

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY

Extrémy slobody prejavu a úloha právnej regulácie*

The Extremes of Freedom of Speech and the Role of Legal Regulation

Max Steuer**

Abstrakt

Nové možnosti komunikácie a prezentácie ideí rozšírili priestor pre vyjadrenie názorov, vrátane takých, ktoré zasahujú do ľudskej dôstojnosti. Reakcie na tento fenomén majú neraz právny charakter, umožňujúci sankcionovať pôvodcov „nenávisťných prejavov“. Slovenská republika, kde sa v roku 2016 po prvýkrát v postkomunistickej histórii do zákonodarného zboru dostala strana s cieľom zvrhnutia demokratického režimu, v tomto ohľade nie je výnimkou. Predkladaná konceptuálna analýza ukazuje, ako uvedené reakcie, vrátane „protiextrémistickej“ novely slovenských trestných kódexov z októbra 2016, zapadajú do rámca „militantnej demokracie“. Najskôr predstaví koncept militantnej demokracie ako jeden z možných reakcií (nielen) k extrémnym prejavom, pričom sa zameriava na úlohu práva ako obrancu demokracie v chápaní tohto prístupu. Následne charakterizuje niektoré riziká obsiahnuté v tomto prístupe a na ich základe uvedie alternatívny prístup, chápajúci právo ako facilitátora slobody. V závere vysvetľuje, ako druhý prístup, ktorý právne reguluje iba prejavy podnecujúce k násiliu, vo zvyšku ponechávajúc priestor neprávny opatreniam, zabraňuje nezamyšľaným negatívnym dôsledkom prvého, „militantno-demokratického“ prístupu.

Klíčová slova

Sloboda prejavu; extrémne prejavy; militantná demokracia; právo ako facilitátor slobody; právo ako obranca demokracie.

Abstract

The new means of communication and dissemination of ideas have broadened the space for expression of opinions, including those interfering with human dignity. The reactions on this phenomenon are often of legal nature, enabling to sanction the originators of “hate speech”. The Slovak Republic, where in 2016 for the first time in its post-communist history a party with a demonstrable aim of overthrowing the democratic regime passed the threshold for the legislative assembly, is not an exception. This conceptual analysis shows how the reactions, including the “anti-extremist” amendment of the Criminal Code from October

* Tento príspevok bol podporený Grantom Univerzity Komenského č. UK/203/2017: *Vplyv súdneho aktívizmu ústavných súdov v Slovenskej republike a v Českej republike na kvalitu demokratických režimov.*

** Max Steuer, M.A., Katedra politológie, Filozofická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika / Department of Political Science, Faculty of Arts, Comenius University, Bratislava, Slovak Republic / E-mail: max.steuer@uniba.sk / ORCID: 0000-0001-7638-5865

2016, fall under the concept of “militant democracy”. Firstly, it introduces this concept as one of the possible reactions (not only) to extreme speech, while focusing on the role of law as protector of democracy according to this approach. Then, it captures some of the risks entailed in this approach, based on which it presents an alternative approach, that understands law as the facilitator of freedom. In conclusion, it is explained how the second approach, which subjects only speech inciting to violence to legal regulation, while opening the room for non-legal measures, prevents the negative unintended consequences of the former, “militant democratic” approach.

Keywords

Freedom of Speech; Extreme Speech; Militant Democracy; Law as Facilitator of Freedom; Law as Protector of Democracy.

Úvod

Normatív spravodlivosti v demokratickom a právnom štáte vyžaduje efektívnu garanciu ľudských práv a slobôd, medzi nimi i právo na slobodu prejavu. Toto právo čelí v demokratických systémoch viacerým výzvam, pretože sa môže ocitnúť v konflikte s inými základnými právami, najmä právami tých, o ktorých určitý prejav pojednáva. Jednou z možností riešenia tohto konfliktu je právna regulácia, umožňujúca obmedzenie takých prejavov, ku ktorým došlo v určitom kontexte, prostredníctvom ustanovení trestného alebo občianskeho práva.

Pri posudzovaní proporcionality¹ zásahu do slobody prejavu v mene iných práv, s ktorými sa ocitne v konflikte, zohráva rozhodujúcu úlohu klasifikácia daného prejavu do niektorej z kategórií, ktorá je však dodnes i na medzinárodnej úrovni značne nejednotná.² Osobitne to platí pri tzv. „nenávisťných“ prejavoch, namierených voči jednotlivcom alebo (najčastejšie menšinovým) skupinám v spoločnosti. „Pascou“, do ktorej sa možno dostať pri snahe obmedzovať tieto prejavy právnu reguláciou, je prehliadnutie slobody prejavu ako nevyhnutnej podmienky³ demokratického režimu. Tento príspevok sa snaží uvedenej „pasci“ vyhnúť tým, že konceptualizuje dva alternatívne prístupy k týmto prejavom, ktoré sa odlišne stavajú aj k otázke právnej regulácie. Využíva pritom etablované i najnovšie chápania konceptu militantnej demokracie, ktorý spája s prvým z týchto prístupov. Poukazujúc na riziká právnej regulácie opierajúce sa o premisu práva ako ochrancu demokracie ponúka alternatívny prístup, ktorý ju redukuje na nevyhnutné minimum, pod ktorým rozumie obmedzovanie prejavov vyzývajúcich k násiliu. Rozdiely ilustruje

1 K pôvodu a významu tohto princípu a jeho možných alternatív v ústavnom práve pozri napr. OND-ŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012; BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel a Andrés SAJÓ (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2013, s. 738–755.

2 Pozri napr. kategorizáciu rozlišujúcu medzi štyrmi typmi prejavov od ARAI, Yutaka. Article 10: Freedom of Expression. In: HARRIS, David et al. (eds.). *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: OUP, 2014, s. 629–639.

3 BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Oxford: OUP, 2005, s. 18–21.

konkrétnymi prípadmi z judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva (ďalej: ESELP). Nakoniec sa dotkne aj legislatívnych zmien v oblasti regulácie „nenávistných prejavov“ v SR, ktoré je možné vnímať ako prejav vnímania práva ako ochrancu demokracie aj s rizikami, ktoré sa pri tomto prístupe vyskytujú.

1 Sloboda prejavu a „nenávistné“ prejavy: dva prístupy

Jedným z problémov konceptu „nenávistné prejavy“ je absencia definície a typových znakov, čo komplikuje jednoznačné určenie toho, ktoré konkrétne prejavy je legitímne subsumovať pod toto označenie. Definičnú medzeru uspokojivo nevyplnil ani ESELP, hoci sa na pojem v informačných materiáloch odvoláva.⁴ Druhým problémom konceptu je riziko, že do tejto kategórie budú „vhodené“ aj prejavy, ktoré sú síce z pohľadu štandardu v demokraciách extrémne, avšak ich zámerom nie je šíriť nenávisť a intoleranciu, ale netradičným spôsobom vyjadriť isté politické posolstvo, napríklad kritickým vyhranením sa proti negatívnym javom, ktoré diskriminácia, xenofóbia, rasizmus a iné dehumanizujúce tendencie vyvolávajú.

Ako to ukázal aj prípad karikatúr v časopise Charlie Hebdo a predtým dánskych karikatúr proroka Mohameda,⁵ takéto extrémne prejavy⁶ sa v očiach niektorých jednotlivcov a inštitúcií z dôvodu nerešpektovania väčšinových kultúrnych a spoločenských noriem a neúcte voči tradičným i právnym autoritám automaticky stotožňujú s prejavmi nenávisťi. Rozdiely medzi konkrétnymi prejavmi však môžu byť výrazné, najmä ak vezme-me do úvahy ich najrôznejšie špecifikácie. Jednu klasifikáciu špecifikácií ponúka Brown, ktorý argumentuje v prospech takeho prístupu k týmto prejavom, ktorý berie špecifiká do úvahy. Špecifiká konzistentnosti (voči akému konkrétnemu subjektu je prejav namierený), praktické (či prejav reálne dokáže vyvolať u niekoho nenávisť voči danému subjektu), formálne (aké sú charakteristiky tohto subjektu),⁷ funkcionálne (čo zdôvodňuje

4 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet – Hate Speech* [online]. Strasbourg: 2017 [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

5 K prípadu „dánskych karikatúr“ pozri WINFIELD, Richard N. a Janine TIEN. The Danish Cartoons Controversy: Hate Speech Laws and Unintended Consequences. In: MOLNÁR, Péter (ed.). *Free Speech and Censorship Around the Globe*. Budapest: CEU Press, s. 481–494. Práve v dôsledku neaplikovania existujúcich zákonov obmedzujúcich „nenávistné“ prejavy v Dánsku pocíťovali niektorí príslušníci náboženskej komunity taký výrazný zásah do svojej ľudskej dôstojnosti, až sa rozhodli uchýliť k násilným satisfakčným technikám. Tento kolobeh násillia autori považujú za hlavný nezamýšľaný negatívny dôsledok reštriktívnej legislatívy obmedzujúcej prejav rúhania.

