



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

СУД (СОВЕТ)

СЛУЧАЈ
MÜLLER AND OTHERS v. SWITZERLAND

(Апликација бр.10737/84)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

24 мај 1988

Во случајот Müller and Others*,

Европскиот суд за човекови права, заседавајќи, во согласност со членот 43 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи ("Конвенцијата") и релевантните одредби од Деловникот на Судот, во Совет составен од следните судии:

Mr. R. RYSSDAL, *претседател*,

Mr. J. CREMONA,

Mrs. D. BINDSCHEDLER-ROBERT,

Sir Vincent EVANS,

Mr. R. BERNHARDT,

Mr. A. SPIELMANN,

Mr. J. DE MEYER,

и Mr. M.-A. EISSEN, *архивар*, и Mr. H. PETZOLD, *заменик-архивар*,

Расправајќи на нејавна седница на 27 јануари и 27 и 28 април 1988,

Ја донесе следната пресуда, која беше усвоена на последниот споменат датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше доставен до Судот од страна на Европската комисија за човекови права ("Комисијата") на 12 декември 1986 и од Владата на Швајцарската Конфедерација ("Владата") на 25 февруари 1987, во рокот од три месеци предвиден со член 32 § 1 и член 47 од Конвенцијата. Тој потекна од апликација (бр.10737/84) против

* Забелешка од архиварот: Предметот е нумериран 25/1986/123/174. Вториот број ја означува годината во која предметот билупатен на Судот а првиот број неговото место на листата на предмети упатени таа година; последните две бројки го посочуваат, респективно, редоследот на предметот на листата на предмети и на изворните апликации (до Комисијата) упатени до Судот од неговото формирање.

Швајцарија, поднесена до Комисијата согласно член 25 од девет швајцарски државјани - Mr. Josef Felix Müller, Mr. Charles Descloux, Mr. Michel Gremaud, Mr. Paul Jacquat, Mr. Jean Pythoud, Mrs. Geneviève Renevey, Mr. Michel Ritter, Mr. Jacques Sidler и Mr. Walter Tschopp – и еден канадски државјанин, Mr. Christophe von Imhoff, на 22 јули 1983.

Барањето на Комисијата се повикува на членовите 44 и 48 и на декларацијата со која Швајцарија ја призна задолжителната надлежност на Судот (член 46); жалбата на Владата се повикува на членовите 45, 47 и 48. Предмет на двете апликации е Судот да донесе одлука за тоа дали фактите на случајот содржат повреда од странана тужената држава на нејзините обврски според член 10.

2. Во одговор на барањето поднесено во согласност со Правилото 33 § 3 (г) од Деловникот на Судот, апликантите наведоа дека сакаат да учествуваат во постапката пред Судот и го определија адвокатот којшто ќе ги застапува (Правило 30).

3. Во Советот што требаше да се формира беше вклучена *ex officio* г-ѓа D. Bindschedler-Robert, избраниот судија од швајцарска националност (член 43 од Конвенцијата), и г-дин Mr. R. Ryssdal, претседател на Судот (Правило 21 § 3 (б)). На 3 февруари 1987, во присуство на секретарот, претседателот со ждрепка ги извлече имињатана другите пет члена, имено г-дин J. Cremona, г-дин J. Pinheiro Farinha, Сер Vincent Evans, г-дин R. Bernhardt и г-дин A. Spielmann (член 43 *in fine* од Конвенцијата и Правило 21 § 4). Последователно, г-дин Pinheiro Farinha, кој не можеше да присуствува, беше заменет од г-дин J. De Meyer, заменик-судија (Правила 22 § 1 и 24 § 1).

4. Г-дин Ryssdal, кој ја превземе функцијата претседател на Советот (Правило 21 § 5), ги консултираше – преку заменик-архиварот – Агентот на Владата, делегатот на Комисијата и адвокатот на

апликантите за потребата од писмена постапка (Правило 37 § 1). Во согласност со наредбите издадени последователно, архивата ги прими:

(а) поднесокот на апликантите, напишан на германски јазик со дозвола на претседателот (Правило 27 § 3), на 1 јуни 1987;

(б) поднесокот на Владата, на 30 јули.

Во допис од 12 октомври, секретарот на Комисијата го информира архиварот дека делегатот ќе ги достави поднесоците на расправата.

5. По консултација – преку заменик-архиварот – со агентот на Владата, делегатот на Комисијата и адвокатот на апликантите, на 23 октомври 1987 година претседателот нареди усната постапка да започне на 25 јануари 1988 (Правило 38).

6. На 30 ноември, Судот одлучи да изврши увид во спорните слики од Josef Felix Müller, според предлогот на Владата (Правило 40 § 1). Увидот бил извршен прописно, *in camera*, во присуство на лицата кои се појавија пред Судот, на 25 јануари 1988, пред започнувањето на расправата.

Во меѓувреме, на 2 и 4 декември 1987, архиварот прими голем број на документи за кои тој добил инструкција од претседателот да ги набави од Комисијата. Помеѓу 11 јануари и 8 април 1988, Владата и апликантите доставиле неколку други документи.

7. Се одржа јавна расправа во зградата на Судот за човекови права, Стразбур, на определниот датум. Судот непосредно пред тоа одржа подготвителна средба.

Пред Судот се појавија:

- за Владата

Mr. O. JACOT-GUILLARMOD, раководител на

Одделението за меѓународни работи, Федерално

министерство за правда,

агент,

Mr. P. ZARPELLI, кантонски судија,

Кантон Фрибург,

Mr. B. MÜNGER, Федерално мнистерство за правда, *советник*;
- за Комисијата

Mr. H. VANDENBERGHE, *делегат*;
- за апликантите

Mr. P. RECHSTEINER, адвокат, *советник*.

Судот ги ислуша обраќањата на г-дин Jacot-Guillarmod за Владата,
г-дин Vandenberghe за Комисијата и г-дин Rechsteiner за апликантите,
како и нивните одговори на неговите прашања.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

8. Првиот апликант, Josef Felix Müller, сликар роден во 1955, живее
во St. Gall. Другите девет апликанти се:

(a) Charles Descloux, уметнички критичар, роден во 1939 а живее во
Fribourg;

(б) Michel Gremaud, професор по уметност, роден во 1944 а живее
во Guin, Garmiswil;

(в) Christophe von Imhoff, реставратор на слики, роден во 1939 а
живее во Belfaux;

(г) Paul Jacquat, банкарски службеник, роден во 1940 а живее во
Belfaux;

(д) Jean Pythoud, архитект, роден во 1925 а живее во Fribourg;

(ѓ) Geneviève Renevey, социјален работник, родена во 1946 а живее
во Villars-sur-Glâne;

(е) Michel Ritter, уметник, роден во 1949 а живее во Montagny-la-
Ville;

(ж) Jacques Sidler, фотограф, роден во 1946 а живее во Vuisternens-en-Ogoz;

(з) Walter Tschopp, доцент, роден во 1950 а живее во Fribourg.

9. Josef Felix Müller имал изложувано слики самостојно и со други уметници во многу прилики, особено од 1981, и во приватни галерии и во музеи, во Швајцарија и на други места.

Со помошта на Федералното министерство за култура, учествувал на Биеналето во Сиднеј во Австралија во 1984, како претставник на Швајцарија. Му биле доделени неколку награди и продавал дела на музеи како Kunsthalle во Цирих.

10. Во 1981, деветте последно споменати апликанти организирале изложба на современа уметност во Фрибург во поранешното големо приватно средно училиште, објект што требало да се демолира. Изложбата, насловена како "Fri-Art 81", се одржала како дел од прославата на 500-годишнината од приклучувањето на кантонот Фрибург во Швајцарската Конфедерација. Организаторите поканиле неколку ликовни уметници да земат учество, а не секој од нив му било дозволено да покани друг ликовен уметник по свој избор. Ликовните уметници требало бесплатно да го користат просторот што им бил даден. Нивните дела, што ги создале на лице место од почетокот на август 1981 па натаму, требало да се тргнат по завршувањето на изложбата на 18 октомври 1981.

11. Во временски период од три ноќи Josef Felix Müller, кој бил поканет од еден од другите ликовни уметници, насликал три големи уметнички слики (со димензии 3.11m x 2.24m, 2.97m x 1.98m и 3.74m x 2.20m) насловени како "Drei Nächte, drei Bilder" ("Три ноќи, три слики"). Тие биле изложени кога започнала изложбата на 21 август 1981. Изложбата била рекламирана во печатот и на постери и била отворена за сите, не се наплаќал влез. Каталогот, специјално отпечатен

за прегледот, содржел фотографска репродукција на уметничките слики.

