

Sloboda umjetničkog izražavanja kao odraz individualne osobnosti i identiteta: konvencijska perspektiva

Marochini Zrinski, Maša; Brajković, Luka

Source / Izvornik: **Ljudska prava i pitanje identiteta: Zbornik radova sa znanstvenog skupa Ljudska prava i pitanje identiteta održanog 9. prosinca 2022. godine, 2022, 281 - 314**

Conference paper / Rad u zborniku

Publication status / Verzija rada: **Published version / Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:134716>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom](#).

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-17**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

12. Sloboda umjetničkog izražavanja kao odraz individualne osobnosti i identiteta: konvencijska perspektiva

MAŠA MAROCHINI ZRINSKI*, LUKA BRAJKOVIĆ**

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.735

SAŽETAK Sloboda umjetničkoga izražavanja, premda izrijekom nije navedena, jedan je od aspekata slobode izražavanja zajamčene čl. 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Međutim, radi se o pomalo zanemarenom aspektu koji se najčešće spominje tek uzgredno unutar razmatranja prava na slobodu izražavanja ili njegovih pojedinih dijelova. Ovaj rad želi se posvetiti upravo temeljnome ljudskome pravu na umjetničku ekspresiju kao jednome od odraza vlastite individualnosti i identiteta pojedinca. Slijedom napisanog, radom će se prvo analizirati granice umjetničkog izražavanja, odnosno ispitati u kojoj mjeri Europski sud za ljudska prava dopušta slobodu umjetničkoga izričaja, u usporedbi sa ostalim oblicima izražavanja, kada je ista u potencijalnome sukobu sa suštinskim vrijednostima izraženima Konvencijom, tj. gdje prestaje sloboda izražavanja, a počinje govor mržnje. Nadalje, ukoliko spomenuto izražavanje ne prelazi granice dopuštenosti, a budući da je državama ugovornicama dopušteno određeno polje slobodne procjene prilikom odmjeravanja jesu li ograničenja prava na slobodu izražavanja opravdana ili ne, u ovom se radu istražuje nazire li se u sudskoj praksi ESLJP-a tendencija sužavanja prostora slobodne procjene država, a povezano sa promišljanjima o ulozi morala i moralnih vrijednosti u suvremenom dobu. U zaključku se donosi nekoliko općenitih razmatranja o važnosti i granicama slobode umjetničkoga izričaja kao prostora za ostvarenje identiteta pojedinca.

KLJUČNE RIJEČI sloboda izražavanja; umjetničko izražavanje; govor mržnje; polje slobodne procjene; Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda; praksa Europskoga suda za ljudska prava

* **Dr. sc. Maša Marochini Zrinski**, izvanredna profesorica na Katedri za teoriju prava i države, filozofiju prava, ljudska prava i javnu politiku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: mmarochini@pravri.hr

** **Luka Brajković, mag. iur.**, e-mail: lbrajkov1@pravri.hr; lukabrajkovic31@gmail.com

1. UVOD

Još u prehistorijska vremena umjetnost je u ljudskim životima igrala važnu ulogu. Neke se od najstarijih slika na svijetu, nađene u Australiji, datiraju između 40 i 50 000 godina, dok se u Europi pojavu likovne umjetnosti vezuje uz slike naslikane u špiljama u razdoblju 30 000 godina prije Krista.¹ Pojavu glazbene umjetnosti, pak, vezuje se uz pronalazak od kostiju i bjelokosti izrađenih flauti, pronađenih u Njemačkoj, čija se starost procjenjuje na više od 35 000 godina.²

Tako je već od samih svojih početaka čovjek imao potrebu da kroz jedan poseban oblik izraza, onaj umjetnički, izrazi svoje osjećaje i doživljaje. Drugim riječima, da kroz umjetnički izraz u stvarnost ispolji dio svoga identiteta, osjećaja i vrijednosti koje zastupa. No, kada se govori o naravi umjetnosti i umjetničkoga izraza treba reći kako ovaj ekspresionistički način shvaćanja nije jedini. Pored ovog, može se još govoriti o umjetnosti i njenome odnosu prema stvarnosti izvan umjetničkoga djela, te o umjetničkome djelu shvaćenom kao autonomnoj cjelini koju treba promatrati izolirano kao jedinstveni fenomen zajedno sa njegovim osobinama.³ Ova tri općenita pristupa naravi umjetnosti ne treba smatrati međusobno isključivima, već se ona mogu i međusobno nadopunjavati, odnosno predstavljati različite segmente analize umjetnosti i umjetničkoga izričaja.⁴

Pitanje o naravi umjetničkoga izraza ima važnost i za pravo. To je stoga što, da bi se sloboda umjetnosti uopće mogla pravno štititi, potrebno je da postoje barem načelne smjernice pomoću kojih bi se umjetnički izraz mogao razlikovati od ostalih, neumjetničkih oblika izražavanja. U tomu su se pogledu do sada iskristalizirala dva općenita pristupa slobodi umjetničkoga izražavanja. Za potrebe uvoda dovoljno je ukratko reći kako jedan pristup polazi od toga da pruži osnovnu

¹ Stokstad, M., Cothren, M. W., *Art History*, svezak prvi, 4. izdanje, Prentice Hall, New Jersey, 2011., str. 2., 8.-9.

² Conard, N., Malina, M., Münzel, S. C., *New flutes document the earliest musical tradition in southwestern Germany*, str. 1., dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/26318287_New_Flutes_Document_the_Earliest_Musical_Tradition_in_Southwestern_Germany [pristup: 12. srpnja 2022.].

³ Zelić, I., *Vodič kroz filozofiju*, Verbum, Split, 2006., str. 276.

⁴ *Loc. cit.*

definiciju umjetnosti, pa onda pomoću te definicije nastoji odrediti radi li se u predmetnom slučaju o umjetničkom izražavanju ili ne. Drugi pristup polazi sa suprotne pozicije, ne dajući ikakvu definiciju umjetnosti, već umjetnički izraz nastoji vrjednovati od slučaja do slučaja. Između ove dvije, u načelu suprotstavljene pozicije, ovaj rad nastoji kročiti srednjim putem, svjestan, s jedne strane, manjkavosti inzistiranja na davanju i najšturije ili najopćenitije definicije jednog takvog pojma kao što je umjetnost, a zbog čije elastičnosti ponovno dolazi u prvi plan interpretacija od slučaja do slučaja, ali bez jasnije naznačenih kriterija. S druge strane, pristup kojim se kreće ovaj rad smatra neadekvatnim i posve samovoljno sudačko procjenjivanje od slučaja do slučaja, ponovno bez barem općih smjernica za analizu o kakvom se obliku izražavanja radi. Riječ je o veoma zanimljivoj situaciji jer se čini, već iz ovoga što je sada ukratko skicirano, kako oba pristupa ustvari pate od iste boljke, premda polaze sa oprečnih metodoloških pozicija. A ta boljka jest nedostatak kriterija kojih manjka i kod deklarativnih definicija umjetnosti i kod odlučivanja od slučaja do slučaja bez da je prethodno dana ikakva definicija.

Pretenzije ovoga rada nisu i ne mogu biti razrješenje svih problema i davanje odgovora na sva pitanja koja postoje kada se govori o slobodi umjetničkoga izražavanja, već pružiti skromni doprinos u okvirima, mora se i to reći, malobrojne literature, ali i sudske prakse, koja postoji o ovoj temi. Za početak će se slobodu umjetničkoga izražavanja smjestiti u širi okvir čl. 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija, EKLJP)⁵, kojim je propisana sloboda izražavanja uopće, a onda je sudskim tumačenjem sloboda umjetnosti prepoznata kao sastavni dio slobode izražavanja. U tom kontekstu će se slobodu umjetničkoga izraza razložiti na njegove dvije dimenzije, koje su ujedno i dimenzije izražavanja općenito. Nakon toga, a na tragu uvodno naznačene problematike, pristupiti će se apstrahiranju tri općenita kriterija pomoću kojih bi se moglo smislenije razgraničiti umjetnički izraz od onoga koji to nije. Ono što pristup ovoga rada razlikuje od dominantnih pristupa jest taj što, u odnosu na uglavnom pravnički pristup, u ovome se radu kriteriji za razgraničenje nastoje izgraditi na široj osnovi, ne samo na

⁵ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 (dalje u tekstu: Konvencija).

temelju prava, nego i služeći se spoznajama nekih nepravni disciplina, poput filozofije i teorije književnosti, a koje bi itekako morale imati svoje mjesto čak i u pravnim raspravama o umjetnosti. Potom će se, nakon početnog teorijskog razmatranja, prijeći na jedno više praktičnije promišljanje slobode umjetničkoga izraza. To će se učiniti na način da se, iz dostupne literature i malobrojne sudske prakse Europskoga suda za ljudska prava (dalje: Sud, ESLJP), ispituju pravne granice umjetničke slobode, odnosno kada umjetničko izražavanje postaje govor mržnje. Drugim riječima, gdje Konvencija i ESLJP povlače granicu koja, potom što je prijeđena, više ne pruža pravnu zaštitu umjetničkoj slobodi. Osobiti problem i predmet rasprava o ograničavanju umjetničkih sloboda predstavlja kategorija zaštite javnoga morala i prava i sloboda drugih, a koja čini jedan od legitimnih ciljeva kojima se u sudskoj praksi znalo odbijati pružanje zaštite po čl. 10. Konvencije (2.). Naposljetku se, na temelju proučene starije i novije prakse ESLJP-a, promišlja na koji bi se način suvremeno pravo u budućnosti trebalo postaviti prema vrlo složenome i čak pomalo kontroverznome odnosu između umjetnosti i kategorije javnoga morala (3.).

2. SLOBODA UMJETNIČKOGA IZRAŽAVANJA U OKVIRU ČL. 10. KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Pravo na slobodu izražavanja danas je općeprihvaćeno ljudsko pravo koje se jamči brojnim pravnim instrumentima. Tome govori u prilog i činjenica kako se ovo pravo ne štiti samo Konvencijom već i drugim međunarodnim pravnim dokumentima⁶, kao i nacionalnim ustavima⁷. U ovome se poglavlju prikazuje pravo na slobodu umjetničkoga izražavanja, ali u okviru čl. 10. Konvencije, uz isticanje tri kriterija koja mogu pomoći u razlikovanju umjetničkoga izražavanja od ostalih oblika. Nakon smještanja ovog prava u širi kontekst, pristupa se razgraničenju umjetničkoga izraza od govora mržnje, a na temelju sudske prakse

⁶ Povelja Europske unije o temeljnim pravima (2016/C 202/02), čl.11. (dalje u tekstu: Povelja EU); Opća deklaracija o ljudskim pravima, usvojena i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, Rezolucijom 217 A (III), čl. 11. i dr.

⁷ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst], 113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst] i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), NN br. 5/2014, Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (dalje u tekstu: Ustav RH), čl. 38.

ESLJP-a. Konačno, a također temeljem sudske prakse ESLJP-a, pokušati će se izvući zaključci o širini slobodne procjene koju države ugovornice uživaju kada je riječ o pravu na slobodu izražavanja odnosno pravu na slobodu umjetničkog izražavanja koje ne predstavlja govor mržnje već dopušteni oblik izražavanja podložan ograničenjima propisanim st. 2. čl. 10. Konvencije.