6 Ku dôležitosti termínu „extrémne prejavy“, ktorý vytvára širšiu kategóriu prejavov, než zužujúca a hodnotovo zafarbená kategória „extrémistické prejavy“ pozri HARE, Ivan. Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards. In: HARE, Ivan a James WEINSTEIN (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: OUP, 2011, s. 62–80.

7 BROWN, Alexander. The ‘Who?’ Question in the Hate Speech Debate: Part 1: Consistency, Practical, and Formal Approaches. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2016, roč. 29, č. 2, s. 275–320. DOI: 10.1017/cjll.2016.13

konkrétne obmedzenie) a demokratické (či je obmedzenie žiadúce vzhľadom na charakteristiky demokratickej spoločnosti)⁸ by podľa neho mali byť zohľadňované súčasne a chápané ako vnútorne prepojené.⁹

Zdôvodňujú však problémy konceptu „nenávisťných“ prejavov zavrhnutie právnej regulácie ako prístupu k nim ako celku? Nie, z dvoch dôvodov. Po prvé, v súčasnosti dochádza k rozširovaniu kanálov, prostredníctvom ktorých možno svoje názory prezentovať a potenciálne tak i ovplyvniť verejnú mienku. Nečinnosť štátnych orgánov vrátane orgánov aplikácie práva voči prejavom podnecujúcim nenávisť tak môže viesť k fatálnym dôsledkom v prípade, ak určitý prejav v istom kontexte získa takú podporu, až sa pretaví do násilného konania voči konkrétnym jednotlivcom alebo skupinám. Po druhé, kým dominancia princípu racionality v demokratickom diskurze by realizácii násilia mohla zabrániť, je všeobecne známe, že v ňom v skutočnosti často prevládnu emócie.¹⁰

Skutočná rozdielnosť prístupov je preto určená *mierou prípustnej právnej regulácie*. Táto sa určuje podľa toho, či je za legitímnu považovaná regulácia podľa *obsahu* prejavu, alebo sa prihliada na *kontext*, v ktorom k prejavu došlo, s pomocou kritéria, či v tomto kontexte prejav *podnecoval k násiliu*.¹¹ Toto rozlišovanie možno zachytiť aj s pomocou konceptu militantnej demokracie a alternatívy voči nej.

1.1 Právo ako ochrana demokracie

Obavy z možnosti protidemokratických aktérov odstrániť demokratický režim s pomocou využitia nástrojov demokratickej politickej súťaže (*úspechom politickej strany alebo strán, ktoré tento cieľ zrealizujú*) sa stali východiskom pre úvahy o obmedzovaní vplyvu takýchto aktérov (aj) právnou reguláciou. Argument spočíva v neprípustnosti presadzovania takých cieľov, ktoré by jednoznačne spôsobili zvrhnutie demokratického režimu a jeho kľúčových charakteristík, akými sú garancie ľudských práv, politickej súťaže a deľby

8 BROWN, Alexander. The ‘Who?’ Question in the Hate Speech Debate: Part 2: Functional and Democratic Approaches. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2017, roč. 30, č. 1, s. 23–55.

9 Ibidem, s. 47–55.

10 Pričom platí, že ostrá dichotómia medzi racionalitou a emocionalitou vo verejnom práve je škodlivá pre porozumenie praktickému fungovaniu ústavných inštitútov, ktoré sú v demokracii často ovplyvnené nie práve racionálnym prístupom aktérov v právnych sporoch. Porov. SAJÓ, András. Emotions in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, 2010, roč. 8, č. 3, s. 354–384.

11 Ide o dichotómiu kontextuálneho a obsahového prístupu, v našom prostredí uvádzaného ako obsahovo neutrálna v. obsahovo zameraná regulácia. Pre komplexný pohľad viď HERZ, Michael a Péter MOLNÁR (eds.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Z česko-slovenských zdrojov napr. BARTOŇ, Michal. *Sloboda prejavu: Princípy, garancie, meze*. Praha: Leges, 2010, s. 154–186. Občas sa tvrdí, že táto dichotómia reprezentuje rozdiel medzi americkým a európskym prístupom (napr. DRGONEC, Ján. *Sloboda prejavu a sloboda po prejave*. Šamorín: Heuréka, 2013, s. 257–259), avšak takéto rozlišovanie môže byť bez hlbšej analýzy priveľmi zjednodušujúce (viď príklad Maďarska v MOLNÁR, Péter. Towards Improved Law and Policy on ‘Hate Speech’—The ‘Clear and Present Danger’ Test in Hungary. In: HARE, Ivan a James WEINSTEIN (eds.), op. cit., s. 237–264).

moci.¹² Niektorí autori dimenzie konceptu militantnej demokracie rozširujú aj na mimoprávne formy regulácie, príkladom čoho je „chytrá militantná demokracia“ podľa Clivea Walkera.¹³ Obsahovo sa militantná demokracia neraz prekrýva so synonymnými konceptmi, akými sú obranyschopná, brániaca sa, prípadne „bojovná“ demokracia.¹⁴ Samozrejme, k jej aplikácii nedochádza iba pri obmedzovaní slobody prejavu, ale aj iných práv, napríklad práva na združovanie v politických stranách a politických hnutiach.¹⁵

Militantná demokracia vychádza z racionalistického úsilia o zachovanie plurality, ktorá by bola narušená až celkom potlačená v prípade zlyhania demokratického režimu. Navýšenie právomocí štátnych orgánov v obmedzovaní politických práv, často spojené s ich aktivizmom, možno vnímať ako snahu postaviť sa proti nekontrolovanej „politike emócií“; zavádza systém „preventívnych inštitúcií zameraných na emocionálne kaskády a z nich plynúce vášne s cieľom zabrániť im alebo ich utlmiť.“¹⁶ Iný argument v prospech legitimacy militantnej demokracie ponúka Jovanović, ktorá demokraciu chápe ako kreatívnu hru, avšak so súborom základných východiskových pravidiel. Aktéri, ktorí tieto pravidlá nie sú schopní alebo ochotní dodržiavať, musia byť vylúčení, inak môže dôjsť k narušeniu základného praktického mechanizmu fungovania demokracie, ktorým je zostavenie vlády na základe výsledkov pravidelne sa opakujúcich volieb.¹⁷ Všetky tieto argumenty predstavujú normatívne stanoviská, s ktorými možno buď súhlasiť, alebo nesúhlasiť, ale neposkytujú empirický podklad, ktorý by ich podporil konkrétnymi dátami.¹⁸ Predtým, než možno k takémuto výskumu pristúpiť, je potrebné oboznámiť sa s (1) normatívnymi protiargumentmi, ktorým čelia prístupy zodpovedajúce militantnej

12 MÜLLER, Jan-Werner. Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy. *Annual Review of Political Science*, 2016, roč. 19, č. 1, s. 249–265. DOI: 10.1146/annurev-polisci-043014-124054. Pozri aj THIEL, Markus (ed.). *The “Militant Democracy” Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate, 2009.

13 WALKER, Clive. Militant Speech About Terrorism in a Smart Militant Democracy. *Mississippi Law Journal*, 2011, roč. 80, č. 4, s. 1395–1453.