12. На 4 септември 1981, денот на официјалното отворање, главниот јавен обвинител на кантонот Фрибург на поднел пријава до истражниот судија со наводи дека предметните уметнички слики потпаѓаат под одредбите од членот 204 од Кривичниот законик, со кои се забранети блудни публикации и се налага нивно уништување (види став 20 погоре). Обвинителот сметал дека една од трите уметнички слики исто така задирала во слободата на вероисповест и богопоклонение во рамките на значењето на членот 261 од Кривичниот законик.

Според Владата, обвинителот постапил врз основа на информација добиена од човек чијашто ќерка, малолетничка, реагирала жестоко на уметничките слики на изложбата; неколку дена претходно друг посетител на изложбата очигледно фрлил на земја една од сликите, ја изгазил и ја истуткал.

13. Во придружба на свој службеник и неколку полицајци, истражниот судија отишол на изложбата на 4 септември и наредил спорните слики да се отстранат и запленат; десет дена подоцна, издал наредба за одземање. На 30 септември 1981, Советот за обвинителни акти ја отфрлил жалбата против таа одлука.

По распитот на десетте апликанти на 10, 15 и 17 септември и 6 ноември 1981, истражниот судија ги предал за да им се суди во Окружниот кривичен суд во Sarine.

14. На 24 февруари 1982, судот им изрекол на сите парична казна од по 300 швајцарски франци (SF) за објавување на блуден материјал (член 204 § 1 од Кривичниот законик) – а осудите да бидат извршани од кривичната евиденција по една година – но донел ослободителна пресуда за обвинението за задирање во слободата на вероисповест и

богопоклонение (член 261). Тој исто така наредил конфискуваните слики да бидат депонирани за чување во Музејот за историја и уметност на кантонот Фрибург. На расправата на 24 февруари, слушал докази од г-дин Jean-Christophe Ammann, кустосот во Kunsthalle во Basle, во однос на уметничките квалитети на Josef Felix Müller.

Во својата пресуда, судот прво истакнал дека "законот не ја дефинирал блудноста за целите на член 204 КЗ [Кривичен законик] и концептот мора да се појасни преку интерпретирање, имајќи ја предвид намерата и целта на законот како и неговото место во законодавството и во севкупниот правен систем". По упатувањето на судската практика на Федералниот суд за предметот, меѓу другото тој наведе:

"Во сегашниот случај, иако трите дела на г-дин Müller не се сексуално провокативни за лице со обична сензитивност, тие во најмала рака се несомнено одбивни. Севкупниот впечаток е за лица кои даваат слободен простор на развратноста па дури и перверзијата. Темите – хомосексуалност, фелацио, бестијалност, пенис во ерекција – се очигледно морално навредливи за мнозинството од населението. Иако мора да се земат предвид промените во моралното опкружување, па дури и на полошо, она што го имаме тука би било револуција. Отповеќе е коментарот за конфискуваните дела; нивната вулгарност е очигледна и нема потреба од елаборирање.

...

Ниту пак од лице со обична сензитивност може да се очекува да навлезе во она што е скриено зад отсликаното и да даде втора оценка за сликата независно од она што всушност го гледа. За да го направи тоа ќе мора на изложбите да го придружуваат низа сексолози, психолози, теоретичари по уметност или етнологи за да му се објасни дека она што го видел било всушност нешто што погрешно мислел дека го видел.

На крај, споредбите со делата на Микеланџело и Џ.Бош се на око вистинити. Освен фактот дека не содржат прикази како што има на сликите на Müller, не

може да се направи валидна споредба со колекциите на историска уметност или културна уметност каде сексуалноста си има место ..., но без застранување во вулгарност. Дури и да има уметничка цел, вулгарната сексуалност не вреди да се штити Ниту пак се валидни споредбите со цивилизации што се туѓи на западната цивилизација."

На прашањето дали да се нареди уништување на сликите според став 3 од членот 204 (види став 20 подолу), судот рекол:

"Со жалење, судот нема да нареди уништување на трите дела.

Уметничката вредност на трите дела изложени во Фрибург е реално понеочигледна од онаа што може да ја претпостави сведокот Амманн, кој сепак се изјаснил дека сликите што Müller ги изложил во Basle 'поставуваат поголеми барања'. Судот ќе се сложи со тоа. Müller е несомнено талентиран уметник, особено кога станува збор за композицијата и користењето на бојата, иако делата заплени во Fribourg изгледаат некако површно направени.

Сепак, судот, почитувајќи но не и споделувајќи го мислењето на уметничкиот критичар, и сложувајќи се со релевантните наоди на Федералниот суд во пресудата Rey (ATF 89 IV 136 et seq.), завзеде став дека за да се спречи сликите да дојдат до јавноста – да ги 'уништи' – доволно е да ги стваи во музеј, чијшто куратор ќе биде обврзан да бидат видени само од некои сериозни стручњаци чијшто интерес за нив е исклучиво уметнички или културен наспрема порнографскиот интерес. Уметничкиот и историски музеј во кантонот Фрибург ги исполнува условите за спречување на понатамошна повреда на членот 204 од Кривичниот законик. Трите конфискувани слики ќе бидат одложени таму."

15. Сите апликанти поднеле барање за ревизија на 24 февруари 1982; тие особено го оспорувале интерпретирањето на првостепениот суд во однос на блудноста на релевантните уметнички слики. На пример, Josef Felix Müller (во исказите од 16 март 1982) тврдел дека нешто што е блудно имало непосредна тенденција да поттикне сексуална страст, и дека тоа мора да е негово очекување, а со цел да ги задоволи најниските човекови инстинкти или да оствари материјална

корист. Тоа, наводно, никогаш не било случај "тогаш кога основната причина е уметнички или научен обид".

16. Кантонското суд во Фрибург, заседавајќи како касационен суд, ги отфрлил жалбите на 26 април 1982.

Повикувајќи се на судската практика на Федералниот суд, тој потврдил дека "во скорешно минато, па и денес, генералните ставови на јавноста за моралноста и прифатените традиционални општествени обичаи, кои се различни во различни периоди и на различни места, се сменија на начин што овозможува нештата да се видат пообјективно и поприродно". Првостепениот суд морал да ја земе предвид оваа промена, но тоа не значело дека тој морал да демонстрира целосна попустливост, што не би оставило простор за примена на членот 204 од Кривичниот законик.

Што се однесува за уметничките дела, тие самите немаат привилегиран статус. Во најдобар случај може да одбегнат уништување и покрај вулгарноста. Сепак, нивните творци потпаѓаат под основната цел на членот 204, "бидејќи таа законска одредба во целина има за цел заштита на јавниот морал, дури и во сферата на ликовната уметност". Според тоа, судот можеше да се зафати со одлучување по прашањето дали спорните слики се резултат на "уметнички идеи, иако дури и тогаш, интенцијата е една работа а нејзината реализација друга".

Како и првостепениот суд, апелациониот суд нашол дека сликите на Josef Felix Müller предивидуваат "одбивност и гадење":

"Тоа не се дела кои, во третирањето на конкретна тема или сцена, алудираат на сексуална активност подискретно. Тие ја ставаат во прв план, отсликувајќи ја не со преградка на маж и жена туку со вулгарни слики на содомија, фелацио помеѓу мажи, бестијалност, пениси во ерекција и мастурбација. Сексуалната активност е главниот, да не кажеме единствен, составен дел од сите три слики, и ниту образложенијата на жалителите ниту академските но целосно неубедливи

забелешки на сведокот г-дин Амманн може да го изменат тој факт. Ако одиме во детали, колку и да е непријатно, една од сликите дури содржи дури осум лица кои стојат. Сите насликани лица се целосно голи а едено од нив истовремено е вклучено во разни сексуални дејанија со двајца други мажи и животното. Тоа клечи и не само што врши содомија со животното туку и до држи penisот во ерекција во устата на друго животното. Во исто време долниот дел од грбот – дури и неговиот задник – му го гали друг маж, чијшто penis во ерекција го држи трет маж кон устата на првиот маж. Јазикот на животното што е содомизирано е испружен кон задникот на четврт маж, чијшто penis е исто така во ерекција. Дури и јазиците на животните (особено во најмалата слика) повеќе нагвестуваат, по форма и положба, машки органи во ерекција отколку јазици. Сексуалната активност е примитивно и вулгарно претставена како таква а не како резултат на некоја идеја што дава информации за делото. На крај, би требало да се истакне дека сликите се големи ..., со што нивната примитивност и вулгарност е уште поодвратна.