*2.1. NEKOLIKO RIJEČI O SLOBODI UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA I ČLANKU 10.
KONVENCIJE*

Za razliku od nekih drugih pravnih dokumenata⁸, Konvencija izrijeком jamči slobodu izražavanja uopće, ali ne spominje izričito umjetnički izraz ili slobodu umjetnosti. No, ESLJP je u svojoj praksi utvrdio kako sloboda izražavanja iz čl. 10. Konvencije u sebi obuhvaća i slobodu umjetničkoga izražavanja „koje pruža mogućnost sudjelovanja u javnoj razmjeni kulturnih, političkih i društvenih informacija i ideja svih vrsta“.⁹ Premda treba istaknuti da u literaturi postoje mišljenja kako je Sud stvorio hijerarhiju vrijednosti u čl. 10. prema kojoj se veću zaštitu pruža političkomu govoru naspram umjetničkom ili komercijalnom.¹⁰

2.2. DVIJE DIMENZIJE SLOBODE (UMJETNIČKOG) IZRAŽAVANJA

Možemo reći kako se sloboda izražavanja sastoji od dvije dimenzije. Jedna je autonomna dimenzija i podrazumijeva da kroz slobodno izražavanje pojedinac razvija vlastitu osobnost.¹¹ Druga je dimenzija politička i njezin je neposredni značaj stvaranje, ali i opstanak, liberalne demokracije.¹² Budući da je sloboda umjetničkoga izražavanja sastavni dio slobode izražavanja uopće, tako se može reći

⁸ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), čl. 19; Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), čl. 15.; Povelja EU, čl. 13.

⁹ *Müller i drugi protiv Švicarske*, broj zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., para 27.

¹⁰ Gomien, D., *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, 3. izdanje, Vijeće Europe, Strasbourg, 2005. str. 102.; Kearns, P., *Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure*, Hart Publishing, Oregon, 2013., str. 150.-151.

¹¹ Hlebec, I., Gardašević, Đ., Pravna analiza govora mržnje, *Pravnik*, Vol. 55., br. 107., 2021., str. 10.

¹² *Loc. cit.*

kako se i umjetnički izraz sastoji od autonomne i političke dimenzije. Autonomna dimenzija mogla bi se prvenstveno povezati sa ekspresionističkim shvaćanjem naravi umjetnosti kada umjetnički izričaj želi biti primarno odraz književnog, likovnog ili drugog doživljaja kao takvog. Politička dimenzija, s druge strane, nadovezuje se na referentalizam, dakle gledište prema kojem se umjetnost mora odnositi prema stvarnosti kojom je okružena. To bi ponajviše imalo vrijediti za društveno angažiranu umjetnost, koja je spremna žrtvovati jedan dio svoje umjetničke vrijednosti kako bi se pozabavila nekim aktualnim problemima u društvu i poslala određenu poruku, a ne nužno bila odraz čistoga umjetničkoga doživljaja. Tomu u prilog može se navesti izvještaj Komisije u predmetu *Müller i drugi protiv Švicarske* gdje je Komisija utvrdila kako umjetnik kroz svoj kreativni rad izražava vlastitu viziju svijeta, ali ujedno i stav o društvu u kojem živi.¹³ Na taj način je umjetnost, stoji dalje u izvještaju, odraz javnoga mnijenja, ali ga ujedno i oblikuje, te može doprinijeti suočavanju društva sa aktualnim problemima.¹⁴ Posve je jasno kako autonomnu i političku dimenziju slobode umjetničkoga izražavanja ne treba promatrati kao dvije posve odvojene stavke. Čak i društveno najangažiranija umjetnost ima autonomnu dimenziju, kao što i čisti umjetnički izraz može sadržavati političku dimenziju. Tako je performans ruskoga punk banda u jednoj katedrali, usmjeren protiv predsjednika Putina, Sud odredio i kao politički i kao umjetnički oblik izražavanja, a koji se štiti čl. 10. Konvencije.¹⁵

2.3. ZAŠTITA FORME I SADRŽAJA IZRAŽAVANJA

Treba napomenuti i to kako se pravom na slobodu izražavanja ne štiti samo sadržaj koji je izrečen, nego se zaštita odnosi i na formu onoga što je bilo izraženo.¹⁶ Neki

¹³ Bychawska-Siniarska, D., *Zaštita prava na slobodu izražavanja po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, priručnik za pravnike*, Vijeće Europe, Strasbourg, 2017., str. 16.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Mariya Alekhina i drugi protiv Rusije*, broj zahtjeva 38004/12 od 17. lipnja 2018., para 206.

¹⁶ *Oberschlick protiv Austrije*, broj zahtjeva 11662/85 od 23. svibnja 1991., para 57.; *Dichand i drugi protiv Austrije*, broj zahtjeva 29271/95 od 26. veljače 2002., para 41.

od oblika izražavanja koji potpadaju pod zaštitu čl. 10. su primjerice izražavanje putem interneta, film, slika, novinski članci, knjige, fotografije itd.¹⁷

Forma izraza mogao bi biti jedan, u određenom broju slučajeva, poprilično pouzdan kriterij kojim bi se umjetnički izraz mogao razlikovati od onoga koji to nije. Posebice to vrijedi za primjerice filmove, slike, kipove, romane itd., gdje se već kroz samu formu daje naslutiti kako je riječ o mogućoj umjetničkoj ekspresiji. U svakom bi slučaju forma mogla biti polazišna točka sudova u ocjenjivanju. Razlog tomu jest što je unutrašnji proces promatrača, u ovom slučaju sudaca, obrnut od umjetnikova jer ovaj potonji polazi od zamisli prema njenome izrazu, tj. obliku, dotle promatrač polazi od izraza, pa prema zamisli koja iza tog izraza stoji. Na taj se način zapravo pristup sudova može poistovjetiti sa stilističkom kritikom unutar književne teorije koja nastoji kroz proučavanje jezika i stila nekog pisca otkriti unutrašnje zakonitosti samog književnog djela.¹⁸ Međutim, forma izraza se ipak ne čini dovoljnom.¹⁹ Pristup koji se vodi isključivo formom može se naći u problemu kada bi politički elementi izraza bili prevladavajući u odnosu na umjetničke. Ovakav pristup zapravo niti ne bi uzimao u obzir sadržaj niti bi odmjeravao prisutnost i međuodnos autonomne i političke dimenzije u umjetničkome izrazu. Ovaj pristup pada na ispitu jer ne registrira slučajeve kada bi se pod krinkom umjetničke forme izražavalo stavove i vrijednosti koje bi se mogle smatrati protivnima srži Konvencije. Zbog toga bi trebalo pronaći dodatne kriterije pomoću kojih bi se pristup temeljio na pouzdanijoj i šire razrađenoj osnovi.

Kako je, dakle, oblik polazište u ocjeni, tako bi sadržaj izraza mogao biti drugi korak. Nakon što se u prvome koraku procijeni da bi se na osnovi oblika moglo govoriti o umjetničkome izrazu, u drugome je koraku potrebno analizirati sadržaj, posebice omjer autonomne i političke dimenzije slobode izražavanja. Naravno,

¹⁷ Marochini Zrinski, M., Kvaternik, A., Očuvanje autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti kao dopušteno ograničenje prava na slobodu izražavanja - hrvatska i konvencijska perspektiva, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 58., br. 4., 2021., str. 1057.

¹⁸ Frangeš, I., *Stilističke studije*, Naprijed, Zagreb, 1959., str. 12.-13.

¹⁹ Tako se za područje književnosti može navesti sljedeća tvrdnja: „Književna struktura, naime, nije samo vanjski oblik i način kazivanja nego je i ono što je književnošću iskazano“, Solar, M., *Suvremena svjetska književnost*, Školska knjiga, Zagreb, 1982., str. 29.

nije moguće ili bi bilo posve rigidno i nepraktično *in abstracto* odrediti nekakve postotke ili udjele koje izraz mora imati da bi ga se smatralo umjetničkim, pa će tu svakako ključnu ulogu igrati sudačka procjena. Time se sloboda umjetnosti otvara prostoru sudske arbitrarnosti, ali je to pojava koju se ni na koji način ne može izbjeći, koja proizlazi iz činjenice da je umjetnost previše široka i fleksibilna kategorija, a da bi se mogla jednoznačno odrediti jezikom prava. Ipak, kada je riječ o sadržaju, bilo bi poželjno da sudovi u svojem pristupu štite slobodu umjetničkoga izražavanja kad god je to moguće, čak i kada je teško jasno razlučiti koja je dimenzija izraza dominantna u pojedinome slučaju. U prilog ovakvoj tezi moglo bi se istaknuti to da se umjetničkim izrazom uglavnom dopire do jednog manjeg broja ljudi, čime je njegov doseg sužen, pa bi zbog te činjenice takav izraz morao uživati veću razinu zaštite. Tako je ESLJP u jednom predmetu utvrdio kako se izraz podnositelja zahtjeva mogao, shvaćen doslovno, okarakterizirati kao poticanje na pobunu, nasilje i mržnju protiv turskih vlasti. Međutim, podnositelj zahtjeva izrazio se kroz poeziju, a poezijom se, ističe u odluci ESLJP, dopire samo do jednog manjeg broja čitatelja.²⁰ Kako se poezijom, stoji dalje u odluci, dopire do mnogo manjeg broja ljudi nego kroz primjerice masovne medije, tako je i sam čin podnositelja zahtjeva imao mnogo manji utjecaj na javni poredak i teritorijalni integritet, pa ga Sud nije smatrao pozivom na pobunu već „izrazom duboke potresenosti zbog teške političke situacije“.²¹ Identičan je stav i argumentaciju ESLJP ponovio u još jednome predmetu koji se ticao odnosa Kurda i Turaka, ali je sredstvo izražavanja ovdje bio roman.²² Osim toga, roman „nitko nije obvezan kupiti ili pročitati“.²³

Isto tako, valjalo bi se složiti sa stavom koji je Komisija zauzela u predmetu *The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, utvrdivši kako bi u graničnim situacijama trebalo dati prednost slobodi pojedinca naspram pozivanja države na pretežuci interes za ograničenjem prava.²⁴ Nadalje, treba reći i kako čl. 10.

²⁰ *Karataş protiv Turske*, broj zahtjeva 23168/94 od 8. lipnja 1999., para 49.

²¹ *Karataş protiv Turske*, broj zahtjeva 23168/94 od 8. lipnja 1999., para 52.

²² *Alinak protiv Turske*, broj zahtjeva 40287/98 od 29. ožujka 2005., para 41. i 45.

²³ Izdvojeno mišljenje sudaca Coste, Cabral Barreta i Jungwierta u predmetu *i.A. protiv Turske*, broj zahtjeva 42571/98 od 13. rujna 2005., para 5.

²⁴ Bychawska-Siniarska, D., *op. cit.* (bilj. 13), str. 35.

Konvencije, protumačen u praksi ESLJP-a, štiti izražavanje koje naginje ka pretjerivanju i provokaciji.²⁵ Jedan primjer takvog izražavanja je satira. Satira kritizira različite pojave na način da ih pakosno ismijava i oštro osuđuje, što je razlikuje od humora koji takvim pojavama prilazi s više razumijevanja i bez namjere da ih osuđuje.²⁶ U svojoj je praksi ESLJP utvrdio kako satira potpada pod oblik umjetničkog izražavanja „koji svojim inherentnim značajkama preuveličavanja i iskrivljavanja stvarnosti prirodno nastoji provocirati i uznemiriti“, pa bi zbog toga „svako miješanje u pravo umjetnika, ili bilo koga drugoga, da upotrebljava taj način izražavanja treba(lo) ispitati s posebnom pažnjom“.²⁷ Ovo su, prema tome, razlozi zašto bi sudovi čak i u dvojbenim slučajevima trebali presuđivati u korist prava na slobodu umjetničkoga izražavanja. Uz to, Sud je u predmetu *Jelševar protiv Slovenije* utvrdio kako je „umjetnička sloboda (...) vrijednost sama po sebi i zbog toga zaslužuje visoku razinu zaštite unutar sustava Konvencije“.²⁸ Vidjeti ćemo u nastavku je li doista tako i je li Sud uistinu u dvojbenim slučajevima „stao na stranu“ umjetničkog izražavanja.