14 DANICS, Štefan. Konceptualizace militantní demokracie a její aplikace v praxi. *Rexter*, 2014, č. 1, s. 133–160; MAREŠ, Miroslav a Štěpán VÝBORNÝ. *Militantní demokracie ve střední Evropě*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2013, s. 14–19.

15 Bližšie k *stratégii zásahov* proti antidemokratickým politickým stranám pozri KALTWASSER, Cristóbal Rovira a Paul TAGGART. Dealing with Populists in Government: A Framework for Analysis. *Democratization*, 2016, roč. 23, č. 2, s. 208–210.

16 SAJÓ, András. Militant Democracy and Emotional Politics. *Constellations*, 2012, roč. 19, č. 4, s. 572.

17 JOVANOVIĆ, Miodrag. How to Justify ‘Militant Democracy’: Meta-Ethics and the Game-like Character of Democracy. *Philosophy & Social Criticism*, 2016, roč. 42, č. 8, s. 745–762.

18 Empirického výskumu na tento typ problémov je výrazný nedostatok. Norman analyzoval politický diskurz vo vzťahu ku krajnej pravici na európskej úrovni. Jeho výskum ukázal, ako racionalizmus v prístupe európskych politických aktérov podnecuje riešenia, spočívajúce vo viere, že nežiaduce emócie (ktoré, napríklad, podporujú vylúčenie niektorých skupín obyvateľstva z politického rozhodovania) je možné v politike minimalizovať. Tento prístup nazýva „európsky demokratický militarizmus“. NORMAN, Ludvig. Defending the European Political Order: Visions of Politics in Response to the Radical Right. *European Journal of Social Theory* [online]. 2016, s. 1–19 [cit. 2017-05-20]. DOI: 10.1177/1368431016679670

demokracii, (2) existujícím dominantným přístupom k snahám o zvrhnutie demokracie v analyzovanom politickom spoločenstve.

1.2 Riziká militantnej demokracie a jej alternatíva: právo ako facilitátor slobody

Obhajcovia militantnej demokracie doteraz nenašli spôsob, ako zabrániť riziku arbitrárnosti skrývajúcom sa v presnom vymedzení aktov, ktoré sú v demokratickom režime „cez čiaru“ a je ich preto legitímne potlačovať hoci aj právnymi prostriedkami. Hoci Alexander Kirchner sa pokúsil navrhnúť prístup, ktorý by to umožnil,¹⁹ aj ten si implicitne vyžaduje konsenzus o základných pravidlách a následne sankcionovanie tých, ktorí sa im vymykajú. Práve otázka *subjektu s právom rozhodovať* o tom, na koho bude sankcia uvalená a na koho nie, predstavuje východisko pre kritiku militantnej demokracie. V demokratickom režime je prirodzené, že právne predpisy prijaté zástupcami ľudu si vyžadujú interpretáciu a aplikáciu, za ktorú zodpovedajú z veľkej časti súdne inštitúcie. Avšak v prípade identifikácie „nepriateľov demokracie“ ide o závažné rozhodnutie, ktoré môže spôsobiť (aspoň limitované) vylúčenie celej skupiny aktérov z demokratickej participácie a ktoré sa musí uskutočniť *predtým*, než dôjde ku konkrétnemu porušeniu základných práv antidemokratickými aktérmi, ktoré by sankciu odôvodnili. Podľa Accettiho a Zuckermana je tak militantná demokracia formou „schmittovského decizionizmu“ a „autoritárskeho výkonu moci, ktoré je v protiklade so samotnou logikou systému, ktorý sa zaväzuje chrániť.“²⁰

Ak by sme aj akceptovali niektorý z pokusov o zdôvodnenie legitimacy militantnej demokracie, nezodpovedaná ostane empirická otázka, či na tomto základe postavená právna regulácia dosahuje želaný cieľ – ochranu demokracie. Weimarská republika, ktorej pádom jeden z kľúčových teoretikov militantnej demokracie Karl Lowenstein zdôvodnil pre túto formu ochrany,²¹ nie je v skutočnosti vhodný príklad, pretože antidemokratické sily sa v nej dostali k moci *napriek* existencii celého spektra regulačných mechanizmov (vrátane možnosti zakázať politické strany). Rovnako skutočnosť, že nepoznáme modernú demokraciu, ktorá sa transformovala na autoritársky režim z dôvodu, že neuplatňovala reguláciu politických práv v zmysle premís militantnej demokracie, nie je presvedčivý argument. Množstvo iných kontextuálnych faktorov mohlo spôsobiť, že k takejto zmene nedošlo. Na druhej strane, limitovaný empirický výskum v tejto oblasti naznačuje, že riziko zneužitia moci, ktorú regulácia podľa militantnej demokracie poskytuje štátnym

19 KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*. New Haven: Yale University Press, 2014.

20 ACCETTI, Carlo Invernizzi a Ian ZUCKERMAN. What's Wrong with Militant Democracy? *Political Studies*, 2016, roč. 65, č. 1, s. 188–191.

21 LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *American Political Science Review*, 1937, roč. 31, č. 3, s. 417–432. DOI: 10.2307/1948164

orgánom, je reálne. Príkladom je Turecko, kde zákaz strany *Refah*,²² podporujúcej súbežnú existenciu niekoľkých právnych režimov (vrátane náboženského) predchádzal výrazným zmenám v celom politickom systéme²³ v neprospech demokracie po roku 2015. Na druhej strane, chýbajú dôkazy, že tieto opatrenia dlhodobo dosahujú svoj cieľ a práve vďaka nim ostávajú konkrétne demokratické režimy zachované. „Militarizácia“ demokracie je však, osobitne po opatreniach prijatých po útokoch na redakciu *Charlie Hebdo* v Paríži a legislatívnych zmenách vo Veľkej Británii, existujúci, neprehliadnuteľný proces.

Z kritik militantnej demokracie však možno vyvodit' alternatívu voči nej s potenciálom reagovať na hrozbu, ktorú predstavujú antidemokratické sily pôsobiace v rámci demokratického režimu. Alternatívny prístup nepovažuje za primárnu úlohu právnej regulácie chrániť demokraciu, ale facilitovať slobodu. Rozdiel nie je iba terminologický, keďže pri ňom dochádza ku zmene perspektívy – miesto aktivistickej predstavy o práve so schopnosťou pozitívne vplyvať na zachovanie pilierov demokratického režimu tento prístup zdôrazňuje potenciál práva pomôcť *jednotlivcovi* tým, že poskytuje priestor pre realizáciu jeho práv a slobôd. Takýto prístup neumožňuje obmedzovanie slobôd až dovedy, kým tieto nie sú jednoznačne ohrozené zneužitím rovnakých slobôd inými jednotlivcami. Samotné riziko, že by konkrétni aktéri s antidemokratickými tendenciami (vyjadrenými napríklad vo forme politického prejavu) mohli predstavovať nebezpečenstvo pre demokraciu, teda nepostačuje na „naštartovanie“ regulačného mechanizmu. Až keď je ohrozená sloboda jednotlivca, je zásah legitímny.

Ani tento prístup sa nevyhne nutnosti interpretácie v konkrétnych prípadoch, t. j. posúdenia, či došlo k zásadu do slobôd jednotlivca, ktorý ohrozil ich uplatňovanie aj v budúcnosti. Táto interpretácia je však už typom legitímneho rozhodovania o konfliktoch základných práv,²⁴ nie výnimočných opatrení v mene ochrany demokracie. Zdroj jej legitimity nespočíva v mimoriadnych právomociach (či dokonca povinnosti) legislatívy prijať opatrenia na ochranu demokracie, ani vo vnímaní súdov ako osvietených „strážcov demokracie“ bez rozdielu, ale v ochrane základných práv a slobôd jednotlivca. Pravda, tento prístup zodpovedá jednému z troch prístupov k militantnej demokracii podľa Müllera, ktorý sa podľa neho aplikuje v USA²⁵ a ktorý spočíva v regulovaní iba tých aktov, ktoré vyvolávajú bezprostredné ohrozenie. Jeho zaradením ako typu militantnej demokracie však dochádza ku zvýšenej nejednoznačnosti tohto konceptu, a preto sa zdá

22 Pozri aj TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond*. London: Routledge, 2015, s. 176–184.

23 CAVANAUGH, Kathleen a Edel HUGHES. Rethinking What Is Necessary in a Democratic Society: Militant Democracy and the Turkish State. *Human Rights Quarterly*, 2016, roč. 38, č. 3, s. 650–653. DOI: 10.1353/hrq.2016.0045

24 Pozri ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: OUP, 2007.

25 MÜLLER, Jan-Werner, op. cit., s. 236–237.

prínosnejšie vymedziť ho ako alternatívu k nej skôr než ako jednu z jej variantov. V prípade regulácie extrémnych prejavov by si aktivovanie sankčného mechanizmu vyžadovalo typ prejavu, bezprostredne vyzývajúci k protiprávnemu konaniu, nielen zasahujúci nejakým spôsobom do ľudskej dôstojnosti alebo deklarujúci preferenciu pre iný než demokratický režim.