Судот не е убеден со тврдењето на жалителите дека сликите се симболични. Она што е битно е нивната очигледна вредност, нивниот ефект врз набљудувачот, а не некоја апстракција целосно неповрзана со видливата слика или која ја забавува. Понатаму, она што е важно не е намерата или наводната намера на уметникот туку објективниот ефект на сликата врз набљудувачот

Мал дел од аргументот во жалбата е насочен на прашањата за намерата или свесноста за блудноста, ниту пак можел да биде. Авторот е свесен за блудност на нешто што е објавено кога знае дека во него се третираат сексуални прашања и дека секое пишано или сликовито алудирање на такви работи е веројатно, во светлина на општо прифатените ставови, да биде крајно навредливо за природното чувство на пристојност и долично однесување на просечниот читател или набљудувач. Тука станало збор токму за тоа, како што беше потврдено со доказите на судењето. ... Навистина, неколку од обвинителите признаа дека биле шокирани од сликите. Треба да се нотира дека дури и ако некој е неосетлив на блудност може да увиди дека тоа може да вознемири други. Како што истакна првостепениот суд, обвинителите во најмала рака делувале непромислено.

На крај, не е битно што слични дела наводно биле изложувани на други места; трите предметни слики со тоа остануваат блудни, како што првостепениот суд со право оценил ..."

17. На 18 јуни 1982, апликантите поднеле жалба за прогласување на ништовност (Nichtigkeitsbeschwerde) до Федералниот суд. Тие барале пресудата од 26 април да биде отфрлена а предметот да врати со цел нивно ослободување и враќање на одземените слики или, како алтернатива, само враќање на сликите.

Според нив, Кантонскиот суд во Фрибург погрешно го толкувал членот 204 од Кривичниот законик; тој особено не го земал предвид опсегот на слобода на уметничкото изразување, гарантиран *inter alia* во член 10 од Конвенцијата. Г-дин Амманн, еден од најистакнатите стручњаци за современа уметност, потврдил дека се работи за дела со значаение. Дотолку повеќе што слични слики на Josef Felix Müller веќе биле изложени во Basle во февруари 1982 и никој не помислил за нив дека се блудни.

Во однос на "објавувањето" на блудни работи, што е забрането со членот 204 од Кривичниот законик, станува збор за релативен поим. Би требало да е можно на изложба да се прикажат слики кои, ако се изложат на пазар, би биле спротивни на членот 204; лица што се интересираат за уметност би требало да имаат можност да се запознаат со сите трендови во современата уметност. Посетителите на изложба на современа уметност како "Fri-Art 81" би требало да очекуваат да се соочат со современи дела што може да се неразбирливи. Ако не им се допаднале предметните слики, слободно можеле ги одминат; немало потреба од заштита на кривичното право. Не е судот тој што треба да изврши индиректна цензура на уметноста. Врз основа на стриктно толкување на членот 204 - односно, такво кое, имајќи го предвид основното право на слободана уметничко

изразување, им препушта на љубителите на уметноста самите да одлучат што сакаат да видат -, апликантите би требало да абидат ослободени од вина.

Според нив, конфискувањето на спорните слики би можело да се нареди само ако претставуваат таква опасност за јавниот ред што нивното враќање неби билооправдано – а тоа билопрашање што касациониот суд не го разгледал. Бидејќи сликите биле слободно изложени десет денабез да предизвикаат било каков протест, тешко е да се види како се заклучило дека има таква опасност. Josef Felix Müller секако не би изложил свои слики во Фрибург во блиска иднина. Од друга страна, тие би можеле да се изложат без било каква потешкотија на други места, како што се потврдило со неговата изложба во Basle во февруари 1982. Според тоа, било крајно екстремно да биде лишен од нив.

18. Кривичниот касационен оддел при Федералниот суд ја отфрлил жалбата на 26 јануари 1983 со следното образложение:

"Решените предмети покажуваат дека за целите на членот 204 од Кривичниот законик, секој предмет е блуден ако го навредува, на начин што е тешко да се прифати, чувството на сексуално долично однесување; блудноста може да има ефект на сексуално возбудување кај нормален човек или гадење или одбивност ... Тестот на блудност што треба судот да го примени е дали севкупниот впечаток на дело или работа предизвикува морална навреда на лице со обична сензитивност ...

Предметните слики прикажуваат оргија од неприродни сексуални дејанија (содомија, бестијалност, петинг), што е грубо насликана на голем формат; тие може крајно да го навредат чувството на сексуално долично однесување на лица со обична сензитивност. Уметничката слобода на која се потпира жалителот во никој случај не може да го измени тој заклучок во сегашниот случај.

Содржината и опсегот на уставните слободи се утврдени врз основа на федералниот закон што е сега во сила. Тој *inter alia* се однесува на слободата на печатот, слободата на мислење и уметничката слобода; според член 113 [од

Федералниот устав], Федералниот суд е обврзан со федералните закони ... Во сферата на уметничкото творење [тој] утврдил дека уметничките дела per se не уживаат специјален статус ... Меѓутоа, уметничко дело не е блудно ако уметникот земе субјекти од сексуална природа во таква уметничка форма што нивната навредливост е ублажена и не доминира ... Во донесувањето на одлуката кривичниот суд не мора да го гледа делото со очи на уметнички критичар туку мора да одлучи дали делото може да го навреди невиниот посетител.

Од тие причини, стручното мислење за уметничката вредност на делото за кое станува збор е ирелевантно во оваа фаза, иако може да е релевантно за одлуката за тоа кое дејствие да се превземе за да се спречат нови повреди (уништување или заплена на предметот; чл.204 § 3 КЗ ...).

Кантонскиот суд извршил прописна проверка на сликите за претежно естетскиот елемент. Имајќи предвид особено на бројот на сексуални детали во секоја од трите (на пример, една од нив содржи осум лица во исправена положба), тој одлучил дека нагласокот е на сексуалноста во нејзината навредливва форма и дека тоа е предоминантен, ако не и единствен, составен дел на спорните предмети. Касациониот оддел на Федералниот суд се согласува со тоа. Свкупниот впечаток што го створиле сликите на Müller е на морална навреда на лице со нормална чувствителност. Според тоа, наоѓањето на Кантонскиот суд дека се блудни не е спротивно на федералниот закон.

Жалителите тврделе дека го нема елементот на објавување на делата. Не се во право.

Блудните слики биле изложени на изложба отворена за јавноста што била рекламирана на постери и во печатот. Немало услов за влез на 'Fri-Art 81', како на пример старосна граница. Со тоа до спорните слики имал пристап неутврден број на лица, што е критериум за јавност за целите на членот 204 КЗ ..."

На крај, Кривичниот касационен оддел при Федералниот суд утврдил дека алтернативното барање за враќање на сликите е недопуштено бидејќи не било прво поднесено пред кантонските судови.

19. На 20 јануари 1988, Окружниот кривичен суд во Sarine ја одобрил жалбата на Josef Felix Müller од 29 јуни 1987 и наредил сликите да се вратат.

Врз основа на тоа дека било реално побарано преиспитување на налогот за конфискација што го донел во 1982, судот оценил дека мора да одлучи дали налогот може да важи "после речиси осум години". Оттаму, го даде следното образложение за својата одлука:

"Според швајцарското право, конфискацијата е превентивна мерка *in rem*. Тоа е веќе јасно од законскиот текст, каде член 58 е поместен под насловот 'други мерки' – наслов на крајот за членовите 57-62 КЗ – а не под споредните казни пропишани во членовите 51-56 КЗ ...