2.4. TREĆI ASPEKT SLOBODE IZRAŽAVANJA?

Prva dva kriterija, forma i sadržaj, potpadaju pod formalističku dimenziju pristupa jer se dotiču samog izraza i promatraju ga kao izdvojenu pojavu, otrgnutu od svoje okoline. Zato bi zbog veće preciznosti prosudbe u analizu trebalo uvesti i treći aspekt, a to je upravo okolina, odnosno kontekst²⁹ u kojem je izražaj nastao. Pod

²⁵ Mendel, T., *Sloboda izražavanja: Vodič za tumačenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i njegovog konteksta*, Vijeće Europe, Beograd, str. 91.

²⁶ Solar, M., *Teorija književnosti*, XX. izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2005., str. 242.

²⁷ *Vodič kroz članak 10. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2021., str. 35.-36. dostupno na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Edukacija//Vodi%C4%8D%20kroz%20%C4%8Dl.%2010%20Konvencije.pdf> [pristup: 14. srpnja 2022.].

²⁸ *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2017., str. 8., dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/research_report_cultural_rights_eng.pdf [pristup: 20. srpnja 2022.].

²⁹ U ovom se slučaju metode prava i književne teorije razlikuju. S jedne strane pravo, izuzev teorije i filozofije prava, mora izraz kontekstualizirati kako bi ocijenilo njegov doseg, narav i posljedice, jer od

kontekstom se ovdje misli na dva segmenta. Prvi segment jest umjetnički. Čak i prilikom pravnih razmatranja, izražaj koji se ispituje potrebno je smjestiti u šire umjetničke trendove stila ili vrste kojoj izražaj pripada.³⁰ Glazbeni izričaj u kontekst suvremenih glazbenih kretanja, likovni u suvremena likovna kretanja itd. Na taj način se lakše može razgraničiti umjetnički izraz od ostalih jer će obilježja pojedinačnoga izraza biti promatrana u široj slici karakteristika i vrste kojoj isti pripada. Razmatranje u širem kontekstu, ali uzimajući u obzir i dani vremenski trenutak, nameće se samo od sebe ako se prihvati tezu kako je „fenomen stila povijesna (je) kategorija“³¹ koja u različita vremena poprima različite izražajne oblike. Drugi segment mogao bi se nazvati društveno-politički. Predmetni izričaj treba postaviti u širi umjetnički kontekst, ali ga isto tako treba cijeliti u odnosu na konkretnu situaciju u kojoj je nastao. Pod time se prvenstveno misli na doseg koji izražaj postiže, a koji uvelike može zavisiti od same forme (npr. pjesma koju mogu čuti mnogi, naspram knjige koju će čitati manji broj ljudi), mjesta (npr. nastup na javnom servisu ili objava na društvenim mrežama), kada je riječ o satiri veliku ulogu igra i sama meta napada (npr. javne osobe naspram onih koje ne istupaju javno ili nemaju veliku moć u društvu) itd. Konačno, pod ovaj drugi segment konteksta trebalo bi ubrojiti i samu namjeru ili cilj koji se izražavanjem htio postići. Drugim riječima, važno je prilikom ocjene imati u vidu koliko se konkretnim izričajem doprinosilo raspravama od javnog interesa. Koliki je doprinos javnome interesu

ispitivanja izraza u njegovom čistom obliku lišenom konteksta ne može puno toga saznati, pa niti donijeti odluku o (ne)pružanju zaštite. S druge strane, kod književne teorije stvar je obrnuta. Kada je jezik izvučen iz konteksta i apstrahiran od ostalih svrha, pod uvjetom da sadrži elemente koji potiču na interpretaciju, tada se on može smatrati književnošću. Tako se, primjerice, uvodna rečenica jedne filozofske knjige, izvučena iz konteksta i razlomljena u stihove, može promatrati kao književnost, Culler, J., *Literary Theory: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2000., str. 24-25.

³⁰ *Freedom of Artistic Expression in the European Union: An overview of the relevant normative and jurisprudential work*, str. 19., dostupno na: https://www.greens-efa.eu/files/assets/docs/cae_freedom_of_artistic_expression_in_the_european_union_en.pdf [pristup: 16. srpnja 2022.]

³¹ Žmegač, V., *Majstori europske glazbe: od baroka do sredine 20. stoljeća*, Matica hrvatska, Zagreb, 2009., str. 7.

vrjednuje se od slučaja do slučaja ovisno o okolnostima.³² U svojoj je praksi Sud utvrdio kako je prostor za ograničavanje prava iz čl. 10. sužen kada se radi o izražavanju koje doprinosi raspravama od javnoga interesa.³³ O ograničavanju prava na slobodu umjetničkoga izražavanja detaljnije se govori *infra*, ali se toga trebalo ovdje načelno dotaknuti zbog toga što je kontekst bitan pravni kriterij pomoću kojeg se lakše može razlučiti umjetnički izraz od onoga koji to nije.

Pristup koji je ovdje skiciran kreće se srednjim putem između dvaju pristupa koji su prisutni u sudskim praksama i doktrini. Prvi od tih pristupa jest intuitivni. Ovaj pristup izbjegava definirati umjetničko izražavanje i poglavito je usmjeren na dopuštena ograničenja ovakvog izraza, ocjenjujući od slučaja do slučaja radi li se o izražavanju koje jest umjetničko i koje zaslužuje ili ne zaslužuje pravnu zaštitu.³⁴ Slabost ovog pristupa jest u tome što je veoma proizvoljan i nema nikakvih plauzibilnih kriterija osim dojma pojedinih sudaca koji odlučuju u konkretnome predmetu. Time se doprinosi pravnoj nesigurnosti. Drugi se pristup naziva normativno-definicijskim. Ovakav pristup nastoji dati definiciju umjetničkoga izražavanja i polazi od pretpostavke kako postoji sloboda nekog normativnog sadržaja koja zaslužuje biti pravno zaštićena.³⁵ Davanjem barem načelne definicije izbjegava se niveliranje između nejasno određenih, pa samim time i teško zaštitivih, interesa umjetnika i nekog konkretnog i dobro definiranog prava ili slobode, a postiže se to da se sada pravno vrjednuje između dvaju prava ili sloboda jednake vrijednosti.³⁶ Problem sa ovim pristupom, usprkos normativnome osnaživanju prava na umjetničku slobodu, jest što nije moguće dati samo jednu definiciju umjetnosti i umjetničkoga izražavanja, a kada se nešto tako i pokuša radi se o veoma općoj definiciji koja mora biti vrlo rastezljiva kako bi ju Sud u svojim tumačenjima mogao primijeniti na što veći broj slučajeva. Tako je, primjerice,

³² Mole, N., Reynolds, J., Mijović, Lj., *Sloboda izražavanja i pravo na privatnost prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, AIRE centar, str. 20.

³³ *Dichand i drugi protiv Austrije*, broj zahtjeva 29271/95 od 26. veljače 2002., para 39.

³⁴ *Freedom of Artistic Expression in the European Union: An overview of the relevant normative and jurisprudential work*, *op. cit.* (bilj. 30), str. 18.

³⁵ *Ibid.*, str. 19.

³⁶ *Loc. cit.*

njemački Ustavni sud utvrdio kako je suština umjetničke aktivnosti slobodno i kreativno stvaranje, kojim se umjetnikove doživljaje i iskustva neposredno izražava, a ujedno se kroz umjetnost prenosi i umjetnikova individualnost.³⁷ Kao posljedica takvih elastično postavljenih definicija nužno se javlja i potreba za njihovim tumačenjem. Iako tumačenje nije nepoželjno, već zapravo neizbježno, problem je što bez razrađenijih kriterija dolazi do rastvaranja dane definicije umjetnosti. A to je iz razloga što će sudovi, bez konkretnijeg orijentira, od slučaja do slučaja različito tumačiti i tako ustvari deformirati definiciju koju su prvotno dali. Time se otežava postizanje koliko toliko ujednačenoga pristupa u sudskoj praksi, a neujednačenost sudske prakse dovodi i do pravne nesigurnosti.

U ovom radu skicirani pristup ne želi davati niti najopćenitije definicije umjetnosti i umjetničkoga izražavanja, ali isto tako ne želi niti dati sudovima širom odriješene ruke da bez ikakvih kriterija, od slučaja do slučaja, odlučuju o slobodi umjetničkoga izražavanja. Zato su ovdje istaknuta tri kriterija koji uzeti zajedno mogu pripomoći u određivanju što jest, a što nije umjetnički izraz. Osim toga, čini se kako ova tri kriterija mogu barem minimalno doprinijeti postizanju ravnoteže između dvaju gore naznačenih i međusobno oprečnih metodoloških pristupa. Kako zapravo i jedan i drugi pristup završavaju na tome da nemaju čvršće osnove za analizu i interpretaciju, tako bi razrada kriterija za razlikovanje mogla činiti neku vrstu vezivnoga tkiva ili spona koja će približiti intuitivni i normativno-definicijski pristup. Drugačije rečeno, da kriteriji čije odsustvo predstavlja slabost obaju pristupa postanu mostom ka njihovome pomirivanju. Postavljeni kriteriji su, s jedne strane, konkretniji i opipljiviji od definicije koja govori o kreativnosti i izrazu osobnosti, premda takva definicija umjetnosti nije bez pravnoga značaja³⁸, a s druge su strane i dovoljno fleksibilni pružajući sudovima manevarski prostor, posebice kod prosuđivanja odnosa autonomne i političke dimenzije te konteksta u kojem je izraz nastao.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ Iz vrlo jednostavnog razloga što se iz takvih definicija nazire normativni sadržaj, a to je najdublja individualna intima, na čijoj se zaštiti inzistira i koja čini srž čitavog konvencijskog sustava. Tako, premda se sastoji od pravno teško odredivih pojmova kao što je primjerice kreativnost, ovakve definicije ipak skreću pažnju na sadržaj koji se iza njih krije.

Prvi i logični kriterij zbog naravi unutrašnjeg procesa promatrača jest forma. U određenom broju slučajeva forma nekog izraza može nagovijestiti radi li se o umjetničkoj ekspresiji ili ne. No, forma može i zavesti na pogrešan trag, pa ju ne treba uzimati kao isključivi kriterij. Zato se ističe kako ESLJP ne bi trebao smatrati „poetsku formu važnijom od suštine, to jest od tona i sadržaja“.³⁹ Tako i Solar upućuje na to da se značenje i smisao književnih djela ne može „odvojiti od tehnike književnog oblikovanja“, pa bi se iz tog razloga pažnja morala posvetiti „podjednako na tematiku i na obradu“.⁴⁰ Ono što vrijedi za književnost, može se primijeniti i na druge vrste umjetnosti. Prema tome, drugi logičan kriterij jest sadržaj, tj. potrebno je procijeniti koja od dviju dimenzija, autonomna ili politička, prevladava u cjelokupnome izrazu. Treći kriterij ili korak jest kontekstualiziranje izraza. Pod time se misli na namjeru koja stoji iza izražaja, zatim koliko izražaj doprinosi raspravama od javnoga interesa, ali isto tako i koliki je njegov doseg koji ovisi o nekoliko čimbenika. Na kraju se još jednom ističe kako bi se, u slučaju dvojbe, ipak trebalo davati prednost slobodi umjetničkoga izražavanja naspram zahtjevima za njegovim ograničavanjem ili sankcioniranjem od strane država ugovornica. Međutim, niti sloboda umjetnosti nije apsolutna i podložna je ograničenjima. Drugim riječima, premda umjetnost dopušta široka prostranstva za vlastiti izraz osobnih stavova i vrijednosti, tj. identiteta, čak niti u umjetnosti nije sve dopušteno.