2 Príklady rizík militantnej demokracie v kontexte ESĽP a SR

Druhá vyššie nastolená otázka vzťahujúca sa k prevažujúcej reakcii na antidemokratických aktérov v európskych a osobitne slovenských právnych poriadkoch si žiada analýzu (1) rozhodovacej praxe ESĽP ako kľúčového medzinárodného tribunálu so schopnosťou ovplyvniť aj rozhodovanie súdov a politickú prax na národnej úrovni²⁶ a (2) prípadu Slovenskej republiky. Spomenuté prípady nepokrývajú celé spektrum aplikačnej praxe, ich účelom je ilustrovať riziká skrývajúce sa v predstave, že právo je nepochybne účinný nástroj ochrany demokracie, a neprináša neželané dôsledky.

2.1 Prístup ESĽP

Vo všeobecnosti je ESĽP neochotný poskytnúť ochranu prejavom, ktoré vyhodnotí ako „nenávisťné“.²⁷ Neraz sa pritom odvoláva na a čl. 17²⁸ Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej: Dohovor), a nie na čl. 10 ods. 2 Dohovoru²⁹, ktorý by si vyžadoval realizáciu štandardného prísneho testu proporcionality. Uplatnením čl. 17 Dohovoru³⁰ sa Súd „dostane k záveru bez analýzy a vyvažovania obsahu vyjadrených názorov, ako by sa to vyžadovalo podľa článku 10 ods. 2 Dohovoru.“³¹ Príkladom odmietnutej sťažnosti žiadajúcej o deklarovanie porušenia práva na slobodu

26 Pozri STEUER, Max. The Influence of the ECtHR on Slovak Courts: The Case of Freedom of Expression. In: *Bratislavské právnické fórum 2015*. Bratislava: Právnická fakulta UK, 2015, s. 813–824 a tam uvedené zdroje.

27 HARE, Ivan, op. cit., s. 73.

28 Čl. 17 Dohovoru („Zákaz zneužitia práv“) znie: „Nič v tomto dohovore sa nesmie vykladať ako oprávnenie pre štát, skupinu alebo osobu vykonávať činnosť alebo uskutočniť skutok s cieľom narušiť práva alebo slobody v dohovore zakotvené, alebo na obmedzovanie týchto práv a slobôd vo väčšom rozsahu, než je stanovené v dohovore.“

29 Čl. 10 Dohovoru („Sloboda prejavu“) ods. 2 znie: „Výkon týchto slobôd, pretože zahŕňa povinnosti aj zodpovednosť, môže podliehať takým formalitám, podmienkam, obmedzeniam alebo sankciám, ktoré stanovuje zákon, a ktoré sú nevyhnutné v demokratickej spoločnosti v záujme národnej bezpečnosti, územnej celistvosti alebo verejnej bezpečnosti, na predchádzanie nepokojom alebo zločinosti, ochranu zdravia alebo morálky, ochranu povesti alebo práv iných, zabránenia úniku dôverných informácií alebo zachovania autority a nestrannosti súdnej moci.“

30 Čl. 17 bol použitý napr. v prípade *Norwood v. Spojené kráľovstvo*, 2004, podanie č. 23131/03.

31 VILLIGER, Mark E. Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice. In: CASADEVALL, J. et al. (eds.). *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2012, s. 329.

prejavu na základe čl. 17 je sťažnosť francúzskeho komika, ktorý do svojej relácie pozval známeho popierača holokaustu, a v divadelnej scénke mu udelil cenu za „neobvyklosť a bezočivosť“.³² ESEJ vyhlásil, že nechráni „vystúpenia [ktoré sú prejavom] popieračstva a antisemitizmu“.³³ Podľa Súdu išlo o „prejav nenávisťi“, ktorý nebolo možné vnímať v kontexte zábavného podujatia, ale ako súčasť „politického stretnutia“. Zohľadnené bolo aj to, že komik Dieudonné bol už predtým stíhaný za popieranie holokaustu. Prijatie tejto sťažnosti na meritórne preskúmanie by podľa Súdu znamenalo „príspevok k deštrukcii práv a slobôd [garantovaných] Dohovorom.“³⁴

Akokoľvek odsúdeniahodná je scénka, ktorá bola dôvodom sankcie komikovi vo výške 10 000 € parížskym odvolacím súdom, rozhodnutie s odvolaním sa na čl. 17 Dohovoru okrem iného znamená nevykonanie riadneho testu proporcionality a iba všeobecné odôvodnenie verdiktu s odkazom napríklad na pojem „nenávisťného prejavu“, ktorému chýba legálna definícia, a tak umožňuje rozmanité interpretácie (viď vyššie). Dôveryhodnosti ani vnímanej legitimitate Dohovoru takýto postup, ako sa to javí, nepridáva.

Jednotný prístup ESEJ chýba pri aplikácii čl. 10 ods. 2 Dohovoru. Príkladom sú prípady popierania holokaustu, vojnových zločinov alebo zločinov totalitných režimov. ESEJ vo všeobecnosti (hoci s rôznymi argumentačnými technikami) odmieta sťažnosti proti porušeniu práva na slobodu prejavu zo strany autorov prejavov popierania holokaustu.³⁵ V rozsudku Veľkej komory v prípade *Perinçek v. Švajčiarsko* však rozhodol, že právo na slobodu prejavu bolo porušené rozhodnutím švajčiarskych súdov, ktoré sankcionovali verejné popieranie masových deportácií a masakru Arménov v období Prvej svetovej vojny.³⁶ Jednotný prístup ESEJ chýba aj v prípadoch súvisiacich s verejnou manifestáciou symbolov totalitných režimov.³⁷

32 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention on Human Rights does not protect negationist and anti-Semitic performances* [online]. Strasbourg: 2015 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <http://www.euro-centre.eu/european-convention-on-human-rights-does-not-protect-negationist-and-anti-semitic-performances/>

33 Ibidem, p. 1.

34 Ibidem, p. 3.

35 GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. Penalizing Holocaust Denial: A View from Europe. In: SMALL, Ch. A. (ed.). *Global Antisemitism. A Crisis of Modernity*. New York: ISGAP, 2013, s. 56.

36 *Perinçek v. Švajčiarsko*, 2015, podanie č. 27510/08. Tento prístup možno podrobiť kritike na základe príliš úzkeho vymedzenia *miery voľnej úvahy* národných (v tomto prípade švajčiarskych) súdov. Aj táto kritika však uznáva, že sankcionovanie popierania genocídy vychádza z „hlbokej antiliberálnej skepsy“. Pozri SCHEU, Harald Christian. Zákaz popírání genocídy a svoboda projevu. *Jurisprudence*, 2016, č. 1, s. 11.

37 V prípade *Vajnai v. Maďarsko*, 2008, podanie č. 33629/06 ESEJ rozhodol, že postih politika, ktorý mal na sebe päťcípú hviezdu na demonštrácii v Budapešti, nebol nevyhnutným obmedzením slobody prejavu. Ako však argumentuje GARLICKI, Lech. Symbolic Speech. In: CASADEVALL, J., E. MYJER, M. O'BOYLE, M. a A. AUSTIN. (eds.). *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, s. 339–345; v niektorých prípadoch, ktoré sa týkali napríklad prezentácie náboženských symbolov na verejnosti, rozhodne nenaplnjúcich charakteristiky symbolov totalitných režimov, bol ESEJ podstatne náchylnejší legitímnosti obmedzení.