Конфискацијата на предмети или средства реално може да претставува сериозно вмешување во имотните права. Таа мора да биде пропорционална и според тоа може да е оправдана поблага казна онаму каде што со неа се постигнува саканата цел. Меѓутоа, конфискацијата и понатаму останува како правило. Таа би требало да се избегне само онаму каде што со поблага казна се постигнува саканата цел ... Во овој случај, кога налогот за конфискација е донесен во 1982, според статутарната одредба (член 204 § 3 КЗ) реално сликите ќе требало да бидат уништени. Донесувајќи аргументирана одлука, судот претпочитал поблага мерка која ја остварила целта за безбедност, истовремено придржувајќи се на принципот на пропорционалност Самата мерка би требало да остане на сила сè додека не се задоволат статутарните услови

Точно е дека Законикот не предвидува налогот од член 58 подоцна да биде укинат или преиначен. Законодавството веројатно во тоа време не го адресирало ова прашање, а предвидена е одредба со која други мерки, кои реално биле многу потешки бидејќи ја ограничувале личната слобода, може да се преиспитаат од суд на негов предлог (членови 42-44 КЗ). Тоа не значи дека укинувањето или преиначувањето е целосно противзаконско. Понатаму,

Федералниот суд оцени дека мерка не би требало да остане во сила таму каде што околностите со кои е оправдана престанале да постојат за да

Спорд тоа, мора да се завземе став дека налог за конфискација на уметничко дело подоцна може да се укине или преиначи, или бидејќи конфискуваниот предмет не е повеќе опасен па мерката не е повеќе потребна, или бидејќи неопходниот степен на безбедност може да се оствари со друга поблага мерка (пресуда на Апелациониот суд во Basle-Urban од 19 август 1980, восплучајот Fahrner).

Пресудите што се однесуваат на слободата на изразување и нејзиниот опсег се повикуваат на член 10 §§ 1 и 2 [од Конвенцијата].

Во оваа област, одлуките на органите од Конвенцијата имаат директно влијание врз швајцарскиот правен систем, зацврстувајќи ги индивидуалните слободи и правни заштитни мерки ...

Во овој случај, кога апликантот ја искористил можноста за поднесување на барање за да му бидат вратени сликите, судот мора да разгледа како прво дали основот според кој го издал налогот за конфискација, со кој се ограничила слободата на изразување на J.F. Müller, сè уште е валиден.

Додека рестрикцијата била неопходна во демократското општество во 1982 година и била оправдана со потребата од заштита на моралот и правата на другите, судот смета, со извесно колебање, дека сега налогот може да се укине. Треба да се нотира дека мерката конфискација не била апсолутна туку само со неопределено времетраење, што оставило простор за да побара нејзино преиспитување.

Судот смета дека превентивната мерка сега ја завршила својата функција, имено да осигура сликите да не бидат изложени јавно повторно без било какви мерки на претпазливост. Самите обвинители признале дека сликите може да ги шокираат луѓето. Штом налогот ја исполнил целта, нема причина и понатаму да остане на сила.

Според тоа, уметникот има право на поврат на неговите дела.

Не е неопходно оваа одлука да се доведе во врска со било какви обврски. Ако J.F. Müller одлучил да ги изложи трите слики повторно на друго место, тој знае

дека ќе ризикува судовите да превземат повторно дејствие според член 204 од Кривичниот законик.

На крај, се чини дека со изложувањето на трите провокативни слики вопоранешното средно училиште во 1982, J.F. Müller намерно сакал да го привлече вниманието на себе и на организаторите. Оттогаш тој е познат по дела 'што поставуваат поголеми барања', ако се употребат изразите на уметничкиот критичар кој сведочел во 1982. По стекнувањето на одредена репутација, тој може да смета дека не е потребно да се шокира прибегнувајќи кон вулгарност. Во секој случај, нема причина да се верува дека во иднина тој ќе ги употреби трите слики за да ги навреди моралните чувства на другите луѓе.

..."

На Josef Felix Müller му биле вратени сликите во март 1988.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО

20. Член 204 од Кривичниот законик на Швајцарија предвидува:

"1. Тој којшто прави или поседува текстови, слики, филмови или други прдмети што се блудни со цел да тгува со нив, да ги дистрибуира или изложува јавно, или тој којшто, загорните цели, увезува, транспортира или извезува такви предмети или ги пушта во промет на било кој начин, или кој отворено или тајно тргува со нив или јавно ги дистрибуира или изложува или ги дава за изнајмување, или тој којшто објавува или информира на било кој начин, со цел овозможување на таков забранет промет или трговија, дека некој се занимава со некое од горенаведените казниви дела, или тој којшто објавува или информира како или преку кого таквите предмети може директно или индиректно да се набават, ќе се казни со казна затвор или со парична казна.

2. На тој којшто набавува или изложува такви предмети за лице под 18 години ќе му биде изречена казна затвор или парична казна.

3. Судот ќе нареди предметите да бидат уништени."

Федералниот суд конзистентно наоѓаше дека сите дела или предмети што го навредуваат, на начин што е тешко прифатлив, чувството на сексуално подобно однесување, се блудни; ефектот може

да биде сексуално возбудување на нормално лице или гадење и одвратност (пресуди на швајцарскиот Федерален суд (ATF), том 83 (1957), дел VI, стр.19-25; том 86 (1960), дел IV, стр.19-25; том 87 (1961), дел IV, стр.73-85); достапноста на такви предмети на неопределен број на лица претставува нивно "објавување".

21. Во 1963 година Федералниот суд утврдил дека, за целите на став 3 од член 204, ако блудниот предмет е од несомнен културен интерес, доволно е општата јавност да нема пристап до него за да се "уништи".

Во пресудата од 10 мај 1963 восплучајот *Rey v. Attorney-General of Valais* (ATF vol. 89 (1963), part IV, pp. 133-140), тој *inter alia* утврди "дека, со предвидувањето на уништувањето за задолжително, во законот се мислело само на највообичаениот случај, објавувањето на чисто порнографски предмети". Со оглед дека "уништувањето е мерка спротивна на казнувањето", "тоа не смее да го надмине она што е неопходно за да се постигне саканата цел", односно "заштитата на јавниот морал". Судот понатаму наведе:

"Со други зборови, 'уништувањето', онака како што е превидено со членот 204 § 3 од Кривичниот законик, мора да го штити јавниот морал но да го надмине она што со одредбата е пропишано.

Во наједноставниот случај, оној на порнографски публикации без уметничка, литературна или научна вредност, уништувањето ќе биде физично и неповратно, не само заради непостоењето на било каква културна вредност, туку и бидејќи генерално тоа е единствениот адекватен начин за заштита на јавноста од опасноста од конфискуваните предмети

Сосема друго прашање е кога станува збор, како во сегашниот случај, за ненадоместливо или речиси ненадоместливо уметничко дело. Тогаш постои судир на два спротивставени интереси, и дава важни од аспект на цивилизацијата на која припаѓа Швајцарија: моралниот и културниот интерес. Во таков случај, законите и судовите мора да најдат начин за нивно усогласување. Според тоа, овој суд оцени, применувајќи го член 204, дека

секогаш мора да се има на ум дека самата уметничка креативност подлежи на одредени ограничувања на јавниот морал, но дека сепак мора да има уметничка слобода

Според тоа, судот мора да земе предвид за секој посебен случај од аспект на сите околности дали е неопходно физичкото уништување или пак е доволна поблага мерка. Од тие причини, задолжителниот услов од член 204 § 3 ќе се почитува таму каде судовите ќе наредат дека блуден предмет без било каква културна вредност треба физички да се уништи, а, во поглед на предмет со несомнена културна вредност, каде се превземени ефективни чекори јавноста да нема пристап до него и да биде достапен само за ограничен број на вистински стручњаци

Ако се превземени такви мерки на претпазливост, член 204 од Кривичниот законик нема да се примени на предмети кои се суштински блудни но се со вистинска културна вредност. Мора да се прави разлика и помеѓу таквите предмети и чистата порнографија. Културниот интерес за предмет реално не значи дека тој не е блуден. Но останува на судовите со особена внимателност да утврдат какви чекори мора да се превземат за да спречи општиот пристап до предметот, истовремено дозволувајќи пристап до него на определен број на вистински познавачи на уметноста; тоа ќе биде во согласност со одредбите од член 204 § 3 од Кривичниот законик, според кои, како што се виде, уништувањето е задолжително но само како мерка чиешто ефекти мора да бидат сразмерни на саканата цел"

Овој случај се однесуваше на седум релјефи во слонова коска и триесет отпечатоци на античка јапонска уметност; судот утврди дека условот за нивно "уништување" е исполнет со нивното одлагање во музеј.

22. Пред одлуката на Окружниот кривичен суд во Sarine од 20 јануари 1988 (види став 19 погоре), Апелациониот суд во Basle-Urban веќе имаше укинато налог за конфискација донесен согласно Кривичниот законик. Вопресуда од 29 август 1980, на која упати Окружниот суд, Апелациониот суд одобри барање за враќање на уметничка слика на наследниците на сликарот Kurt Fahrner која била

конфискувана во 1960, откако тој бил осуден за задирање во слободата на вероисповест и богопоклонение (член 261 од Кривичниот законик).