2.5. KVALIFICIRANI KARAKTER SLOBODE (UMJETNIČKOG) IZRAŽAVANJA

Iz napisanog jasno proizlazi ono što je propisano i samom Konvencijom, a to je kako je pravo na slobodu izražavanja kvalificirano konvencijsko pravo i ono nema apsolutni karakter. To znači da se sloboda izražavanja, pa tako i umjetničkoga, može ograničiti zbog nekog od razloga navedenih u čl. 10. Konvencije. Ovaj članak, poput ostalih kvalificiranih konvencijskih prava, ima dvodijelnu strukturu. U prvome se stavku jamči sloboda izražavanja u koju spadaju „slobod(a) mišljenja i slobod(a) primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez

³⁹ Izdvojena mišljenja sudaca Wildhabera, Pastor Ridrueja, Coste i Bake u predmetu *Karataş protiv Turske*, broj zahtjeva 23168/94 od 8. lipnja 1999.

⁴⁰ Solar, M., *op. cit.* (bilj. 19), str. 29.-30.

obzira na granice“. Ne radi se samo o idejama i mišljenjima koja su prihvatljiva i umjerena, već i o onima koja mogu uvrijediti, šokirati ili uznemiriti.⁴¹ Zahtjev za ovakvom širokogrudnošću nužan je element u postojanju demokratskoga društva.⁴² U drugome se stavku, pored dva opća uvjeta: 1) ograničenja utemeljenog na zakonu i 2) nužnosti u demokratskome društvu, taksativno navode legitimni ciljevi kada se sloboda izražavanja može ograničiti (zdravlje, moral, javni red i mir, ugled i prava drugih itd.). Test kojim ESLJP ispituje opravdanost ograničenja prava na slobodu izražavanja sastoji se od tri dijela. U prvom se dijelu ispituje je li ograničenje bilo zakonom propisano, a to znači da zakon mora biti javno dostupan, te jasno i precizno formuliran. Drugi dio odnosi se na ispitivanje legitimnih ciljeva ograničenja, a koji su za pravo slobode izražavanja propisani u drugom stavku čl. 10. Države se ugovornice pri ograničenju ovoga prava smiju pozivati samo na razloge navedene u drugom stavku. U trećem dijelu testa ESLJP ispituje je li miješanje bilo nužno u demokratskome društvu, tj. da li se radilo o prijekoj društvenoj potrebi za ograničenjem, te da li je takvo miješanje države bilo nužno i razmjerno u odnosu na legitimni cilj koji se htio postići.⁴³

Specifičnost slobode izražavanja, odnosno njenog ograničenja leži i u tome što neće sve predmete u kojima pojedinac tvrdi da mu je povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja Sud ispitivati u kontekstu članka 10., već će određene oblike izražavanja okarakterizirati kao govor mržnje, čime on prestaje uživati zaštitu iz čl. 10. i promatra se kroz prizmu čl. 17. odnosno zabranjenih oblika izražavanja.

Stoga je potrebno promotriti koji su to oblici umjetničkog izražavanja koje će Sud smatrati nedopuštenim i neće uopće ispitivati razmjernost njihova ograničenja, a što ćemo napraviti u nastavku.

2.6. KADA UMJETNIČKI IZRAZ POSTAJE GOVOR MRŽNJE?

S obzirom na to da i umjetnost nužno mora imati svoje granice postavlja se pitanje kada se opravdano može ograničiti nečije pravo da se umjetnički izrazi i kako po

⁴¹ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 49.

⁴² *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 49.

⁴³ Za detaljnije o trodijelnome testu vidjeti: *Vodič kroz članak 10. Europske konvencije o ljudskim pravima*, op. cit. (bilj. 27), str. 16.-23.

tom pitanju stoje stvari u praksi ESLJP-a. Odnosno, kada umjetnički izraz prelazi u govor mržnje. Kada je riječ o govoru mržnje treba istaknuti to kako postoji nekoliko definicija ovog pojma i nekoliko različitih shvaćanja o tome koji su njegovi konstitutivni elementi. Kako govor mržnje u užem smislu nije tema rada, tako se neće detaljnije ulaziti u ovu problematiku. Ovdje se spominje pristup koji govor mržnje promatra kroz tri odrednice jer se čini preciznijim od onog koji polazi od samo dvije. Prva je odrednica da se radi o javnome govoru koji može doprijeti do šire publike, druga jest sadržaj čiji je temeljni *spiritus movens* poticanje nasilja, mržnje i netrpeljivosti i treći jest da je takav govor usmjeren prema određenim društvenim skupinama koje se smatraju „ranjivima“ ili se, primjerice, radi o nekim urođenim karakteristikama poput rase, spola, etničkog podrijetla i sl.⁴⁴ Konvencija ne sadrži članak kojim bi govor mržnje bio izrijekom zabranjen.⁴⁵

Kada je riječ o pozivanju na nasilje, uvidom u sudsku praksu vidljivo je kako ESLJP ne tolerira takav čin čak niti kada bi se radilo o izražavanju koje je po svojoj formi nedvojbena umjetničke prirode. Tako je u predmetu *Leroy protiv Francuske*⁴⁶ ESLJP odbio pružiti zaštitu po čl. 10. karikaturistu koji je nacrtao napad na kule blizanke Svjetskoga trgovačkoga centra 2001. godine uz poruku ispod crteža „Svi smo o tome sanjali... Hamas je to napravio“. Sud je smatrao kako se ovdje nije radilo samo o kritici američkoga imperijalizma već i o pozivu na njegovo nasilno uništenje, a podnositelj zahtjeva je uz to svojim komentarom odobravao nasilje koje je počinjeno prema tisućama civila i time umanjio njihovo dostojanstvo kao žrtava.⁴⁷ Tako da je u ovome predmetu Sud promatrao predmetnu karikaturu u kontekstu borbe francuskih vlasti protiv terorizma, te je uzeo u obzir vrijeme kada je ta karikatura nastala i objavljena, čime je mogla potaknuti na nasilje i narušiti javni red.⁴⁸

⁴⁴ Hlebec, I., Gardašević, Đ., *op. cit.* (bilj. 11), str. 13.-14.

⁴⁵ Alaburić, V., Legal Concept of Hate Speech and Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Politička misao*, Vol. 55, br. 4, 2018., str. 237.

⁴⁶ *Leroy protiv Francuske*, broj zahtjeva 36109/03 od 2. listopada 2008.

⁴⁷ Bychawska-Siniarska, D., *op. cit.* (bilj. 13), str. 26.

⁴⁸ Mendel, T., *op. cit.* (bilj. 25), str. 74.

Pored poticanja na nasilje i opasnosti za poredak, ESLJP u svojoj sudskoj praksi nije pružio zaštitu, odbacujući zahtjev podnositelja kao suprotan čl. 17., u slučaju kada se kroz formu umjetničkoga nastupa negiralo neke od vrijednosti kojima bi se smjeralo uništenju prava ili sloboda zajamčenih Konvencijom.⁴⁹ Premda se radilo o provokativnom i satiričnom nastupu stand-up komičara, Sud je takav nastup kvalificirao kao demonstraciju mržnje, antisemitizma i podrške negiranju Holokausta.⁵⁰ Sud je također utvrdio i kako se radilo o zamaskiranoj umjetničkoj produkciji koja je zapravo bila jednako opasna kao izravni napad, osiguravši time platformu za ideologiju suprotnu vrijednostima Konvencije.⁵¹

Iz ovoga što je do sada prikazano proizlazi kako za umjetničko izražavanje, u pogledu govora mržnje i negiranja srži Konvencije, vrijede ista ograničenja kao i za ostale oblike izražavanja. S time bi se trebalo složiti kada se radi o izražavanju koje može poticati nasilje i mržnju, ali i negirati neke civilizacijske tekovine zapadne civilizacije. U tim slučajevima čak i umjetnost mora ustuknuti, jer bi u protivnom umjetnička forma služila samo kao paravan pod kojim bi se prikrivalo podrivanje temelja Konvencije, a sve pod krinkom umjetničke slobode. Može se reći da je ESLJP u ova dva predmeta primijenio sva tri kriterija o kojima je bilo riječi *supra*. Iako je kriterij umjetničke forme bio zadovoljen, o čemu nema dileme, sadržaj koji je stajao iza tog oblika, kao i cjelokupni kontekst, naveli su Sud na valjan zaključak kako se ovdje ne može raditi o izražavanju koje bi se štitilo čl. 10. Konvencije. Zbog toga se ova dva ograničenja slobode izražavanja ne čine spornima. Međutim, najveći se broj predmeta vezanih uz slobodu umjetnosti, pa tako i najveći broj problema, pojavljuje sa kategorijom zaštite javnoga morala. O tomu, ali i o polju slobodne procjene država povezanoj sa javnim moralom i umjetnošću raspravlja se u narednom odjeljku.

2.7. OGRANIČENJE SLOBODE UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA U PRAKSI ESLJP-A

Kao što je naglašeno, u većini predmeta u kojima je došlo do ograničenja prava na slobodu umjetničkog izražavanja nije se radilo o govoru mržnje već je Sud smatrao

⁴⁹ *M'Bala M'Bala protiv Francuske*, broj zahtjeva 25239/13 od 20. listopada 2015.

⁵⁰ *Bychawska-Siniarska, D., op. cit.* (bilj. 13), str. 30.

⁵¹ *Loc. cit.*

zahtjeve dopuštenim i primijenio spomenuti test nužnosti, ispitavši postojanje legitimnog cilja, zakonitost mjere ograničenja i konačno, nužnost i razmjernost samog ograničenja.

Ono što je prvo bitno spomenuti su specifični legitimni ciljevi koji se pojavljuju upravo kod ograničenja umjetničkog izražavanja a to je zaštita morala i prava i sloboda drugih.⁵² Praksa Suda nam jasno pokazuje kako se država prvenstveno na te legitimne ciljeve pozivala kada je ograničavala umjetničko izražavanje pojedinaca.

Sud u većini predmeta koji se pred njim pojavljuju a odnose se na kvalificirana konvencijska prava, ne ispituje postojanje legitimnog cilja, već naglasak stavlja na dva aspekta nužnosti u demokratskom društvu: prvo, širinu polja slobodne procjene⁵³ koju uživaju države i drugo, razmjernost i nužnost mjere ograničenja u konkretnom predmetu.

⁵² Za npr. očuvanje autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti kao specifičan legitimni cilj čl. 10. vidi Marochini Zrinski, M., Kvaternik, A., *op. cit.* (bilj. 17).

⁵³ Polje slobodne procjene kao takvo vrlo je fluidan pojam, gdje brojni autori izražavaju neslaganje o samom karakteru polja slobodne procjene, odnosno predstavlja li isto metodu, tehniku ili načelo tumačenja i primjene Konvencije, gdje ga Sud načelno koristi kod primjene Konvencije no ponekad čak i kao tehniku (odnosno metodu, načelo) tumačenja. Izuzev spomenutih, brojni su drugi prijepori oko polja slobodne procjene, no ono što možemo sa sigurnosti reći jest kako u praksi Europskog suda, polje slobodne procjene je razvijeno kako bi se državama omogućio manevarski prostor u granicama u kojima im je Sud spreman isti dati a da one ispunjavaju svoje obveze prema Konvenciji i budući da je bilo potrebno razviti tehniku odlučivanja „kako bi se razgraničilo između onoga što je na zajednici da odlučuje na lokalnoj razini i onoga što je toliko temeljno da podrazumijeva iste zahtjeve svim državama bez obzira na varijacije tradicije i kulture. Za različite pristupe polju slobodne procjene vidi npr. Letsas, G., Two Concepts of the Margin of Appreciation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, br. 4, 2006., str. 705-732.; Arnardóttir, O., Rethinking the Two Margins of Appreciation, *European Constitutional Law Review*, Vol. 12, 2016., str. 27-53.; ECHR, 14 HRL Rev (2014) str. 27-53.; Macdonald, R. St. J., ‘The Margin of Appreciation’ u: Macdonald, R. St. J. *et al.* (ur.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993., str. 84.; Mahoney, P., Marvellous Richness of Diversity or Individuou Cultural Richness, *HRLJ*, Vol. 19, 1998., str. 1.