Pri prejavoch šíriacich nenávisť či intoleranciu voči menšinám sa však EŠLP od práva na slobodu prejavu odkláňa. Za porušenie slobody prejavu napríklad nepovažoval odsúdenie belgického politika, predsedu krajne pravicovej strany, za distribúciu proti-imigrantských letákov vo volebnej kampani³⁸ či sankcionovanie internetového portálu za neodstránenie nenávisťných komentárov pod jednou zo správ.³⁹ Vo väčšine týchto prípadov o verdikte rozhodla tesná väčšina sudcov, čo podporuje predpoklad o rozpoltenosti EŠLP v otázke „nenávisťných“ prejavov. Dôsledkom tejto rozpoltenosti je, že kým pri niektorých prípadoch zohráva pri rozhodnutí kontextuálne hľadisko prejavu dôležitú úlohu (napríklad v spomínanom prípade *Perinçek v. Švajčiarsko* EŠLP zohľadňoval skutočnosť, že názory popierajúce tragické udalosti súvisiace s arménskym obyvateľstvom nemali potenciál vyvolať nenávisť alebo násilie proti Arménom),⁴⁰ pri iných je podstatnejší obsah prejavu (prípád *Féret v. Belgicko*, kde bol posudzovaný najmä obsah samotných letákov bez zohľadnenia skutočností, že tieto prejavy boli tiež vyhodnotené ako bez potenciálu podnecovať násilie domácimi súdmi).⁴¹ Rizikom takéhoto prístupu k regulácii okrem iného oprávnený hnev vyvolaný v tých subjektoch, do ľudskej dôstojnosti ktorých bolo extrémnym prejavom zasiahnuté, v prípade, ak súd v danom prípade k obmedzeniu práva na slobodu prejavu nepristúpi.⁴²

Vo všeobecnosti, v rozhodovaní EŠLP prevláda náhľad na právo ochrancu demokracie v prípadoch súvisiacich s reguláciou extrémnych prejavov. Tento náhľad nie je bezpodmienečný, keďže v niektorých prípadoch sa Súd priklonil k slobode prejavu aj tam, kde by podľa premis militantnej demokracie mal akceptovať jej obmedzenie. Nasledujúca sekcia sa bližšie zameria na uvažovanie o regulácii extrémnych prejavov na Slovensku v kontexte „protiextrémistickej“ novely z roku 2016. Ako ostatná výrazná legislatívna zmena v oblasti ilustrujúcej dilemu medzi dvomi prístupmi k právnej regulácii extrémnych prejavov môže diskusia predchádzajúca prijatiu tejto novely v Národnej rade SR naznačiť, ako rozhodujúci politickí aktéri o tejto dileme uvažujú.

2.2 Prístup slovenských zákonodarcov a súdov

Po parlamentných voľbách v SR v roku 2016 vznikla vládna koalícia zložená z niekoľkých tradičných politických oponentov s jedným z kľúčových deklarovaných cieľov

38 *Féret v. Belgicko*, 2009, podanie č. 15615/07.

39 *Delfi v. Estónsko*, 2015, podanie č. 64569/09.

40 VOORHOOF, Dirk. Criminal conviction for denying the Armenian genocide in breach with freedom of expression, Grand Chamber confirms [online]. *Strasbourg Observers 2015* [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: <http://strasbourgobservers.com/2015/10/19/criminal-conviction-for-denying-the-armenian-genocide-in-breach-with-freedom-of-expression-grand-chamber-confirms/#more-3005>

41 Porov. disent v prípade *Féret v. Belgicko*, 2009, podanie č. 15615/07.

42 Pre viac príkladov rizík vid' HEINZE, Eric. Nineteen arguments for hate speech bans – and against them [online]. *Free Speech Debate*, 2014 [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: <http://freespeechdebate.com/es/debate/nineteen-arguments-for-hate-speech-bans-and-against-them/>

postaviť „hrádzu proti extrémizmu.“⁴⁴³ Novela Trestného zákona a Trestného poriadku týkajúca sa skutkových podstát niektorých trestných činov extrémizmu má predstavovať dôležitý „nášyp“ v tejto „hrádzi“, keďže jej tvorcovia od nej očakávajú efektívnejšiu možnosť postihovania prejavov extrémizmu orgánmi činnými v trestnom konaní. Ako uvádza aj dôvodová správa,⁴⁴⁴ novela okrem iného prináša (1) rezignáciu na vyžadovanie dokazovania úmyslu „podnecovať k nenávisti, násiliu a ďalším nežiaducim javom,“ (2) umožnenie stíhania za skutočné alebo domnelé hanobenie alebo podnecovanie k národnostnej, rasovej a etnickej nenávisti aj z dôvodu „politického presvedčenia“ (§ 423 a § 424) a (3) rozšírenie skutkovej podstaty trestného činu podľa § 421 aj na založenie, nielen podporu alebo propagáciu hnutia smerujúceho k potlačeniu základných práv a slobôd. Najmä druhá z uvedených zmien je založená na viere v právo ako ochrancu demokracie, keď dokonca ani dôvodová správa k nej neuvádza nijaké iné vysvetlenie okrem doplnenia úpravy „pre komplexnosť“.⁴⁴⁵

Preferencia pre militantno-demokratický prístup k regulácii prejavov vyplýva aj zo spôsobu obhajoby novely podpredsedníčkou vlády a ministerkou spravodlivosti v prvom a druhom čítaní k návrhu zákona v Národnej rade SR. V oboch čítaniach ministerka vo svojom úvodnom slove doslovne zopakovala, že je „presvedčená o tom, že demokratický štát musí zabrániť tomu, aby extrémnym využitím práv a slobôd bolo odstránené zriadenie, na ktorom demokracia spočíva.“⁴⁴⁶ V prvom čítaní takémuto prístupu oponoval bývalý minister spravodlivosti Daniel Lipšic, ktorý upozornil na odstránenie konceptu „násilia, hrozby násilia alebo hrozby inej ťažkej ujmy“ navrhovanou novelizáciou z § 421 a § 422 Trestného zákona.⁴⁴⁷ Napríklad, v § 421 novelizovaná úprava umožňuje

43 Bližšie pozri STEUER, Max. The International Helping Hand? The Impact of the Council of Europe on Policies towards ‘Hate Speech’ in Slovakia. *Friedrich Ebert Stiftung* [online]. 2016, s. 9–11 [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: http://fesbp.hu/common/pdf/Hate_Speech_Steuer_20160519.pdf

44 Trestný zákon a Trestný poriadok sa novelizoval v rámci „návrh[ui] zákona o uznávaní a výkone majetkového rozhodnutia vydaného v trestnom konaní v Európskej únii a o zmene a doplnení niektorých zákonov“. Deklarovaným dôvodom takéhoto postupu je nevyhnutnosť novely trestných kódexov z dôvodu plnenia medzinárodných záväzkov SR: „Zároveň v čl. II [novela Trestného zákona, pozn. M.S.] dochádza k oprave nedostatočnej transpozície rámcového rozhodnutia Rady 2008/913/SVV revíziou trestnoprávnej úpravy v oblasti extrémizmu. Súčasne sa implementujú zmeny právnej úpravy trestných činov extrémizmu, ktoré vzišli z intenzívnej spolupráce s Výborom pre predchádzanie a elimináciu rasizmu, xenofóbie, antisemitizmu a ostatných foriem intolericie pri Rade vlády pre ľudské práva, národnostné menšiny a rodovú rovnosť.“ Pozri Dôvodová správa k Vládnemu návrhu zákona o uznávaní a výkone majetkového rozhodnutia vydaného v trestnom konaní v Európskej únii a o zmene a doplnení niektorých zákonov [online]. [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=schodze/rozprava>

45 Ibidem, s. 18.

46 Pozri textový prepis rozpravy zo 7. 9. 2016 a 25. 10. 2016 [online]. [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/Download.aspx?DocID=428816>. Uvedená preferencia bola zopakovaná aj v článku ŽITŇANSKÁ, Lucia: Majú extrémisti právo na extrémizmus? In: *Denník N* [online]. 28. 10. 2016 [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/595241/ucinnejšie-proti-extremizmu/>