Апелациониот суд меѓу другото оцени дека со оглед дека конфискацијата "секогаш задира во имотните права на односното лице, потребен е степен на ограничување и, восогласност со принципот на пропорционалност, таквата мерка не смее да го пречекори она што е неопходно за да се зачува безбедноста". Судот додаде (превод од германски јазик):

"Овој принцип особено се применува кога (заради својата својственост) предметот што подлежи на конфискација може тешко или воопшто не може да се надомести. Од тие причини, принципот се применува повнимателно на уметничко дело (на пример уметничка слика) отколку на оружје употребено за извршување на кривично дело На крај, имајќи го предвид превентивниот карактер, мерката би требало да остане во сила онолку долго колку што е потребно за да се исполнат законските одредби"

Според тоа, мораше да се завземе став дека "налог со кој се конфискува уметничко дело може подоцна да биде укинат или преиначен, или бидејќи конфискуваниот предмет повеќе не е опасен а мерката повеќе не е потребна, или бидејќи потребниот степен на безбедност може да се постигне со друга поблага мерка".

Во конкретниот случај, Апелациониот суд го даде следното образложение:

"Применувајќи ги денешните критериуми, и двете страни се согласуваат со судот дека идеите на јавноста за блудност, неморал, непристојност, богохулење, итн. значително се сменети во последните дваесет години и станаа видливо полиберални. Иако конфискуваната слика несомнено може да ги навреди верските чувства на голем број на луѓе дури и денес, нема причина да се стравува дека, со нејзиното изложување на приватно или соодветно јавно место, би се загрозила верската хармонија, јавната сигурност, моралот или јавниот ред во рамките на значењето на членот 58 од Кривичниот законик ...

Дали постои опасност првенствено зависи од тоа каде може да заврши предметот на конфискација Во овој случај, изложувањето на сликата во музеј засега би било секако прифатливо во контекст на член 58 од Кривичниот законик. Меѓутоа, дури и ако сликата треба безусловно да е врати, веројатноста од злоупотреба мора да се смета за минимална бидејќи Fahrner, кој смислено испланирал, со провокативна изложба, да го привлече вниманието на себе како сликар и на неговите идеи и дела, сега е починат. Нема причина да се верува дека апликантите имаат било каква намера да ја употребат сликата за да гинавредат верските чувства на другите луѓе. Во секој случај, сликата не би била погодна за таква намена (член 261 од Кривичниот законик) доволно за да се овозможи налогот за конфискација од 1960 да продолжи Било каква опасност од таков вид што произлегува од сликата повеќе не е доволно сериозна за да се оправда дејствие според членот 58 од Кривичниот законик. Ниту пак постои причина сликата да се предаде на научна збирка, т.е. музеј, за да се заштити јавноста и моралот. Налогот за конфискација би требало да се укине а сликата безусловно да им се врати на апликантите, со што главното барање ќе им се одобри."

ПОСТАПКАТА ПРЕД КОМИСИЈАТА

23. Апликантите поднеле жалба до Комисијата на 22 јули 1983 (апликација бр.10737/84). Повикувајќи се на членот 10 од Конвенцијата, тие се жалеле на кривичната осуда против нив и паричната казна (во понатамошниот текст "осудата") и на конфискувањето на спорните слики.

24. Комисијата ја прогласила апликацијата за допуштена на 6 декември 1985.

Во својот извештај од 8 октомври 1986 (изработен според член 31), таа завзеде став дека имало повреда на членот 10 во поглед на конфискацијата на сликите (соединаесет гласа спрема три) но не и во поглед на на осудата (едногласно). Текстот на мислењето на

Комисијата и издвоеното мислење во овој извештај се дадени во анексот на оваа пресуда.

ЗАВРШНИТЕ НАВОДИ ДО СУДОТ

25. На расправата на 25 јануари 1988, Владата ги повтори своите завршни наводи од поднесокот, барајќи од Судот

"да утврди дека во овој случај нема повреда на членот 10 од Конвенцијата, ниту во однос на осудата на апликантите и изрекувањето на паричната казна ниту пак во однос на конфискацијата на сликите на првиот апликант".

ПРАВО

26. Апликантите укажале дека нивната осуда и конфискацијата на предметните слики претставува повреда на членот 10 од Конвенцијата, кој предвидува:

"1. Секој има право на слобода на изразување. Ова право опфаќа слобода на мислење и слобода за примање и пренесување на информации и идеи без мешање од страна на јавните власти и независно од границите. Овој член не ги спречува државите да доделуваат лиценци на претпријатијата за радиодифузија, телевизиски пренос и кината..

2. Остварувањето на овие слободи, со оглед на тоа што со себе носи обврски и одговорности, може да биде подложено на такви формалности, услови, ограничувања или казни кои се пропишани со закон и се неопходни во едно демократско општество, во интерес на националната безбедност, територијалниот интегритет или јавната сигурност, за заштита од немири или кривично дело, на здравјето или моралот, угледот или правата на другите, за заштита од откривање на доверливи информации или за одржување на авторитетот и непристрасноста на правосудството.“

Владата го одби ова тврдење. Комисијата исто така го одби во поглед на првата од обжалените мерки, но го прифати во поглед на втората мерка.

27. Апликантите неспорно го оствариле своето право на слобода на изразување – првиот апликант со сликање и потоа изложување на предметните дела, а другите девет давајќи му можност да ги прикаже јавно на изложбата "Fri-Art 81" што тие ја организирале.

Реално, членот 10 не наведува поблиску дека слободата на уметничко изразување, што е тука предмет, има одредени граници; но, од друга страна, тој исто така не прави разлика помеѓу различните форми на изразување. Како што сите коишто се појавија пред Судот признаа, се работи за слобода на уметничко изразување – особено слобода да се примаат и пренесуваат информации и идеи – што овозможува учество во јавна размена на секакви културни, политички и социјални информации и идеи. Потврда, ако е потребна, дека оваа интерпретација е исправна е втората сентенца во став 1 од член 10, каде се упатува на "радиодифузија, телевизиски пренос и кина", медиуми чии активности досегаат до полето на уметноста. Потврда дека концептот на слобода на изразување го вклучува уметничкото изразување може да се најде и во членот 19 §2 од Меѓународниот договор за цивилни и политички права, каде конкретно е поместено правото на слобода на изразување на информации и идеи "во уметничка форма".

28. Јасно е дека имало "вмешување од јавен орган" против апликантите во остварувањето на нивната слобода на изразување - прво, со осудата од страна на Окружниот кривичен суд во Sarine од 24 февруари 1982, која била потврдена од Кантонскиот суд во Фрибург на 26 април 1982 а потоа од Федералниот суд на 26 јануари 1983 (види ставови 14, 16 и 18 погоре), и второ со конфискацијата на сликите, која

била наложена истото тоа време но потоа била укината (види став 19 погоре).

Мерки, кои претставуваат "казни" или "рестрикции", не се спротивни на Конвенцијата само заради фактот дека се вмешување во слободата на изразување, бидејќи остварувањето на ова право може да се ограничи под условите предвидени во став 2 (чл.10-2). Според тоа, двете обжалени мерки не се повреда на член 10 ако се "пропишани со закон", имаат една или повеќе легитимни цели според ставот 2 од истиот член и се "неопходни во демократското општество" за да се постигнат саканите цели.

Како и Комисијата, Судот ќе ја разгледа осудата на апликантите и конфискацијата на сликите од оваа гледна точка.

I. ОСУДАТА НА АПЛИКАНТИТЕ

1. *"Пропишано со закон"*

29. Според апликантите, одредбите од членот 204 § 1 од швајцарскиот Кривичен законик, особено зборот "блуден", биле премногу неодредени за да му овозможат не поединецот да го прилагоди своето поведење и како резултат на тоа ниту уметникот ниту организаторите на изложбата не можеле да предвидат дека ќе сторат кривично дело. Владата и Комисијата не се согласија со ова мислење.