Unatoč stupanju na snagu Protokola 15.⁵⁴ odnosno propisivanjem polja slobodne procjene Konvencijom⁵⁵, širina dopuštene granice iste ostaje nejasna. Ona varira u stupnjevima diskrecije ovisno o kontekstu, što promatrano pomoću tri gore spomenuta kriterija svakako može predstavljati koristan parametar odlučivanja, no, kako u predmetima koji se odnose na slobodu umjetničkog izražavanja, tako i u ostalim predmetima u kojima se raspravljaju kvalificirana prava, ne može se donijeti jasan i općenit zaključak o tome kada će Sud dopustiti široku slobodu procjene državama a kada će istu suziti. Za očekivati je kako će u pitanjima zaštite morala i prava i sloboda drugih polje slobodne procjene dopušteno državama biti široko. S druge strane, za očekivati je i da će se pojedincima koji koriste slobodu umjetničkog izražavanja, ista uistinu iznimno ograničavati te da neće biti sankcionirani zbog umjetničkog izraza.

Stoga ćemo sada pokušati ekstrahirati pristup Suda nacionalnom polju slobodne procjene kada se radi o zaštiti morala i prava i sloboda drugih odnosno ograničenju umjetničkog izražavanja, ne zanemarujući razmjernost kao drugi ključan element

⁵⁴ Usvojen u lipnju 2013., Protokol br. 15 kojim se mijenja Konvencija stupio je na snagu 1. kolovoza 2021. Navedenim Protokolom, između ostalog, uvedene su značajne promjene u pravo na podnošenje zahtjeva ESLJP, odnosno skraćuje se rok za podnošenje zahtjeva sa šest na četiri mjeseca (s tim da se primjena ovog uvjeta odgodila do 1. veljače 2022.). Još jedna velika promjena odnosi se na uvjet dopuštenosti zahtjeva vezan uz postojanje „značajne štete“ Nakon ove izmjene, prihvaćanje zahtjeva implicira da je podnositelj zahtjeva morao pretrpjeti značajnu štetu, čak i ako navodna povreda ljudskih prava nije propisno razmatrana od strane domaćih sudova. Slijedom toga, Europski sud za ljudska prava više neće procesuirati zahtjeve koji se mogu okarakterizirati kao beznačajni. Protokol br. 15 također postavlja gornju dobnu granicu od 65 godina za kandidate za suce i sutkinje Suda i ukida pravo stranaka za ulaganje prigovora radi odricanja nadležnosti od strane vijeća Velikom vijeću u slučajevima koji uključuju važno pitanje koje se tiče tumačenja Konvencije, ili u slučajevima čije bi rješavanje predstavljalo potencijalno odstupanje od postojeće sudske prakse.

⁵⁵ Tek stupanjem na snagu Protokola br. 15. u kolovozu 2021. Konvencijom se propisuje polje slobodne procjene zajedno sa pozivanjem na načelo supsidijarnosti i to na kraju preambule gdje stoji kako: „potvrđujući da visoke ugovorne stranke, u skladu s načelom supsidijarnosti, imaju prvenstvenu odgovornost osigurati prava i slobode određene u ovoj Konvenciji i Protokolima uz Konvenciju i da pri tome one uživaju slobodu procjene pod nadzorom Europskog suda za ljudska prava osnovanog ovom Konvencijom“.

'nužnosti u demokratskom društvu',⁵⁶ kao i vidjeti postoje li određene diskrepancije u praksi Suda.

2.8. ODREĐIVANJE KLJUČNIH STAJALIŠTA I KRITERIJA KROZ TEMELJNU PRAKSU SUDA GLEDE UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA

Svaki rad o slobodi izražavanja neminovno se mora osvrnuti na predmet *Handyside* koji osim što se bavi umjetničkim izražavanjem kao takvim, ujedno predstavlja i svojevrsni presedan u pristupu Suda doktrini nacionalnog polja slobodne procjene. U konkretnom predmetu podnositelj je osuđen za posjedovanje opscenih publikacija radi ostvarenja dobiti a prema Zakonu o opscenim publikacijama te su mu zaplijenjene knjige. Podnositelj je tvrdio kako svrha zapljene knjige nije bila zaštita morala već „nastojanje da se ušutka jedan mali izdavač politička orijentacija kojega nailazi na neodobravanje u jednom dijelu javnog mnijenja“.⁵⁷ Sud je, odlučujući kako nema povrede, zaključio da ne postoji jednoobrazni europski koncept „moralnosti“ i jasno je stavio do znanja da države stranke uživaju široko područje slobodne procjene kad određuju mjere koje su potrebne za zaštitu moralnih standarda u njihovu društvu. Prema Sudu, namjera Zakona o opscenim publikacijama je zaštita maloljetnika, dok je njegova

⁵⁶ Omejec ukazuje da postoji nekoliko najčešćih uobičajenih elemenata koje Europski sud ispituje u okviru testa nužnosti u demokratskom društvu. To su: težina i ozbiljnost osporene mjere; priroda i učinci osporene mjere u svjetlu činjenica konkretnog slučaja; postojanje osobito ozbiljnih razloga za primjenu osporene mjere; - priroda veze između nužnosti u konkretnom slučaju i najviših vrijednosti koje štiti Konvencija (demokracije, vladavine prava); granice područja slobodne procjene država stranaka u pitanju koje se razmatra; razmjernost osporene mjere s prethodno utvrđenim legitimnim ciljem u užem smislu (test pravedne ravnoteže); postojanje manje restriktivne mjere od one koja je primijenjena radi ostvarenja istog cilja; diskriminatornost miješanja u zaštićeno pravo. No Sud neće u svakom pojedinom slučaju ispitivati sve elemente, no gotovo u svim slučajevima se ispituju polje slobodne procjene i razmjernost ograničenja. Međutim, Europski sud neće u svakom pojedinom slučaju ispitati ispitivati sve navedene elemente već će, ovisno o slučaju, odabrati one elemente koje smatra potrebnim za donošenje odluke u konkretnom predmetu, Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourgški acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 1260.

⁵⁷ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 52.

odmjerena i precizna primjena, ispunila kvalifikacije za ograničavanje slobode govora unutar polja slobodne procjene države dovoljna za utvrđenje ograničenja kao nužnog u demokratskom društvu.⁵⁸

Ovim predmetom su iznesena dva vrlo značajna pravna stajališta, jedno, vezano uz slobodu izražavanja gdje je Sud naglasio kako „sloboda izražavanja... ne primjenjuje se samo na „informacije“ ili „ideje“ koje su povoljno primljene ili se ne smatraju uvredljivima ili izazivaju ravnodušnost, već i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili ometaju državu ili bilo koji sektor stanovništva“⁵⁹ i drugo, gdje je naglašavajući da je nadzorni sustav Konvencije supsidijarne naravi istaknuo: „Zbog svog neposrednog i trajnog kontakta s najznačajnijim snagama u svojim zemljama, državna tijela u načelu su u boljem položaju nego bilo koji međunarodni sudac izreći mišljenje o stvarnom sadržaju zahtjeva, kao i o 'nužnosti' 'ograničenja' ili 'kazne' cilj kojih je ispunjavanje tih zahtjeva“.⁶⁰

Sud je naglasio kako će dopustiti vrlo široko tumačenje izražavanja općenito, te posljedično i umjetničkog izražavanja, prihvaćajući ulogu nosioca (umjetničkog) izražavanja kao društvenog kritičara, no uz veliku zadržku kada se radi o ocjeni dopuštenosti ograničenja ostavljajući državama široko polje slobodne procjene posebice kada se radi o zaštiti općih interesa kao što je zaštita morala. Isto je ponovio u predmetima koji slijede. Naime, u predmetu *Muller protiv Švicarske* Sud je također našao kako izricanje novčane kazne nakon kaznenog postupka skupini umjetnika koji su izložili slike za koje su nacionalne vlasti utvrdile da su opscene⁶¹ ne predstavlja povredu prava na slobodu izražavanja. Sud je dugo raspravljao o definiciji opscenosti i prepoznata je potreba za izbjegavanjem prekomjerne krutosti kod definiranja iste prvenstveno radi držanja koraka s

⁵⁸ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 48., 52. et seq.

⁵⁹ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 49.

⁶⁰ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 48.

⁶¹ Zahtjev br. 10737/84, presuda od 24. svibnja 1988. Josef Felix Müller i još devet umjetnika izložili su slike koje su prikazivale fellatio, sodomiju i seks ljudi i životinja u bivšem Velikom sjemeništu u Fribourgu.

promjenjivim okolnostima. Što se tiče zaštite morala kao legitimnog cilja Sud tu nije imao dvojbe smatrajući kako švicarski Kazneni zakon, odnosno njegov čl. 204. koji govori o opscenim publikacijama služi zaštititi javnog morala i Sud „nema razloga za pretpostavku da su švicarski sudovi...imali neke druge ciljeve koji bi bili nespojivi s Konvencijom“.⁶²

Ispitujući nužnost u demokratskom društvu, Sud je prvo ponovio relevantne teze iz *supra* citiranog odjeljka presude *Handyside* (§ 49), kao i svoj stav kako nije moguće naći jedinstveni europski koncept morala stoga su državne vlasti u boljoj poziciji od međunarodnih sudaca dati mišljenje o stvarnom okruženju, odnosno uživaju široko polje slobodne procjene u određivanju nužnih i razmjernih mjera ograničenja slobode umjetničkog izražavanja radi zaštite morala. Zanimljivo, u samoj presudi je Sud našao kako su se „koncepti morala promijenili zadnjih godina“⁶³ no nigdje ne navodi u kojem smjeru i kako su se promijenili. Slično je utvrdio i odlučujući je li zapljena slika bila protivna čl. 10., utvrdivši da nije.

Presuda nije donesena jednoglasno, već sa jednim, vrlo zanimljivim, izdvojenim suprotnim mišljenjem⁶⁴ i to suca Spielmana koji je prvo naglasio kako pitanje novčane kazne i pitanje zaplijene slike nije potrebno razmatrati odvojeno. Nadalje je izrazio neslaganje sa dopuštanjem državama ugovornicama širokog polja slobodne procjene u navedenim pitanjima smatrajući kako je isto potrebno suziti jer bi inače brojna konvencijska jamstva bila samo mrtvo slovo na papiru. Nesporno je da dopuštanjem državama ugovornicama široko polje slobodne procjene radi zaštite morala, se istima ostavlja veliki manevarski prostor za ograničenje upravo umjetničkog izražavanja.⁶⁵

U predmetu *Otto-Preminger Institut protiv Austrije* Sud je otišao korak dalje, ne sužavajući polje slobodne procjene državama ukoliko postoji, kao cilj ograničenja, zaštita prava i sloboda drugih odnosno njihovih vjerskih osjećaja. U konkretnom

⁶² *Müller i drugi protiv Švicarske*, broj zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., para. 30.

⁶³ *Müller i drugi protiv Švicarske*, broj zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., para 36.

⁶⁴ I još jednim djelomično prihvaćajućim i djelomično izdvojenim suca De Meyera.

