi svoju nadležnost, izbegavajući na taj način pomanjkanje institucionalnih mehanizama obezbeđivanja delotvornosti te zabrane.³⁶

ZAKLJUČAK

Ustavna zabrana izazivanja i podsticanja neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti predviđena čl. 49. Ustava štiti temeljne vrednosti ustavnog poretka Republike Srbije. Njeno formulisanje u tekstu Ustava prevazilazi standarde zabrane govora mržnje sadržane u pojedinim međunarodnim ugovorima. Sa druge strane, njena normativna razrada u samom Ustavu, ali i u pojedinim zakonima nema sistemski kvalitet. U tom smislu, u vezi sa ovom zabranom postoji niz dilema i kontroverzi sa kojima se može suočiti Ustavni sud u ostvarivanju svojih nadležnosti. Reč je o pitanjima na osnovu kojih odredbi zaista treba utvrđivati postojanje narušavanja ove zabrane; kako treba tumačiti pojmove “izazivanje”, “podsticanje”, “mržnja” i “netrpeljivost”; u kojoj meri je ta zabrana osnov ograničavanja slobode izražavanja; da li bi Ustavni sud, budući da je ta zabrana u funkciji zaštite javnog poretka, trebalo po službenoj dužnosti da pokrene postupke kontrole ustavnosti zakona koji je ne implementiraju, ili ne poštuju u punoj meri; i na koji način, odnosno na osnovu kojih kriterijuma i dokaza ta zabrana treba da bude sagledana u postupku za zabranu rada udruženja i verskih zajednica, ali i da li se ta nadležnost Ustavnog suda može proširiti i na druge organizacije i institucionalne oblike. Imajući u vidu pomanjkanje sistemskog kvaliteta pojedinih rešenja, jasno je da su u vezi sa tom zabranom potrebne izvesne normativne korekcije, baš kao što je jasno da pojedina od izloženih pitanja mogu da budu razrešena i u ustavnosudskoj praksi zasnovanoj na dubljim i svestranijim teorijskim analizama. Na

³⁶ Inače, Sud je u jednom predmetu (“Nacionalni stroj”) proširio svoju nadležnost da odlučuje i o zabrani tajnih udruženja – v. Odluka Ustavnog suda u predmetu VII 171/08 što je izazvalo negativne komentare u izdvojenom mišljenju sudije O. Vučić i u naučnim radovima – v. Izdvojeno mišljenje sudije Olivera Vučić u predmetu VIIIU 171/08 i V. Petrov, *Zabrana političkih stranaka i udruženja u Zborniku radova Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd 2013, str. 215.

osnovu dosadašnje prakse čini se međutim da je Ustavni sud samo produbio izložene dileme i dodatno doprineo nejasnoćama u vezi sa tom zabranom.

VLADIMIR ĐURIĆ, Ph.D.,
Institute of Comparative Law Belgrade
SAVO MANOJLOVIĆ, LL.M.,
Institute of Comparative Law Belgrade

THE CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE PROHIBITION OF INCITEMENT AND
INSTIGATION OF INEQUITY, HATRED AND INTOLERANCE IN THE REPUBLIC
OF SERBIA

Summary

This paper explores the constitutional aspects of the prohibition of incitement to and instigation of inequity, hatred and intolerance in the Republic of Serbia. The authors provide an overview and analysis of the constitutional provisions and point to the dilemmas and controversies that the Constitutional Court may face with in relation to that prohibition. The conclusion is that the provisions regulating this prohibition don't have systemic quality and that the Constitutional Court additionally contributed to the unclarity of this prohibition in its jurisprudence.