Спорд судската практика на Судот, "предвидливоста" е еден од условите што е вграден во изразот "пропишан со закон" во членот 10 § 2 од Конвенцијата. Една норма не може да се смета за "закон" освен ако не е формулирана доволно прецизно за да му овозможи на граѓанинот – ако е потребно, со соодветен совет – да ги предвиди, до степен што е разумен во дадените околности, последиците од одредена постапка (види пресуда Olsson од 24 март 1988, серија А

бр.130, стр.30, § 61 (а)). Меѓутоа, Судот веќе ја нагласи невозможноста од постигнување на апсолутна прецизност во формулирањето на законите, особено во области каде ситуацијата се менува според провладувачките ставови на општеството (види пресуда *Barthold* од 25 март 1985, серија А бр.90, стр.22, § 47). Потребата од избегнување на претерана нефлексибилност и одржување на чекор со променливите околности значи дека многу закони се неизбежно изразени со термини кои, во поголема или помала мера, се неодредени (за пример, види пресуда *Olsson*, претходно цитирана, *ibid.*). Одредбите од кривичното право за блудност спаѓаат во оваа категорија.

Во сегашниот случај, релевантно е да се нотира и дека имало голем број на конзистентни одлуки на Федералниот суд за "објавување" на "блудни" работи (види став 20 погоре). Овие одлуки, кои биле достапни бидејќи биле објавени и кои ги следеле пониските судови, го надополнувале текстот на членот 204 § 1 од Кривичниот законик. Од тие причини, осудата на апликантите била "пропишана со закон" во рамките на значењето на членот 10 § 2 од Конвенцијата.

2. Легитимноста на саканата цел

30. Владата тврдеше дека целта на обжаленото вмешување била да се заштити моралот и правата на другите. Околу втората поента, таа се потпрела пред се на реакцијата на човек и неговата ќерка кои ја посетиле изложбата "Fri-Art 81" (види став 12 погоре).

Судот се согласува дека членот 204 од швајцарскиот Кривичен законик има за цел заштита на јавниот морал, па не постои причина да претпостави дека во неговата примена во сегашниот случај швајцарските судови имале било какви други цели што ќе биле некомпатибилни со Конвенцијата. Покрај тоа, како што истакна

Комисијата, постои природна поврзаност помеѓу заштитата на моралот и заштитата на правата на другите.

Според тоа, осудата на апликантите имала легитимна цел според членот 10 § 2.

3. "Неопходно во демократското општество"

31. Наводите на лицата кои се појавија пред Судот се фокусираа на прашањето дали оспореното вмешување било "неопходно во едно демократско општество" за остварување на погореспоменатата цел.

Според апликантите, слободата на уметничко изразување била од такво суштинско значење што забраната на дело или осудата на уметникот за кривично дело задира во самата суштина на правото загарантирано со членот 10 и имало штетни последици за демократското општество. Без сомнение забранетите слики изразувале сексуалност што е спротивна на општествениот морал што актуелно преовладува, но, според тврдењето на апликантите, нивното симболично значење морало да се земе во предвид, бидејќи се работело за уметнички дела. Слободата на уметничко изразување не би имала суштина ако сликите како тие на Josef Felix Müller не би можеле да се покажат на лица кои се интересираат за уметноста како дел од изложба на експериментална современа уметност.

Според наводите на Владата, од друга страна, вмешувањето било неопходно, имајќи го особено во предвид предметот на сликите и конкретните околности во кои истите биле изложени.

Од слични причини и без оглед на било каква оценка за уметничката или симболичната вредност, Комисијата оцени дека швајцарските судови можеле разбирливо да утврдат дека сликите се блудни и имале право да најдат дека апликантите се виновни за кривично дело според член 204 од Кривичниот законик.

32. Судот постојано оценуваше дека во членот 10 § 2 придавката "неопходен" имплицира постоење на "итна општествена потреба" (види, како орган од поново време, пресуда Lingens од 8 јули 1986, серија А бр.103, стр.25, § 39). Договорните држави имаат одредена маргина на уважување при оценувањето дали постои таква потреба, но тоа оди рака под рака со европска супервизија, што го опфаќа и законодавството и одлуките со кои се применува истото, дури и оние донесени од независен суд (ibid.). Од тие причини, Судот има овластување да донесе конечна одлука за тоа дали "рестрикција" или "казна" е во согласност со слободата на изразување, онака како што е гарантирана со членот 10 (ibid.).

Во извршувањето на својата супервизорска надлежност, Судот не може да се ограничи на изолирано разгледување на оспорените судски одлуки; тој мора да ги разгледа во светлина на случајот како целина, вклучувајќи ги предметните слики и контекстот во кој биле изложени. Судот мора да утврди дали предметното вмешување било "пропорционално на саканата легитимна цел" и дали причините на кои се повикале швајцарските судови за да го оправдаат се "релевантни и доволни" (види иста пресуда, стр.26, § 40).

33. Во таа смисла, Судот мора да повтори дека слободата на изразување, онака како што е загарантирана во став 1 од член 10, претставува еден од основните фундаменти на демократското општество и еден од основните услови за неговиот напредок и за себеисполнувањето на секој поединец. Според ставот 2 (чл.10-2), таа се однесува не само на „информациите“ или „идеите“ кои се позитивно примени, или кои се сметаат за ненавредливи или кои се прашање на индиферентност, туку и на оние што се навредливи, што шокираат или ја вознемируваат државата или дел од нејзиното население. Такви се барањата на плурализмот, толеранцијата и широкоумноста без коишто

нема „демократско општество“ (види пресуда Handyside од 7 декември 1976, серија А бр.24, стр.23, § 49). Оние коишто создаваат, изведуваат, дистрибуираат или изложуваат уметнички дела придонесуваат на размената на идеи и мислења што е од суштинско значење за демократското општество. Отаму и обврската на државата да не се вмешува неправедно во нивната слобода на изразување.

34. Уметниците и оние кои ја промовираат нивната работа секако не се имуни од можноста од ограничувања, онака како што се предвидени во став 2 од членот 10. Секој кој го остварува своето право на изразување превзема, во согласност со изричитите одредби од тој став, "должности и одговорности"; нивниот делокруг ќе зависи од неговата ситуација и средствата што ќе ги употреби (види, *mutatis mutandis*, пресуда Handyside претходно цитирана, стр.23, §49). При оценувањето дали казната била "неопходна во демократското општество", Судот неможе да го превиди овој аспект од прашањето.

35. Осудата на апликантите врз основа на членот 204 од швајцарскиот Кривичен законик имала за цел заштита на моралот. Денес, како и во времето на пресудата Handyside (претходно цитирана, стр.22, § 48), не е можно во правните и општествени системи на договорните држави да се најде униформен европски концепт за моралот. Ставот завземен за одредбите за моралот варира зависно од времето и местото, особено во нашата ера, што се карактеризира со далекусежно еволуирање на мислењата за прашањето. Со оглед на директниот и контуиран допир со виталните сили на своите земји, државните органи во принцип се во подобра позиција од меѓународниот судија да дадат мислење за точната содржина на овие одредби како и за "неопходноста" на "рестрикција" или "казната" чијашто цел е нивно задоволување.

36. Во сегашниот случај, мора да се нагласи дека – како што најдоа швајцарските судови и на првостепено кантонско ниво и на апелационо и федерално ниво – предметните слики грубо отсликуваат сексуални односи, особено помеѓу мажи и животни (види ставови 14, 16 и 18 погоре). Тие биле насликани на лице место – во согласност со целите на изложбата, која требало да биде спонтана – а јавноста имала слободен пристап до нив, бидејќи организаторите не утврдиле ниту надоместок за влез ниту пак старосна граница. Сликите биле изложени на изложба која без рестрикции била отворена за – и се сакало да ја привлече – пошироката јавност.

Судот признава, како и швајцарските судови, дека концептите за сексуална моралност се изменети во поново време. Сепак, по инспекцијата на оригиналните слики, Судот го смета за разумен ставот завземен од швајцарските судови дека сликите, со својот нагласок на сексуалноста во една од нејзините најсурови форми, "може крајно да го навредат чувството на сексуално подобно однесување на лица со нормална сензитивност" (види став 18 погоре). Во таквите околности, имајќи ја предвид маргината на уважување што им е оставена ним според членот 10 §2, швајцарските судови имале право да оценат дека е "неопходно" заради заштита на моралот да изречат парична казна против апликантите за објавувањето на блуден материјал.

Апликантите тврдеа дека изложувањето на сликите не предизвикало никаква јавна реакција и дека печатот во целина бил на нивна страна. Може и да е точно дека Josef Felix Müller можел да изложува слични дела водруги делови на Швајцарија и во странство, и пред и по изложбата "Fri-Art 81" (види став 9 погоре). Меѓутоа, тоа не значи дека осудата на апликантите во Фрајбург, во сите околности на случајот, не била одговор на вистинска општествена потреба, како што било

потврдено во суштина од сите три швајцарски судови кои постапувале по предметот.