⁶⁵ *Müller i drugi protiv Švicarske*, br. zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., izdvojeno mišljenje suca Spielmana, para. 1.-11.

predmetu, državni odvjetnik pokrenuo je kazneni postupak koji je doveo do zapljene filma 'Nebesko vijeće' na temelju njegovog *podcjenjivanja vjerskih doktrina*.⁶⁶ Sud je napomenuo da budući da je rimokatolička religija bila ona većine, takvo uplitanje bilo je opravdano kako bi se zaštitila prava drugih da ne budu uvrijeđeni u svojim vjerskim osjećajima. Međutim, već je predmet *Otto-Preminger* je iznjedrio snažna izdvojena mišljenja (presuda je donesena tijesnom većinom 4:3) gdje su suci koji su napisali izdvojeno mišljenje smatrali kako mjera zapljena filma nije bila razmjerna.⁶⁷ Upravo su predmet *Muller i drugi* i uzeli kao dobar primjer razmjernosti s obzirom da su u tom predmetu opscene slike bile dostupne svima, bez ograničenja, dok je navedeni film trebao biti prikazan publici koja plaća ulaznicu u art kinu čime se bitno sužava njegov društveno-politički utjecaj. Štoviše, ta ista publika je, s ukusom za eksperimentalne filmove, štoviše, imala dovoljnu priliku da bude prethodno upozorena na prirodu filma s obzirom da je udruga podnositelja zahtjeva pružila, u prethodnoj objavi, informacije o kritičnom načinu na koji se film bavio rimokatoličkom religijom. Naposljetku, kao što je izjavila udruga podnositelja zahtjeva, a vlada nije demantirala, prema tirolskom zakonu bilo je protuzakonito gledanje filma osobama mlađim sedamnaest godina, a objava udruge podnositelja zahtjeva prenijela je obavijest u tu svrhu. Sve navedeno su suci koji su napisali izdvojeno mišljenje naveli kao relevantne razloge za osporavanje razmjernosti mjere ograničenja.

Posljednji 'stari' predmet koji se tiče umjetničkog izražavanja je *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva* u kojem se podnositelj zahtjeva žalio na odluku britanskog odbora za klasifikaciju filma koji je odbio klasificirati film zbog kršenja kaznenog zakona odnosno odredbe o bogohuljenju. Iako je u navedenom predmetu jedno od ključnih pitanja bilo ono o 'u sukladnosti sa zakonom' britanskih odredbi o bogohuljenju, Sud je, utvrdivši kako odredbe nisu nejasne- iz razloga što iste ni ne mogu biti podložne preciznoj pravnoj definiciji (vidi *supra* predmet *Muller i drugi*), ispitivao nužnost u demokratskom društvu.⁶⁸ Sud je

⁶⁶ *Otto-Preminger Institut protiv Austrije*, br. zahtjeva 13470/87 od 20. rujna 1995., para 11.

⁶⁷ *Otto-Preminger Institut protiv Austrije*, br. zahtjeva 13470/87 od 20. rujna 1995., zajedničko izdvojeno mišljenje sudaca Palm, Pekkanen i Makarczyk, para 1-11.

⁶⁸ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., paras 37-44.

ponovno naglasio kako smatra da su nadležna tijela Ujedinjenog Kraljevstva u boljem položaju od Suda da procjene vjerojatni utjecaj videozapisa na gledatelje i bi li njegov sadržaj predstavljao kazneno djelo bogohuljenja.⁶⁹ Također, naglasio je Sud: „Članak 10. stavak 2. ne ostavlja puno prostora ograničenju političkog govora ili raspravi o pitanjima javnog interesa. Šire polje slobodne procjene općenito je dostupno državama ugovornicama kada reguliraju slobodu izražavanja u odnosu na pitanja koja mogu uvrijediti intimna osobna uvjerenja u sferi morala ili, posebno, religije. Štoviše, kao i na terenu morala, a možda u još većoj mjeri, ne postoji jedinstvena europska koncepcija zahtjeva „zaštite prava drugih“ u vezi s napadima na njihove vjerska uvjerenja.“⁷⁰ Ovakav zaključak Suda je suglasan sa stajalištem većine sudaca u svim spomenutim predmetima, u kojima je od presudne važnosti kod odmjeravanja širine polja slobodne procjene koju uživaju države, cilj samog ograničenja, gdje je polje slobodne procjene najšire kod zaštite morala i prava i sloboda drugih. Međutim, i ovaj predmet je također donesen uz dva izdvojena suprotna mišljenja (kao i dva izdvojena ali suglasna). U izdvojenom suprotnom mišljenju sudac De Meyer kategorizirao je slučaj kao prethodno ograničenje slobode izražavanja, čime je prekršen članak 10. Sudac Lohmus naglasio je, budući da je cilj kaznenog zakona odnosno odredbe o bogohuljenju bio samo zaštita kršćanskog vjerskog uvjerenja, ostaje pitanje može li se uplitanje protumačiti kao nužno u demokratskom društvu. Također je istaknuo već spomenuti problem kako „Sud pravi razliku u okviru članka 10 (...) prilikom primjene svoje doktrine o polju slobodne procjene država. Dok je u nekim slučajevima primijenjena sloboda procjene široka, u drugim slučajevima je više ograničena. Ipak, teško je utvrditi koji principi određuju opseg polja slobodne procjene“.⁷¹

Slično kao u predmetu *Wingrove* je Sud utvrdio u predmetu *I.A. protiv Turske*, no u kojem je također presuda donesena tijesnom većinom od 4:3 glasa. Većina je zaključila kako turske vlasti nisu prekršile slobodu izražavanja osuđujući izdavača knjiga za bogohuljenje. Naime, izdavač knjige pod naslovom *Yasak Tümcüler* (Zabranjene fraze), optužen je prema turskom Kaznenom zakonu zbog izražavanja

⁶⁹ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., para 64.

⁷⁰ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., para 58.

⁷¹ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., para 1.

stajališta protiv „Boga, religije, proroka i Svete knjige“ te mu je izrečena novčana kazna. Sud je zaključio da je knjiga premašila granice šokiranja, vrijeđanja i uznemiravanja, stoga su mjere poduzete protiv izdavača bile valjane. Štoviše, Sud je istaknuo kako je uplitanje slijedilo „hitnu društvenu potrebu“ budući da je komentar knjige predstavljao uvredljiv napad na proroka islama.⁷² Međutim, ponovno je zanimljivo promotriti stajalište sudaca koji su napisali izdvojeno suprotno mišljenje zaključujući: „(..).*Ovi presedani (Otto-Preminger Institute i Wingrove) nas ne uvjeravaju. Prvo, film ili videozapis će vjerojatno imati mnogo veći utjecaj od romana s ograničenim distribucijom, a što je faktor koji bi trebao biti dovoljan za razlikovanje između ova tri slučaja. Drugo, i Otto-Preminger-Institut i Wingrove su u to vrijeme bili predmet mnogih kontroverzi (i Europske komisije za ljudska prava koja je sa svoje strane, izrazila mišljenje velikom većina da je u oba slučaja došlo do kršenja članka 10.). Na kraju, možda je došlo vrijeme da se „preispita“ ova sudska praksa, za koju nam se čini da stavlja prevelik naglasak na konformizam ili ujednačenost misli i odražava preopreznu i plaku koncepciju slobode tiska“.⁷³ Evidentno je kako su, za razliku od većine sudaca u spomenutim predmetima, suci koji su napisali izdvojena suprotna mišljenja, uzeli u obzir i društveno-politički kontekst slobode izražavanja, a ne samo ciljeve koji se štite ograničenjem slobode umjetničkog izražavanja.*

Je li Sud preispitao svoju praksu? Teško je odgovoriti na ovo pitanje s obzirom na to da velika većina predmeta koja je uslijedila zapravo Sudu nisu dali mogućnost preispitivanja iste s obzirom da su se odnosili na sukob slobode umjetničkog izražavanja s jedne strane, i prava na poštovanje privatnog života javnih osoba s druge. Stoga će se u nastavku prikazati ključne presude u kojima je sloboda umjetničkog izražavanja ograničena kako bi se zaštitilo pojedinačno pravo a ne javni interes, poput morala ili prava i sloboda drugih.

⁷² *I.A. protiv Turske*, br. zahtjeva 42571/98 od 13. rujna 2005., para 30.

⁷³ *I.A. protiv Turske*, br. zahtjeva 42571/98 od 13. rujna 2005., zajedničko izdvojeno mišljenje sudaca Coste, Cabrala Barreta i Jungwierta, paras 7-9.

2.9. SLOBODA UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA v. PRAVO NA POŠTOVANJE
PRIVATNOG ŽIVOTA JAVNIH OSOBA

U predmetu *Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije*, ponovno je tijesnom većinom (4:3) Sud utvrdio povredu članka 10., no kao što je već naglašeno, radilo se o satiri i karikaturi usmjerenoj protiv javnih osoba, a ne zaštiti morala društva ili prava i sloboda drugih. U navedenom predmetu galerija suvremene umjetnosti je dobila zabranu izložiti sliku (trajno) „Apokalipsa“ koja prikazuje kolaž javnih osoba koje se nalaze u raznim seksualnim položajima. Sud je utvrdio da su takvi prikazi predstavljali satiričnu karikaturu protiv dotičnih osoba i da zabrana predstavlja povredu čl. 10. uz obrazloženje da je „satira oblik umjetničkog izražavanja i društvenog izražavanja komentar s prirodnom tendencijom provociranja i agitiranja“.⁷⁴ Sud je ovim predmetom nastavio sa svojom praksom da su javne osobe podložne kritici i satiri⁷⁵ dok su vjerski osjećaji ipak donekle zaštićeniji i Sud će državama tu ostaviti šire polje slobodne procjene. Međutim, tijesna većina sudaca koja je donijela odluku pokazuje određene problematične aspekte u odlučivanju čak i kod satire i karikature usmjerene prema javnim osobama.⁷⁶

Još jedan predmet u kojemu se preispitivala sankcija zbog kritike upućene javnoj osobi je *Murat Vural protiv Turske* u kojem je podnositelj osuđen na 13 godina zatvora nakon što je proglašen krivim jer je izlio boju na kipove Kemala Atatürka. Sud je naglasio, našavši povredu čl. 10., kako je „(...)u predmetima koji se odnose na slobodu tiska nije na Sudu a niti na nacionalnim sudovima da zamijene svoja stajališta za stajališta medija o tome koju tehniku izvještavanja trebaju usvojiti novinari, jer čl. 10. Konvencije štiti ne samo sadržaj ideja i informacija koje se izražavaju, nego i formu u kojoj su prenesene(...) Sud smatra da se isto može reći za

⁷⁴ *Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije*, br. zahtjeva 68354/01, presuda od 5. travnja 2007., para 33. Vidi također *Eon protiv Francuske*, br. zahtjeva 26118/10 od 14. ožujka 2013., para 60., i *Alves da Silva protiv Portugala*, br. zahtjeva 41665/07 od 20. listopada 2009., para 27.

⁷⁵ U predmetu *Tatár i Fáber protiv Mađarske*, br. 26005/08 i 26160/08, od 12. lipnja 2012. Sud je ponovno utvrdio povredu prava iz čl. 10. podnositeljima koji su se bavili političkom satirou.

⁷⁶ *Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije*, br. zahtjeva 68354/01, presuda od 5. travnja 2007., izdvojeno mišljenje suca Loucaidesa i izdvojena mišljenja sudaca Spielmana i Jebensa.