47 Textový prepis rozpravy zo 7. 9. 2016 [online]. [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/Download.aspx?DocID=428816>

sankciu, ak subjekt „založí, podporuje alebo propaguje skupinu, hnutie alebo ideológiu, ktorá smeruje k potlačeniu základných práv a slobôd osôb, alebo ktoré hlása rasovú, etnickú, národnostnú alebo náboženskú nenávisť alebo nenávisť voči inej skupine osôb alebo kto propaguje skupinu, hnutie alebo ideológiu, ktorá v minulosti smerovala k potlačeniu základných práv a slobôd osôb.“ Hlásanie nenávisťi aj bez prvku vyzývania k násiliu sa tak stalo jednou z postačujúcich podmienok zásahu orgánov činných v trestnom konaní. Naopak, Lipšicovo stanovisko o hranici násilného konania alebo podnecovania k násiliu ako podmienky pre štátny zásah zodpovedá prístupu práva ako facilitátora slobody v prípade reakcie na extrémne prejavy.⁴⁸

Riziká normatívneho stanoviska v prospech militantnej demokracie sa preukázali už v rozprave k novele zákona. Predstavitelia krajne pravicovej strany Kotleba – Ľudová strana Naše Slovensko ju interpretovali ako nedemokratický zásah štátu do sféry osobnej slobody a neprípustné obmedzenie slobody prejavu. Jeden z najradikálnejších poslancov začal svoju faktickú poznámku súhlasom s predchádzajúcim tvrdením Daniela Lipšica, že „Štát tu nie je na to, aby si uzurpoval právo hovoriť, čo ako bolo, ako sa stalo, alebo čo, alebo čo je alebo nie je pravdou.“⁴⁹ V druhom čítaní títo predstavitelia proti novele predstavili aj klasický argument z teórie slobody prejavu – argument demokracie,⁵⁰ aj keď ťažko možno predpokladať, že by s touto teóriou boli z prvej ruky oboznámení. Ďalší vytvorili domnelú paralelu medzi novelou a represívnymi zločkami v období štátneho socializmu („inkvizičné sudy“), celým politickým režimom (vznikajúci „totalitný štát“) či priestorom pre uplatňovanie práv a slobôd občanok a občanov („Ľudia začínajú mať obavy realizovať svoje ľudské a občianske práva v strachu, či sa tak nedopustia trestného činu“).⁵¹ K poslancom Kotlebovej strany sa pripojili aj niektorí predstavitelia hnutia Borisa Kollára Sme rodina s viacerými krajnými stanoviskami. Poslanec tejto strany Milan Krajniak novelu označil za „najhorší krok k potlačaniu slobody slova od roku 1989“ a sám nazval extrémistom „v obrane slobody prejavu.“⁵² Predstavitelia uvedených dvoch strán prezentovali aj ďalšie názory, niektoré samy hraničiace s podnecovaním k nenávisťi,

48 V čase druhého čítania, kedy zároveň bolo možné predkladať pozmeňujúce a dopĺňujúce návrhy, už Daniel Lipšic nebol poslancom NR SR. Zaujímavé je, že nikto z prítomných poslankyň a poslancov nevyšiel v rozprave a ani s faktickou poznámkou so stanoviskom obdobného typu, aké mal Daniel Lipšic. Ponúkajú sa tri rôzne vysvetlenia: poslankyne a poslanci s obdobným stanoviskom (1) neboli prítomní, (2) nepovažovali predstavenie takéhoto stanoviska za dostatočne dôležité, alebo (3) neexistovali, pretože D. Lipšic bol jediným poslancom preferujúcim prístup práva ako facilitátora slobody pred prístupom práva ako ochrancu demokracie.

49 Textový prepis rozpravy zo 7. 9. 2016, op. cit.

50 Pozri napr. BARENDT, Erik, op. cit. Argument v rozprave predložil Rastislav Schlosár: „Pokiaľ však máme na Slovensku skutočne demokraciu, tak ako sa hovorí, pokiaľ u nás skutočne platí sloboda slova tak, ako ju garantuje Ústava Slovenskej republiky, v tom prípade musíme tolerovať aj také názory, s ktorými osobne nesúhlasíme.“ Textový prepis rozpravy z 25. 10. 2016, op. cit.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

avšak sú to práve tie vyššie uvedené, ktoré majú potenciál rezonovať aj v radoch bežných občanov zaujímajúcich sa o ochranu svojich práv. Ilustratívne je, že voči týmto pripomienkam neboli vznesené nijaké protiargumenty okrem zopakovania všeobecného stanoviska v prospech povinnosti práva (a jeho tvorcov) chrániť demokratický režim pred jeho zvrhnutím. Keďže však niektorí poslanci strán Mariana Kotlebu a Borisa Kollára debatu zarámcovali ako boj za slobodu prejavu, uvedené normatívne stanovisko nemalo veľký potenciál oslovit' tých, ktorí nie sú hlbšie oboznámení s fungovaním demokratických režimov a rozsahom či limitami základných práv, ktoré sú ich podmienkou.

Ak by aj novela neobsahovala ustanovenia prehľbujúce militantnú demokraciu (najmä umožnenie stíhania z dôvodu verejného hanobenia skupiny osôb alebo jednotlivca pre ich „skutočn[é] alebo domnel[é] [...] politické presvedčenie“), je neodôvodnené predpokladať, že by poslanci krajne pravicových strán voči nemu nenamietali. Avšak, prišli by o možnosť namietat' *presvedčivo* v rovine obhajoby klasických argumentov v prospech slobody prejavu. Obhajcovia novely by, naopak, dostali možnosť postaviť sa na stranu slobody prejavu upozornením na to, že jej účelom nie je rozšírenie obmedzenia tohto základného práva (napríklad rezignáciou na požiadavku násilia pri dokazovaní spáchania niektorého z predmetných trestných činov), ale iba špecifikácia existujúcich ustanovení a odstránenie ich nedostatkov (čo v súčasnosti nie je možné tvrdiť o všetkých aspektoch novely). Nemohol by tak vzniknúť rámec diskusie, v ktorom (najmä v druhom čítaní k návrhu zákona) extrémisti „monopolizujú“ obhajobu slobody prejavu na úkor „demokratiiek a demokratov“. Uplatnenie prístupu práva ako facilitátora slobody by poukázalo na silu demokratickej spoločnosti a zároveň jej pripravenosť odolať snahám o jej rozvrátenie bez rezignácie na vlastné konštitutívne hodnoty. V predmetnej parlamentnej diskusii sa tak naplno prejavilo riziko normatívneho príklonu k právu ako ochrancu demokracie, spočívajúce v „otvorení dvier“ kritike o nedemokratickom obmedzovaní slobody prejavu zo strany tých, ktorí ju v nejednom prípade sami zneužívajú na úkor konkrétnych jednotlivcov a skupín v spoločnosti.

Na rozdiel od zákonodarného procesu, v ktorom môžu slobodne zaznieť v podstate akékoľvek stanoviská o optimálnom prístupe k fenoménu extrémnych prejavov, súdy sú formálne viazané aplikáciou platnej a účinnej legislatívy, ktorú musia interpretovať v súlade s Ústavou a medzinárodnoprávnymi záväzkami. Ak legislatíva favorizuje prístup práva ako ochrancu demokracie, súdy majú len malý priestor na interpretáciou tento prístup legitímne zvrátiť v rozhodovaní o konkrétnych prípadoch. Vnímanie práva ako facilitátora slobody totiž *neznamená* možnosť súdov neaplikovať existujúcu legislatívu v prípadoch, v ktorých, napríklad, skutkové okolnosti prípadu zapadajú do rámca existujúcej skutkovej podstaty trestného činu. Napriek tomu nemožno súdom uprieť istý rámec interpretácie, napríklad v rovine sankcií, ktoré za spáchanie niektorého z trestných činov extrémizmu udeľia.