37. Да заклучиме, оспорената мерка не претставува повреда на членот 10 од Конвенцијата.

II. КОНФИСКАЦИЈАТА НА СЛИКИТЕ

1. *"Пропишано со закон"*

38. Според наводите на апликантите, конфискацијата на сликите не била "пропишана со закон" бидејќи била спротивна на јасните и недвојбени одредби од членот 204 § 3 од швајцарскиот Кривичен законик, каде е предвидено задолжително уништување на предметите за кои се смета дека се блудни.

Владата и Комисијата со право се повикаа на развојот на швајцарската судска практика во поглед на оваа одредба, почнувајќи со пресудата на Федералниот суд од 10 мај 1963 во случајот *Reu*; оттогаш, во ситуации кога блуден предмет е од културен интерес и е тешко или невозможно да се надомести, како што е слика, доволно е, за да се исполнат условите од член 204 § 3 од Кривичниот законик, да се превземат такви мерки какви што судот смета дека е неопходно за да спречи пристапот на јавноста воопшто (види став 21 погоре). Во 1982, конфискацијата била предвидена како мерка според релевантната судска практика и како правило била применувана за оваа цел. Пристапна до јавноста и почитувана од пониските судови, оваа судска практика ја ублажила суровоста на член 204 § 3. Според тоа, оспорената мерка била "пропишана со закон" во рамките на значењето на членот 10 § 2 од Конвенцијата.

2. Легитимноста на саканата цел

39. Конфискацијата на сликите – лицата кои се појавија пред Судот се согласија со ова мислење – имала за цел да го заштити јавниот морал спречувајќи билокакво повторување на кривичното дело за кое биле обвинети апликантите. Според тоа, таа имала легитимна цел според член 10 § 2.

3. "Неопходна во демократското општество"

40. И тука оние кои се појавија пред Судот ги концентрираа своите наводи на "неопходноста" на вмешувањето.

Апликантите сметаа дека конфискацијата е диспропорционална во однос на саканата цел. Според нив, релевантните судови можеле да одберат помалку драконска мерка или, во интерес на заштитата на човековите права, можеле да одлучат воопшто да не превземат дејствие. Тие тврдеа дека со конфискацијата на сликите органите во Фрибург реално го наметнале нивниот став за моралот врз земјата во целина и дека тоа било неприфатливо, контрадикторно и спротивно на Конвенцијата, имајќи ја предвид добро познатата разноликост на мислења за прашањето.

Владата ги одбила овие тврдења, со непревземањето на драстичната мерка на уништување на сликите, швајцарските судови го превземале минималното потребно дејствие. Укинувањето на налогот за конфискација на 20 јануари 1988, што првиот апликант можел да го побара порано, јасно покажало дека конфискацијата не го прекршила принципот на пропорционалност; тоа, всушност, претставувало негова примена.

Комисијата оцени дека конфискацијата на сликите е диспропорционална на саканата легитимна цел. Според неа, судските органи немале овластување да ги одмерат предметните спротивставени

интереси и да наложат мерки помалку строги мерки од конфискација на неограничено време.

41. Јасно е дека и покрај очигледно строгите одредби од став 3 од членот 204 од Кривичниот законик, судската практика на Федералниот суд дозволувала судот кој оценил дека одредени предмети се блудни да наложи нивна конфискација како алтернатива на уништувањето. Во сегашниот случај, треба да се разгледа првата мерка од аспект на членот 10 § 2 од Конвенцијата.

42. Правниот принцип што е заеднички за договорните држави дозволува конфискација на "предмети чиешто користење е законски оценето како недозволено и опасно за општиот интерес" (види, *mutatis mutandis*, пресуда *Handyside* цитирана погоре, серија А бр.24, стр.30, § 63). Во сегашниот случај, целта била да се заштити јавноста од повторување на кривичното дело.

43. Осудата на апликантите била одговор на вистинска општествена потреба според членот 10 § 2 од Конвенцијата (види став 36 погоре). Според Судот истите причини што ја оправдале таа мерка се однесуваат и на налогот за конфискација издаден во исто време.

Несомнено, како што апликантите и Комисијата со право нагласија, се јавува посебен проблем, како во сегашниот случај, кога конфискуваниот предмет е оригинална слика: заради превземената мерка, уметникот повеќе не може да користи своето дело на начин на кој тој ќе посака. Така, *Josef Felix Müller* ја загубил можноста да ги изложи сликите на места за кои се смета дека барањата за заштита на моралот се понеригорозни отколку во Фрибург.

Меѓутоа, мора да се истакне дека според судската практика уште од случајот *Fahrner* во 1980 а која подоцна била применета на сегашниот случај (види ставови 19 и 22 погоре), сопственикот на конфискувано дело може да поднесе барање до релевантниот кантонски суд за

укинување или преиначување на налогот за конфискација ако предметот за кој станува збор повеќе не претставува опасност или ако некоја друга, поблага, мерка би била доволна да се заштитат интересите на јавниот морал. Во одлуката од 20 јануари 1988, Окружниот кривичен суд во Sarine навел дека првичната конфискација "не била апсолутна туку само со неопределено времетраење, што оставало простор за поднесување на барање за преиспитување" (види став 19 погоре). Тој го прифатил барањето на г-дина Müller бидејќи "превентивната мерка ја исполнила својата функција, имено да осигура таквите слики да не бидат изложени јавно повторно без некои мерки на претпазливост" (ibid.).

Секако, првиот апликант бил лишен од своите дела речиси осум години, но ништо не го спречувало да поднесе барање порано за да му бидат вратени сликите; релевантната судска практика на Апелациониот суд во Basle е јавна и достапна, и, уште повеќе, самиот владин агент обрна внимание на тоа во текот на расправата пред Комисијата на 6 декември 1985; пред Судот нема докзи што ќе потврдат дека барањето немало да успее.

Со оглед на тоа, и имајќи ја предвид нејзината маргина на уважување, швајцарските судови имале право да оценат дека конфискацијата на предметните слики е "неопходна" заради заштита на моралот.

44. Да заклучиме, оспорената мерка не го повредила членот 10 од Конвенцијата.

ОД ТИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. Утврди со шест гласа наспрема еден дека осудата на апликантите не претставува повреда на членот 10 од Конвенцијата;

2. Утврди со пет гласа наспрема два дека конфискацијата на сликите не претставува повреда на членот 10 од Конвенцијата.

Составено на англиски и на француски јазик, и изнесено на јавна расправа во зградата на Судот за човекови права, Стразбур, на 24 мај 1988.

Rolv RYSSDAL

Претседател

Marc-André EISSEN

Архивар

Во согласност со член 51 § 2 од Конвенцијата и Правилото 52 § 2 од Деловникот на Судот, во анекс на оваа пресуда се наоѓаат следните издвоени мислења:

(а) несогласно мислење на г-дин Шпилман;

(б) делумно согласно и делумно несогласно мислење на г-дин Де Мејер.

R.R.

M.-A.E.

НЕСОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈАТА ШПИЛМАН

(Превод)

1. Во своето издвоено мислење, г-дин Н. Danelius од Комисијата меѓу другото го наведе следното:

"Според мене, Комисијата требаше да праша дали, земени заедно, двете мерки" [парична казна и конфискација] "претставуваат повреда на неговото право на слобода на изразување, онака како што е загарантирано со членот 10 од Конвенцијата, а мојот одговор ќе беше дека се."

2. Можам само да се согласам со овој пристап кон прашањето, исто какао што целосно се согласувам со г-дин Danelius кога наведува:

"Сметам дека паричната казна на г-дин Müller и паричните казни изречени против другите апликанти заради изложувањето на трите слики во Фрибург се посложена работа бидејќи се покрева прашање дали има некаква реална потреба, во современото општество, да се казни такво изразување на уметничка креативност, иако некои може да сметаат дека сликите се навредливи, па дури и одвратни."

3. Меѓутоа, не се согласувам со следниот заклучок до кој дојде г-дин Danelius:

"На крај сепак гласав како и останатите од Комисијата за ова прашање, сакајќи да се придржувам на судската практика на Европскиот суд, особено Handyside. Таму Судот истакна дека 'не е можно во домашното право на различните договорни држави да се најде униформен европски концепт за моралот' и дека одредбите за моралот варираат 'зависно од времето и од местото, особено во нашата ера која се карактеризира со брза далекусежна еволуција на мислења за темата'. Судот додаде дека 'со оглед на директниот и континуиран контакт со виталните сили на своите земји, државните власти во принцип се во подобра позиција од меѓународниот судија да дадат мислење за точната содржина на овие одредби'."