*svakog pojedinca koji možda želi prenijeti svoje mišljenje korištenjem neverbalnih i simboličkih sredstava izražavanja(...)*⁷⁷ Slično je Sud utvrdio u predmetu *Stern Taulats i Roura Capellera* gdje su dvojica španjolskih državljana osuđena na kaznu zatvora zbog paljenja fotografije kraljevskog para u javnosti tokom demonstracija održanih za vrijeme službenog posjeta kralja.⁷⁸

I u najnovijem predmetu koji se odnosi na slobodu umjetničkog izražavanja u kontekstu kritike javnih osoba, iz veljače 2021. Sud je jednoglasno utvrdio da je kaznenim postupkom protiv satiričnog kolaža umjetnika koji je „uvrijedio“ turskog premijera povrijeđeno njegovo pravo na slobodu izražavanja. U predmetu *Dickinson protiv Turske* Sud je potvrdio kako političar mora pokazati veću toleranciju prema kritikama, posebice kada izraz poprimi oblik satire. Ono što je najvažnije, ESLJP je utvrdio da je prekršen članak 10., čak i ako je podnositelj zahtjeva „samo“ kazneno gonjen, bez izricanja sankcije. ESLJP je smatrao da kazneni progon zbog uvrede političkog vođe, uz rizik od zatvaranja, ima zastrašujući (*chilling effect*) učinak na pravo na slobodu izražavanja.⁷⁹ Slično je Sud utvrdio i u *supra* spomenutom predmetu iz 2018. godine, *Mariya Alekhina i drugi protiv Rusije*⁸⁰ gdje je sankcija članica punk benda „Pussy Riot“ bila pritvaranje i osuđujuća presuda zbog kontroverznog javnog nastupa u katedrali, kao i zabrana distribucije videozapisa njihovih nastupa na internetu. Sud je mjere proglasio nerazmjernima kao i našao da iste nisu nužne u demokratskom društvu, odnosno kako je podnositeljicama povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja iz čl. 10.

Ako bi prikazanu praksu stavili u kontekst preispitivanja sudske prakse, čini se da je do iste došlo, no uz veliku zadržku s obzirom da se radi o predmetima u kojima postoji sukob dvaju pojedinačnih prava gdje Sud dosljedno stoji iza stajališta kako javne osobe moraju pokazati veću toleranciju prema kritikama pa čak i putem

⁷⁷ *Murat Vural protiv Turske*, br. zahtjeva 9540/07, od 21. listopada 2014., para 53.

⁷⁸ Zahtjev br. 51168/15, presuda od 13. ožujka 2018.

⁷⁹ *Dickinson protiv Turske*, br. zahtjeva 25200/11, presuda od 2. veljače 2021., para 57. Isto je Sud utvrdio i u ranijem predmetu protiv Turske, u kojem je podnositelj zahtjeva bio novinar koji (*Tuşalp protiv Turske*, zahtjevi br. 32131/08 i 41617/08, presuda od 21. veljače 2012.) je sankcioniran zbog novinskih tekstova u kojima kritizira turskog premijera.

⁸⁰ Zahtjev br. 38004/12, presuda od 17. srpnja 2018.

umjetničkog izražaja čime je polje slobodne procjene koje uživaju države kod ograničenja slobode umjetničkog izražavanja suženo, i to neovisno o društveno-političkom kontekstu umjetničkog izražavanja.

*2.10. PRESUDE U PREDMETIMA SINKOVA PROTIV UKRAJINE I HANDZHIYSKI
PROTIV BUGARSKE – NAJNOVIJE KONTROVERZE*

Prethodno analizirana novija praksa Suda pokazuje dosljednost odnosno spremnost Suda da, osim u slučaju pozivanja na nasilje i govor mržnje prema javnim osobama, dopusti široku slobodu umjetničkog izražavanja odnosno državama suzi polje slobodne procjene, no naglašavajući zadržku kod donošenja ovakvog zaključka s obzirom da su se štitili interesi javnih osoba a ne moral ili prava i slobode drugih. Stoga će se u ovom trenutku promotriti dva novija predmeta u kojima je cilj ograničenja bila zaštita javnih interesa te koji su istovremeno izazvali najviše kontroverze. Radi se prvenstveno o predmetu *Sinkova protiv Ukrajine*⁸¹ koji svakako predstavlja zabrinjavajuće odstupanje s obzirom da je Sud utvrdio kako izricanje trogodišnje uvjetne kazne za provokativni nastup na ratnom spomeniku u Ukrajini ne predstavlja kršenje prava na slobodu (umjetničkog) izražavanja. Slučaj se odnosio na uhićenje, pritvaranje i osudu Anne Sinkove, koja je pržila jaja na plamenu grobnice nepoznatog vojnika u Kijevu kao prosvjed protiv rasipanja prirodnog plina. Uhićena je i zadržana tri mjeseca do kaznenog postupka na temelju optužbe za oskrnuće grobnice, a na kraju je osuđena. Složivši se kako presuda gđi Sinkovi za navodno oskrnuće grobnice nepoznatog vojnika predstavlja miješanje u njezino pravo na slobodu izražavanja, Sud je našao da je uplitanje bilo „nužno u demokratskom društvu“ kao i razmjerno. Između ostalog je smatrao da podnositeljica nije osuđena zbog izražavanja konkretnih stajališta, već zbog provođenja određenog postupanja u vezi s grobnicom koja je predstavljala kazneno djelo, zapravo negirajući činjenicu da se radi o umjetničkom izražavanju kao takvom. Nadalje, primijetio je da je gđa Sinkova mogla pronaći prikladnije načine (ne spominjući koji su to *prikladniji načini*) za izražavanje svojih stajališta ili sudjelovanje u prosvjedima zbog upotrebe prirodnog plina države bez kršenja kaznenog zakona ili vrijeđanja sjećanja na vojnike koji su dali

⁸¹ Zahtjev br. 39496/11, presuda od 27. veljače 2018.

svoje živote braneći svoju zemlju. Konačno je Sud utvrdio da je kazna razmjerna i iz razloga što gđa Sinkova nije odslužila niti jedan dan. U biti, Sud je smatrao da je tužiteljica „samo“ osuđena zbog prženja jaja, a ne zbog izražavanja svojih stavova, čime je na određeni način potkopana bit slobode umjetničkog prosvjeda.⁸² Čini se da je Sud potpuno zanemario promotriti ovaj predmet kao čin umjetničkog izražavanja, negirajući mu formu, sadržaj, kao i kontekst izraza, posebice analiziranjem cilja koji je podnositeljica htjela postići, imputirajući joj mogućnost odabira *prikladnijih sredstava* za postizanje cilja svog izražavanja. Većinsko obrazloženje razdvajanja radnje prženja jaja od njezine namjere – i posljedičnom konstatacijom da nije mišljenje, nego sama radnja za koju je osuđena gđa. Sinkova – pretjerano pojednostavljuje činjenicu da je radnja bila politički motivirana. U gore spomenutom predmetu *Murat Vural protiv Turske*, ESLJP je utvrdio povredu članka 10. i izričito istaknuo da Sud „mora napraviti ‘ procjenu ‘ svrhe ili namjere osobe koja izvodi radnju ili ponašanje u pitanju“,⁸³ stavljajući naglasak na društveno-politički kontekst izražavanja. Kada bi ovo obrazloženje primijenili na predmet *Sinkova*, evidentno je da nije bilo procjene namjere podnositeljice zahtjeva, što je rezultiralo pokušajem da se njezin čin izolira od njene inherentno političke prirode a koje zaključivanje odstupa od spomenutog pravnog testa iz predmeta *Murat Vural*. i to bez odgovarajućeg opravdanja.

Problematične aspekte ove presude sumirali su već suci u svom izdvojenom suprotnom mišljenju koji su smatrali da je došlo do povrede čl. 10. djelomično iz razloga što se domaći sudovi nisu pozabavili „svrhom samog nastupa podnositeljice zahtjeva“ i neuzimanjem, od strane domaćih sudova, u obzir satirične prirode nastupa. Nadalje, istaknuli su „nedosljednost“ u stajalištu većine i prethodnoj sudskoj praksi Suda, između ostalog i spomenute presude *Vereinigung Bildender Künstler*, kako će i uvjetna zatvorska kazna „vjerojatno imati zastrašujući učinak na satirične oblike izražavanja“, kao i činjenicu da je kazna bila nerazmjerna ograničenju. „*Kao opća primjedba, ova presuda neizbježno dovodi*

⁸² Strasbourg Observers, OF STATUES AND SANTA CLAUS: DOES ARTICLE 10 PROTECT HOOLIGANISM ACTS ON A HISTORICAL FIGURE'S STATUE?, <https://strasbourgeoisobservers.com/2021/08/25/of-statues-and-santa-claus-does-article-10-protect-hooliganism-acts-on-a-historical-figures-statue/> [pristup: 27. srpnja 2022.].

⁸³ *Murat Vural protiv Turske*, br. zahtjeva 9540/07, od 21. listopada 2014., para 54.

*do pitanja u kojoj mjeri država ugovornica može kriminalizirati uvrede sjećanja i odrediti određene prostore i strukture kao „zabranjene“ za pojedince da iskoriste svoje pravo na prosvjed i izraze svoja mišljenja, na način koji je u skladu s člankom 10. stavkom 2. Postoji stvarni rizik od narušavanja prava pojedinaca da izraze svoje mišljenje i prosvjeduju mirnim, iako kontroverzним sredstvima“.*⁸⁴

Zanimljivo, dvije godine kasnije Sud je donio presudu u predmetu *Handzhiyski protiv Bugarske* gdje je smatrao kako je kažnjavanjem podnositelja (u prekršajnom postupku) za uređivanje kao Djeda Božićnjaka kipa komunističkog vođe u kontekstu političkih prosvjeda na nacionalnoj razini, povrijeđena njegova sloboda izražavanja. Sud je smatrao kako postupci podnositelja zahtjeva imaju elemente satiričnog izražavanja i političkog prosvjeda, ovaj put čini se uzevši u obzir bitne elemente umjetničkog izražavanja. Pri procjeni nužnosti uplitanja Sud je smatrao da se mjere, uključujući razmjerne sankcije, osmišljene kako bi se odvratile radnje kojima bi se mogli uništiti spomenici ili naštetiti njihovu fizičkom izgledu, mogu smatrati potrebnima u demokratskom društvu.⁸⁵ Međutim, razmatrajući čitav niz čimbenika i specifične okolnosti predmeta⁸⁶ Sud je utvrdio kako miješanje u pravo podnositelja nije bilo nužno u demokratskom društvu, unatoč polju slobodne procjene koje uživa država. Presuda se može smatrati nastavkom primjene standarda i kriterija razvijenih u prethodnim slučajevima. Primjerice, u *supra* spomenutim predmetima *Mariya Alekhina i drugi* i *Murat Vural* Sud je utvrdio da su provokativni nastupi predstavljali političko izražavanje zaštićeno pravom na slobodu izražavanja te da miješanje vlasti predstavlja kršenje prava na slobodu izražavanja. Ovakav smjer zaključivanja primijenjen je i u konkretnom predmetu, gdje čak protiv podnositeljica nije vođen kazneni već 'samo' prekršajni postupak.

⁸⁴ *Sinkova protiv Ukrajine*, zahtjev br. 39496/11, presuda od 27. veljače 2018., zajedničko djelomično izdvojeno mišljenje sudaca Yudkivske, Motoca i Paczolaya.

⁸⁵ *Handzhiyski protiv Bugarske*, zahtjev br. 10783/14, presuda od 6. travnja 2021., para 53.

⁸⁶ Poput same prirode djela, namjera koja stoji iza njega, poruka je nastojala biti prenesena njome i društveni značaj spomenika. U skladu s tim čimbenicima i kontekstom koji stoji iza podnositeljeva djela, Sud je izjavio da je njegova namjera bila prosvjedovati protiv političke situacije u Bugarskoj, odnosno da je podnositelj "jednostavno koristio spomenik gospodina Blagoeva kao simbol političke stranke koju je želio kritizirati" (para 56). V. Strasbourg Observers, *op. cit.* (bilj. 79).