Keďže novelizácia Trestného zákona nadobudla účinnosť 1. januára 2017, v čase písania tohto príspevku nie je možné určiť, či jej vplyvom dôjde k výraznejším zmenám v aplikáčnej praxi. Odhliadnuc od prípadov, ktoré zjavne obsahujú prvok podnecovania k násilii,⁵³ však chýbajú dôkazy v prospech konzistentnosti rozhodovacej praxe slovenských súdov; tá v menšom rozsahu odráža dilemy, ktorým čelí i EŠLP, napr. v prípadoch týkajúcich sa popierania holokaustu⁵⁴ či hanobenia národa, rasy alebo presvedčenia.⁵⁵ Problém však vzniká, keď existujúca právna úprava (preferujúca prístup práva ako ochrancu demokracie) nie je (aj so zohľadnením jej súladu s medzinárodnými a regionálnymi ľudskoprávnymi dohovormi) aplikovaná v súdnej praxi. Skutočnosť, že orgán aplikácie práva preferuje prístup práva ako facilitátora slobody, ho neopravňuje nezohľadniť existujúcu legislatívu. Inak povedané, ak legislatíva preferuje prvky militantnej demokracie, sudy sa jej z veľkej časti nemôžu vyhnúť. Zo slovenskej judikatúry je však známy prípad, kedy sa súd rozhodol garantovať širšiu mieru slobody prejavu, než by to interpretácia presahujúca iba jazykovú rovinu umožnila. Najvyšší súd v tomto prípade⁵⁶ nenašiel pochybenie v rozhodnutí krajského súdu o zastavení trestného stíhania obvineného vo veci letáku vo volebnej kampani, javiaceho sa (aj v porovnaní s letákmi v prípade *Féret v. Belgicko* rozhodovanom EŠLP) ako štandardný príklad „nenávisťného“ prejavu. V prospech tohto rozhodnutia sa objavuje argument, že výraz „Cigán“ vo výroku z letákov strany

53 Takým je medializovaný prípad Slovenky, ktorá páčila korán. V podstatnej časti verejnej diskusie o tomto prípade sa opomenulo, že daná osoba okrem iného hovorila o zámere „loviť“ moslimov, čo zjavne zahŕňa násilný element. Pozri napr. KERN, Miroslav. Zadržali Slovenku, ktorá páčila korán. In: *Denník N* [online]. 17. 02. 2017 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/685409/zadrzali-slovenku-ktora-palila-koran/>. Obdobné prípady sú známe aj z roku 2016, porov. DZURDŽÍKOVÁ, Zuzana. Na Facebooku sa vyhrážal, že ľudom podreže hrdla a zabije deti, už sedí za mrežami. In: *Denník N* [online]. 07. 08. 2016 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/529450/na-facebooku-sa-vyhrazel-ze-ludom-podreze-hrdla-a-zabije-deti-uz-sedi-za-mrezami-v-ilave/>

54 V roku 2016 bol medializovaný prípad krajne pravicového poslanca v súvislosti s výrokmi popierajúcimi holokaust, ktoré šíril na sociálnej sieti. Polícia odmietla jeho trestné stíhanie s argumentom, ktorý jasne preferuje prístup práva ako facilitátora slobody: „Najmä vzhľadom na nepatrnú mieru závažnosti preverovaných výrokov je namieste otázka, či formou boja s konkrétnymi vyššie uvedenými názormi má byť trestný postih, teda právna represia, alebo argumentácia a presvedčovanie.“ Generálny prokurátor však dostal žiadosť od policajného prezidenta rozhodnutie polície preveriť. Viď DUGOVIČ, Matej. Kotlebovho Mazureka predsa budú vyšetrovať za reči o holokauste, zasiahol policajný prezident. In: *Denník N* [online]. 26. 05. 2016 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/471007/kotlebovho-poslanca-mazureka-budu-vysetrovat-za-reci-holokauste/>

55 Z nedávnych prípadov viď VRAŽDA, Daniel. Extrémistu odsúdili za rasistické reči na Facebooku na dvojročnú podmienku. In: *Denník N* [online]. 01. 02. 2017 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/672572/extremistu-odsudili-za-rasisticke-reci-na-facebooku-na-dvojrocnu-podmienku/>. Išlo o niekoľko výrokov hraničiacich s vyzývaním k násilii proti bývalej i súčasnej vláde a ďalšie namierené vyslovene proti rómskej a maďarskej menšine.

56 Uznesenie Najvyššieho súdu SR č. 4 Tdo 49/2012.

ESNS o zámere „odstrániť nespravodlivé zvýhodňovanie nielen cigánskych parazitov“ „je riadne definovaný v spisovnom jazyku [a sám osebe]“ nie je hanlivej povahy.⁵⁷

Tento argument však vzhľadom na v tom čase účinné znenie skutkovej podstaty trestného činu obstojí iba ťažko, pretože celkový kontext výroku navodzuje dojem, že určitá skupina obyvateľov definovaná svojou rasou je nepriateľom občanok a občanov republiky tým, že zneužíva sociálny systém. Legislatíva, ktorá je založená na prístupe práva ako ochrancu demokracie, beztrestnosť takýchto výrokov nepripúšťa. V danom prípade teda súd interpretoval právo ako facilitátora slobody *napriek* existujúcej legislatíve, čím sa vytvára nežiadúci rozpor medzi „právom v knihách“ a „právom v akcii“,⁵⁸ keďže autori takýchto prejavov sa môžu odvolávať na to, že ich výrok prešiel „testom protiprávnosti“, a teda nie je len v súlade s platným právom, ale je aj legitímny v demokratickej spoločnosti.⁵⁹ Pri právnej úprave, ktorá takéto výroky stíhať neumožňuje (pretože neobsahujú výzvu k násiliu) by „testom protiprávnosti“ prejsť nemohli, a preto by boli otvorené verejnej kritike (*counter-speech*) a odsúdeniu.

Zhrnújúco, hoci spoľahnutie sa na schopnosť práva ochrániť demokraciu (aj) zakročením proti extrémnym prejavom v širokom zmysle slova je legitímnym stanoviskom, vyžaduje si podloženie vecnými, presvedčivými argumentmi. Také neboli predstavené v parlamentnej rozprave k „protiextrémistickej novele“ v roku 2016, ktorými sa slovenská legislatíva väčšmi priklonila k takémuto prístupu. Možno vysloviť predpoklad, že riziko monopolizácie obhajoby významu slobody prejavu v demokratickom režime extrémistickými aktérmi je dôsledkom uprednostňovania represívnej zložky trestného práva ako ochrancu demokracie, miesto samotnej slobody prejavu v podobe možnosti vysloviť sa proti názorom, ktoré znevažujú jednotlivcov a skupiny na základe akýchkoľvek

57 MOCHNÁČOVÁ, Mariana. Niekoľko vybraných poznámok k aplikácii postihu trestného činu 'hanobenie národa, rasy a presvedčenia' podľa § 423 trestného zákona ako limitu ústavne zaručenej slobody prejavu. In: MAJERČÁK, Tomáš (ed.). *Sloboda prejavu a jej limity. IV. Ústavné dni*. Košice: Univerzita P.J. Šafárika, 2016, s. 262. Naopak, možno súhlasiť s názorom autorky, že „výklad uvedenej skutkovej podstaty [hanobenie národa, rasy a presvedčenia, pozn.] je nejasný nielen laickej verejnosti, ale často aj orgánom činným v trestnom konaní“ (ibidem).