Ova presuda, iako slijedi kriterije utvrđene u ranijim presudama, predstavlja nedosljednost u praksi Suda s obzirom na presudu *Sinkova* gdje je utvrđeno da kaznena presuda, istražni zatvor i (uvjetna) zatvorska kazna za nenasilni umjetnički prosvjed na ratnom spomeniku nisu prekršili članak 10. EKLJP-a. U svom izdvojenom mišljenju sudac Vehabović upravo je to naglasio- nedosljednost Suda- smatrajući kako, na tragu zaključivanja u predmetu *Sinkova*, niti u predmetu *Handzhiyski* nije došlo do povrede čl. 10.⁸⁷

Međutim, između ostalog je ESLJP u predmetu *Handzhiyski* utvrdio da djela koja ne uništavaju ili fizički ne oštećuju spomenike zaslužuju nijansirano razmatranje s obzirom na prirodu i namjeru djela, poruku koja se prenosi, i društveni značaj spomenika.⁸⁸ To je ograničilo opseg *Sinkove* i postupno proširilo zaštitu slobode izražavanja odnosno ostavilo prostora za zaključak da predmet *Sinkova* ipak predstavlja određeno, iako problematično, odstupanje od postojeće prakse, a ne opasan presedan te da će Sud slijediti dobro utvrđene kriterije i standarde zaštite umjetničkog izražavanja.

3. UMJESTO ZAKLJUČKA: ZNAČAJ PRAVA NA SLOBODU UMJETNIČKOGA IZRAŽAVANJA U SUVREMENO DOBA

Za obranu slobode umjetnosti može se navesti nekoliko argumenata. Prvi i osnovni ogleda se u tome da je sloboda izražavanja, pa tako onda i umjetnosti, prepoznata kao jedna od upravo temeljnih odrednica naprednih i demokratskih društava koja teže ka sve većoj slobodi i zaštiti ljudskih prava. Osim toga, umjetnost svih vrsta doprinosi izgradnji kulture pojedinoga društva, samim time i pojedinaca, a kultura je jedan od segmenata kako društvenoga, tako i individualnoga identiteta. U tomu smislu bi kočenje umjetnosti predstavljalo korak natrag u društvenome razvoju, pa čak i kada je umjetnost provokativna, gruba u izričaju i pomalo destruktivne naravi. Naravno pod uvjetom da takva umjetnost ne prelazi one granice koje su označene *supra*. Na umjetnosti je, također, da propituje i kritizira. Time se dolazi do drugog argumenta. Umjetnost, osobito ona humoristička i

⁸⁷ *Handzhiyski protiv Bugarske*, br. zahtjeva 10783/14, presuda od 6. travnja 2021., izdvojeno mišljenje suca Vehabovića, para I-III.

⁸⁸ *Handzhiyski protiv Bugarske*, br. zahtjeva 10783/14, presuda od 6. travnja 2021., paras 54-59.

ponajviše satirička, predstavlja važan mehanizam ne samo kritike, već i svojevrsnog neformalnog oblika nadzora vlasti, čime se umjetnost još jednom svrstava na branik demokratskih vrijednosti. Prednost ovakve vrste kritike nad „ozbiljnom“ kritikom jest u tome što ona „u raznim izražajnim formama na duhovit i smiješan način komentira, odnosno izriče vrijednosni sud o aktualnim političkim i društvenim problemima“.⁸⁹ To je čini lakše razumljivom i pristupačnijom širem sloju društva. Ova je važnost i utjecaj umjetnosti na javno mnijenje prepoznat još 80-ih godina prošloga stoljeća, a o čemu je bilo riječi u prethodnim poglavljima. Posljednji, ali nipošto ne i najmanje važan argument, više je psihološke ili medicinske prirode. Naime, provedene studije upućuju na to da uporaba umjetnosti može za posljedicu imati smanjenje stresa, anksioznosti i poremećaja raspoloženja.⁹⁰ I to, barem tako studije sugeriraju, za razne skupine od djece, starijih osoba, preko ranjivih pojedinaca.⁹¹ Odnos umjetnosti i psihologije još se uvijek intenzivno istražuje i mnogo je stvari i dalje nejasno, ali se širu elaboraciju ove tematike ipak treba prepustiti za to stručnim osobama i disciplinama.

Nadalje, što zaključiti vezano uz praksu Suda glede slobode umjetničkog izražavanja?

Najveća dosljednost Suda vidljiva je u predmetima koji predstavljaju govor mržnje i pozivanje na nasilje jasno utvrđujući kako govor mržnje kao takav kao i pozivanje na bilo kakav oblik nasilja, Sud ne tolerira niti će uopće razmatrati nužnost i razmjernost ograničenja, već će takvo izražavanje proglasiti nedopuštenim prema čl. 17. Konvencije, neovisno o obliku izražavanja koje se ispituje.

⁸⁹ Turkalj, J., *Zvekan – humor, satira i karikatura kao sredstvo pravaške političke propagande, Povijesni prilozi*, Vol. 18., br. 18., 1999., str. 130.

⁹⁰ Stuckey, H. L., Nobel, J., *The Connection Between Art, Healing, and Public Health: A Review of Current Literature*, dostupno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2804629/> [pristup: 25. kolovoza 2022.]

⁹¹ Mastanadrea, S., Fagioli, S., Biasi, V., *Art and Psychological Well-Being: Linking the Brain to the Aesthetic Emotion*, dostupno na: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2019.00739/full> [pristup: 25. kolovoza 2022.].

S druge strane, od samih početaka presude u predmetima koje se odnose na slobodu izražavanja, prvenstveno one koje se tiču ograničenja prava radi zaštite morala i prava i sloboda drugih, donose se uz brojna izdvojena mišljenja, vrlo često tijesnom većinom. Koji je razlog tome? Upravo fluidnost pojmova „umjetničko izražavanje“, teško odredive granice istog kao i nepostojanja jedinstvenog, uniformiranog pa čak niti europskog (a kamoli pan-europskog) konsenzusa oko pojma morala. Naime, a kako piše Nowlin, odluke ESLJP-a da podupre intervencije koje ograničavaju slobodu izražavanja u ime zaštite morala mogu biti uistinu 'problematične' jer se logički oslanjaju na nedefiniran, loše definiran ili jednostavno sporan pojam morala i sukobljavaju se sa predanošću ESLJP-a 'pluralizmu, toleranciji i širokogrudnosti'.⁹² Granice su ipak jasnije kada se radi o zaštiti pojedinačnog prava, posebice javnih osoba, prvenstveno političara, gdje unatoč određenim neslaganjima, većina presuda ipak ide u smjeru dopuštanja široke slobode umjetničkog izražavanja putem karikature i satire, a sužavanja polja slobodne procjene države kod ograničavanja navedene slobode. S druge strane, kada su legitimni ciljevi zaštita morala i prava i sloboda drugih, prijepori su bili i ostali brojni. Od prvih presuda donesenih do najnovijih, jasno je kako određivanje granica slobode izražavanja i širina polja slobodne procjene, nisu podložni fiksnim i jasnim kriterijima i smjernicama, već podložni raznim interpretativnim smjerovima. Izmjene u preambuli Konvencije donesene Protokolom 15. kojima se istom proglašava supsidijarna narav Suda odnosno potvrđuje sloboda procjene koju uživaju države ugovornice, svakako ne pridonosi već, do neke mjere i odmaže, pojedincima u zaštiti slobode umjetničkog izražavanja.

Nadalje možemo primijetiti kako Sud nije svojim odlučivanjem u novijim predmetima pokazao veća iznenađenja, iako je bilo za očekivati da će slijediti „društvene promjene“ koje idu u smjeru sve veće zaštite umjetničkog izražavanja i sužavanja polja slobodne procjene koje uživaju države, i to ne samo u predmetima koji se odnose na satiru, karikature i izražavanje koje „vrijeđa“ političare i ostale javne osobe već i u predmetima koji „šokiraju i uznemiravaju“ javni moral i prava

⁹² Nowlin, C., *The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, vol. 24, br. 1 (2002) Human Rights Quarterly str. 264- 265.

i slobode drugih, iako presuda u predmetu *Handzhiyski* daje naslutiti određene pozitivne promjene.

I dalje širina polja slobodne procjene koju države uživaju ovisi o vrijednosti koja se štiti, pa tako zaštita morala i prava i sloboda drugih, posebice ako se radi o vjerskim slobodama pružaju državi najveću širinu polja slobodne procjene. Čini se da tu umjetnici moraju shvatiti ograničenja moralnih vrijednosti u društvu te vjerskih osjećaja kao legitimno ograničenje za koje će Sud najčešće koristiti mogućnost pozivanja na svoju supsidijarnu ulogu u zaštiti temeljnih ljudskih prava. Unatoč tome, vrlo često možemo vidjeti neslaganje sudaca kod donošenja odluke o povredi iz čega je vidljivo kako unatoč relativno jasnim kriterijima kod ograničenja slobode izražavanja, ipak nije moguće unaprijed znati smjer zaključivanja sudaca niti će ispitivanje nužnosti ograničenja kod svih polučiti isti zaključak. Od prve presude u predmetu *Otto-Preminger*, preko predmeta *Muller i Wingrove*, kao i kasnijih *I.A.* te *Vereinigung* je jasno kako postoji neslaganje sudaca oko granice slobode procjene države kada se radi o zaštiti morala i prava i sloboda drugih.

Zanimljivo, upravo su najnovije presude koje se odnose na slobodu umjetničkog izražavanja izazvale najviše prijevora oko granica slobode umjetničkog izražavanja i zaštite prava i sloboda drugih. Presuda u predmetu *Sinkova* kao što je naglašeno, jedna je od rijetkih u kojima Sud preispituje i formu i sadržaj kao i društveno-politički kontekst umjetničkog izražavanja, čime je potencijalno mogla predstavljati opasan presedan za sve buduće podnositelje zahtjeva. Također, spomenuti predmet je prema mišljenju čitatelja portala *Strasbourg Observes*, proglašena najgorom presudom u 2018.⁹³ a koju je „nedosljednost“ Sud ipak donekle ispravio presudom u predmetu *Handzhiyski*.

Konačno, a bez ulaženja u preveliku polemiku oko ispravnosti biranja smjera odlučivanja u kojem će tako fluidni pojmovi kao moral odnosno njegova zaštita kao i prava i sloboda drugih uživati „veću“ zaštitu od umjetničkog izražavanja, svakako moramo naglasiti kako, unatoč nepostojanju konkretnih smjernica, bi

⁹³ *Strasbourg Observers, THE BEST AND WORST ECTHR JUDGMENTS OF 2018 ARE...*, <https://strasbourgobservers.com/2019/02/25/the-best-and-worst-ecthr-judgments-of-2018-are/> [pristup: 27. srpnja 2022.].

možda ipak bilo svrsishodnije u 21. stoljeću, dok god granice umjetničkog izražavanja ne prelaze one jasno utvrđene kojima se ulazi u sferu zabranjenog oblika izražavanja, ipak određenu prednost dati pojedincu i njegovu pravu na slobodu umjetničkog izražavanja uvažavajući sva tri analizirana aspekta slobode umjetničkog izražavanja, kao i da bi umjetničkom izražavanju trebalo posvetiti više pažnje od strane pravne doktrine.⁹⁴

⁹⁴ Kao primjer multidisciplinarnog pristupa u povezivanju prava i glazbene umjetnosti vidjeti: Annunziata, F., Colombo, G. F. (ur.), *Law and Opera*, Springer International Publishing, Cham, 2018.