58 Pozri POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, 1910, č. 44, s. 12–36.

59 Samozrejme, možno uvažovať o tom, že niektoré „knihy“ sú dôležitejšie než iné, inak povedané, ak Ústava SR alebo medzinárodné ľudskoprávne dohovory garantujú širšiu mieru slobody prejavu, všeobecný súd ich uprednostní pred predpismi nižšej právnej sily. Ako to však už sekcia o Dohovore a jeho aplikácii preukázala, túto širšiu mieru ochrany nemožno nájsť v systéme ochrany ľudských práv Rady Európy. S výrazným zovšeobecnením možno obdobný záver vysloviť aj vo vzťahu k systému ochrany ľudských práv v OSN, t.j. k Medzinárodnému paktu o občianskych a politických právach (ICCPR), ktorý podmienky obmedzenia slobody prejavu zakotvuje v čl. 19 ods. 3 a špecificky vo vzťahu k extrémnym prejavom v čl. 20 ods. 2 (pozri aj PARMAR, Sejal. The Rabat Plan of Action: A Critical Turning Point in International Law on “Hate Speech”. In: MOLNÁR, Péter (ed.). *Free Speech and Censorship Around the Globe*. Budapest: CEU Press, 2015, s. 211–231). Ústava SR potom v čl. 26 ods. 4 umožňuje obmedzenia slobody prejavu vo veľmi podobnom znení než čl. 10 ods. 2 Dohovoru (viď MALOVÁ, Darina a Max STEUER. Sloboda prejavu v Slovenskej republike: Analýza vybraných súdnych rozhodnutí. *Právnik*, 2014, roč. 153, č. 4, s. 310–312). Taktiež, v príkladem spomínanom uznesení č. 4 Tdo 49/2012 Najvyšší súd SR ani raz na Ústavu SR alebo na judikatúru Ústavného súdu SR neodkázal.

charakteristik. Toto riziko sa stráca, ak prevahu získa pohľad na právo ako facilitátora slobody, kde „kladivo“ trestného práva udrie iba v prípadoch, kedy prejav podnecuje k potlačeniu tejto slobody formou násilných aktov. Zároveň, ak sa zákonodarca prikloní k militantno-demokratickému prístupu, sudy majú obmedzený priestor na zvrátenie takéhoto rozhodnutia. Ako to však minimálne v jednom významnom prípade ukazuje aj slovenská práva prax, riziko, že sa k takémuto zvratu predsa len odhodlajú, nemožno úplne eliminovať. Oslobodzovací rozsudok tohto druhu následne prináša nežiadúcu legitimizáciu príslušného prejavu v kontexte zákonných mantinelov právneho systému, ku ktorej by nedošlo pri reštriktívnejšej, ale jednoznačnejšej úprave vychádzajúcej z premís práva ako facilitátora slobody. Ak už tento prístup z dôvodu politických alebo normatívnych preferencií zákonodarcov nemožno implementovať, sudy by mali veľmi dôsledne zvažovať, kedy pristúpia k oslobodzovaciemu rozsudku pri prejavoch, z kontextu ktorých vyplýva, že sú namierené voči konkrétnej menšinovej skupine.

Záver

Nie je jednoduché ochrániť demokratický režim tak, aby sa spôsob ochrany nestal zároveň jeho ohrozením. Tento príspevok ukázal, ako konceptualizácia prístupov k regulácii „nenávisťných“ prejavov optikou dichotómie medzi úlohou práva ako ochrancu demokracie a ako facilitátora slobody umožňuje zachytiť túto základnú dilemu, v ktorej prvý prístup možno chápať ako vychádzajúci z premís militantnej demokracie, kým druhý ako zabezpečujúci robustnejšiu ochranu základným právam (v tomto prípade slobody prejavu) aj za cenu rizika, ktoré sa v takejto ochrane skrýva, ak stanoviská v prospech demokracie nezaznejú v spoločnosti zreteľným hlasom. Predstavením normatívnych argumentov v prospech militantnej demokracie a poukázaním na ich nedostatky, analýza vytvorila priestor na zachytenie dominantného prístupu v legislatívnej a súdnej praxi vybraných aktérov. Ako títo aktéri boli zvolení (1) ESELP ako kľúčová inštitúcia na nadnárodnej úrovni a (2) zákonodarcovia a sudy v SR, ktorí sa musia vysporiadať s prítomnosťou krajne pravicovej strany v parlamente po prvý raz v modernej histórii štátu ako aj s častými príkladmi rozširovania extrémnych prejavov prostredníctvom nových komunikačných kanálov.

Hoci v judikatúre ESELP je viacero príkladov regulácie opierajúcej sa o presvedčenie v právo ako optimálneho ochrancu demokracie (osobitne v prípadoch odmietnutia sťažností na porušenie práva na slobodu prejavu odvolaním sa na čl. 17 Dohovoru), nájde sa niekoľko prípadov *a contrario*. Preto je nevyhnutné venovať pozornosť ďalšiemu vývoju štrasburskej judikatúry, čo nie je totožné s vyjadrením súhlasu s ňou.⁶⁰

⁶⁰ Kritiky na adresu ESELP v súvislosti s rozhodovaním v prípadoch „nenávisťných“ prejavov je neúrekom, viď SOTTIAUX, Stefan. ‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence. *European Constitutional Law Review*, 2011, roč. 7, č. 1, s. 40–63. DOI: 10.1017/S1574019611100048; KISKA, Roger a Paul COLEMAN. Freedom of Speech and ‘Hate Speech’—Unravelling the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *International Journal for Religious Freedom*, 2012, roč. 5, č. 1, s. 129–142 a i.

Na rozdiel od ambivalentného prístupu ESEP, legislatíva v SR sa po novele Trestného zákona s účinnosťou od januára 2017 bezpodmienečne priklonila k militantnej demokracii, rozšírením viacerých skutkových podstát trestných činov aj za hranice iba sprehladňujúcich a formulačných zmien. V parlamentnej diskusii sa až na výnimky neobjavila účinná obhajoba prístupu k právu ako facilitátorovi slobody zo strany demokratických politických aktérov. Najhlasnejšie sa tak v prospech obhajoby slobody prejavu ozvali príslušníci nacionalistických a krajne pravicových strán, ktorí popri mnohých *nepodložených tvrdeniach využili* aj niekoľko v demokratickej spoločnosti akceptovateľných argumentov proti príslušnej novelizácii. Tým možno vysloviť predpoklad, že *v radoch časti verejnosti oslabili presvedčivosť* zdôvodnení legislatívnych zmien vzhľadom na existujúce skutkové okolnosti. Ukazuje sa tak, že riziko „revízie rámcovania“ slobody prejavu je inherentne prítomné v prístupe k právu ako ochrancovi demokracie. Súdna moc sa potom musí riadiť účinnou legislatívou a ak bez presvedčivých dôvodov preferuje opačné stanovisko (právo ako facilitátor slobody), prehľbuje riziko nedôslednej aplikácie existujúcich ustanovení s dôsledkom poskytnutia nechceného „zákonného osvedčenia“ pre konkrétne prípady extrémnych prejavov a ich pôvodcov.

Nakoniec, cieľom týchto argumentov nie je spochybniť legitimitu regulácie založenej na predstave práva ako ochrancu demokracie *per se*. Analýza však poukazuje na to, že pri predávkovaní takejto regulácie sa situácia môže obrátiť o stoosemdesiat stupňov v prospech neobmedzenej militantnej demokracie, v ktorej v mene ochrany režimu právna regulácia podkopáva základné princípy, na ktorých tento režim stojí. Naopak, regulácia na základe kontextu prejavu, pozorne skúmajúca, ktorý napadnutý prejav mal potenciál podnecovať násilie, vníma právo ako facilitátora slobody, slobody nájsť ten „najlepší“ názor v otvorenej verejnej diskusii.⁶¹ Táto sloboda, pri ktorej orgány aplikácie práva „strážia“ verejnú diskusiu pred násilím, ale nie pred všetkými extrémnymi názormi, má potenciál stať sa stabilnou a zároveň realistickou ochranou demokratického režimu a šance slobodne vyjadriť vlastný názor pre každého jednotlivca v konfrontácii s inými názormi vo verejnej diskusii. Absencia právnej regulácie prejavov zasahujúcich do ľudskej dôstojnosti, hoci nepodnecujúcich násilie, pritom neznamená, že takéto prejavy majú byť ponechané bez reakcie a povšimnutia; naopak, potrebné je využívať celé spektrum dostupných nástrojov verejnej politiky, ale aj občianskeho aktivizmu, kultúry, umenia a predovšetkým vzdelávania,⁶² aby sa ich výskyt minimalizoval.

61 Porovnaj MILL, John Stuart. *O politickej slobode*. Bratislava: Kalligram, 2001.

62 MOLNÁR, Péter. Responding to ‘Hate Speech’ with Art, Education and the Imminent Danger Test. In: HERZ, Michael a Péter MOLNÁR (eds.), op. cit., s. 183–197.