4. Од чисто логички аспект за мене е многу тешко да прифатам дека изречените парични казни произлегуваат од условите од член 10

од Конвенцијата и, од друга страна, да се согласам со Комисијата дека конфискацијата на сликите не била во согласност со одредбите од истиот член.

5. Сметам дека двете прашања не се разликуваат. Или имало повреда на Конвенцијата и во поглед на паричните казни и во поглед на конфискацијата, или воопшто немало повреда.

6. Мој став е дека имало повреда на членот 10 од Конвенцијата. Ќе го образложам овој став без да правам било каква разлика помеѓу изречените парични казни и наложената конфискација.

7. А. Пропишано со закон

Сосема се согласувам со наоѓањето на мнозинството од Судот дека осудите и налогот за конфискација биле пропишани со закон.

8. Б. Легитимната природа на целта

Немам никаква причина да се сомневам дека овие одлуки имале легитимна цел според членот 10 § 2 од Конвенцијата.

9. В. "Неопходно во демократското општество"

Мнозинството од Судот потврдува "дека концептите за сексуална моралност се изменети во поново време. Сепак, по инспекцијата на оригиналните слики, Судот го смета за разумен ставот завземен од швајцарските судови дека сликите, со својот нагласок на сексуалноста во една од нејзините најсурови форми, "може крајно да го навредат чувството на сексуално подобно однесување на лица со нормална сензитивност". Понатаму, се работело за „изложба која без рестрикции била отворена за – и се сакало да ја привлече – пошироката јавност“. Во таквите околности, имајќи ја предвид маргината на уважување што им е оставена ним според членот 10 §2, [швајцарските судови] имале право да оценат дека е "неопходно" заради заштита на моралот да изречат парична казна против апликантите за објавувањето на блуден материјал."

Што се однесува до конфискацијата на спорните слики, мнозинството од Судот исто така смета дека "имајќи ја предвид маргината на уважување, швајцарските судови имале право да оценат дека е "неопходно" заради заштита на моралот предметните слики да бидат конфискувани."

10. Не можам да се согласам со ова мислење од следните причини.

(а) Релативноста на поимот "блудност"

Има бројни примери во печатот, литературата и сликарството што би требало да нè научат да бидеме повнимателни во оваа област. Слободата на изразување е правило а вмешувањата од државата, прописно оправдани, мора да останат исклучок.

На пример, во 1857, Флобер бил гонет заради неговиот последен роман "Госпоѓа Бовари".

Истата година, поточно на 20 август 1857, Шарл Бодлер и неговите издавачи биле повикани пред истиот Регионален кривичен суд во Seine. Предметот на постапката: "Les Fleurs du Mal".

Во контекст на овој случај, не е неприкладно да се повикам на овој процес (види додаток).

Според мене, договорните држави би требало да водат повеќе сметка за поимот на релативитет на вредностите во областа на изразувањето на идеи.

Ако, поради нужност, може да ги сметаме државните власти во принцип во подобра позиција од меѓународниот суд за да дадат мислење за точната содржина на одредбите од членот 10 од Конвенцијата, останува неприфатливо во Европа составена од држави односната држава да препушти таква оценка на кантон или на локален орган.

Доколку е тоа случај, би било очигледно невозможно за меѓународен суд да најде повреда на членот 10 бидејќи вториот став од тој член секогаш би се применувал.

(б) "Маргина на уважување" на националните власти

Не е потребно да ја повторам судската практика на Судот во тој поглед.

Меѓутоа, сметам дека постојат лимити за овој концепт.

Инаку, постои опасност многу од гаранциите предвидени во Конвенцијата да станат само мртва буква на хартија, барем во практиката.

Покрај тоа, не може ли да се дебатира дека секое претерување може на краток рок или среден рок да го изгуби своето значење?

Како што ќе биде наведено подолу, јас не верувам дека поимот на "маргина на уважување" ги оправдал одлуките донесени од швајцарските власти бидејќи тие мерки во никој поглед не биле неопходни во демократското општество.

(в) Критериумот на "неопходност"

Во заклучокот дека донесените одлуки во никој случај не биле неопходни во демократското општество, би се потпрел на следните два аргументи:

1. Иако апликантите биле осудени во кривичната постапка, швајцарските власти не наредиле уништување на спорните слики, и покрај формалната одредба во кривичниот законик.

2. Иако наложиле конфискација на спорните слики, властите се согласиле во 1988 да ги вратат овие предмети.

Со други зборови, може ли сериозно да се аргументира дека она што било "неопходно" во 1987 повеќе не е во 1988, или, она што повеќе не е "неопходно" во 1988, било неопходно во 1982?

Јас не го сфаќам ова расудување.

11. Во овие околности, заклучувам дека имало повреда на членот 10 од Конвенцијата и во поглед на изречените парични казни и во поглед на конфискуваните – иако вратени – слики.

ДОДАТОК

Случај "Бодлер": "Les Fleurs du Mal"

На 20 август 1857, 6. Кривичен совет на Регионалниот суд во Seine ја донел следната пресуда:

"Регионалниот суд,

на Baudelaire, Poulet-Malassis и de Broisse кои го прекршиле јавниот морал, им изрекува парична казна и тоа од 300 франци на Baudelaire и по 100 франци на Poulet-Malassis и de Broisse;

Наредува уништување на документите бр.20, 30, 39, 80, 81 и 87 во книгата на документи ..."

Оваа осуда следела по формалното обраќање на претставникот на јавното обвинителство, кој меѓу другото ги цитирал следните стихови како поткрепа на случајот на обвинителството:

"Je sucerais, pour noyer ma rancœur, Le népenthès et la bonne ciguë Aux bouts charmants de cette gorge aiguë Qui n'a jamais emprisonné de cœur ..."

и:

"Moi, j'ai la lèvre humide et je sais la science De perdre au fond d'un lit l'antique conscience. Je sèche tous les pleurs sur mes seins triomphants Et fais rire les vieux du rire des enfants. Je remplace, pour qui me voit nue et sans voiles, La lune, le soleil, le ciel et les étoiles !"

По овие цитати, претставникот на јавното обвинителство го навел следното:

"Господа, ..., ви велам: завземете став со вашата пресуда во овој случај против три растечки, несомнени тенденции, против оваа нездрава треска што сака да

наслика сè, да напише сè и да каже сè, како делото навреда на јавниот морал да е укинато и моралот повеќе да не постои.

Паганството имаше срамни манифестации што може да се најдат во рушевините на уништените градови Pompeii и Herculaneum. Меѓутоа, во храмот и на јавни места, неговите статуи се со невина голотија. Неговите уметници го следат култот на пластична убавина; тие прават хармонични форми од човековото тело и не го отсликуваат како срамно или возбудено во смртниот стисок на развратот; тие го почитувале животот на заедницата.

Во нашето општество потонато во христијанството, покажете ја барем истата почит."

Бранителот на Бодлер, Maître Gustave Chaix d'Est-Ange, го навел следното:

"...

По насловот "Les Fleurs du Mal" следи епиграф: целокупното размислување на авторот се наоѓа тука, целокупниот дух на книгата; тоа на некој начин е втор наслов, поексплицитен од првиот, давајќи објаснување, коментар и елаборирање за него:

'On dit qu'il faut couler les exécrables choses Dans le puits de l'oubli et au sépulchre encloses, Et que par les escrits le mal résuscité Infectera les moeurs de la postérité; Mais le vice n'a point pour mère la science, Et la vertu n'est pas mère de l'ignorance.'

(Th. Agrippa d'Aubigné, les Tragiques, livre II)

Maître Gustave Chaix d'Est-Ange понатаму рекол:

"Интимните мисли на авторот се дури појасно изразени во првата песна, која тој ја посветува на читателот како предупредување:

'La sottise, l'erreur, le péché, la lésine, Occupent nos esprits et travaillent nos corps. Et nous alimentons nos aimables remords, Comme les mendiants nourrissent leur vermine.

Nos péchés sont têtus, nos repentirs sont lâches; Nous nous faisons payer grasement nos aveux; Et nous rentrons gaîment dans le chemin bourbeux, Croyant par de vils pleurs laver toutes nos taches.

C'est le Diable qui tient les fils qui nous remuent! Aux objets répugnants nous trouvons des appas. Chaque jour vers l'Enfer nous descendons d'un pas, Sans horreur, à travers des ténèbres qui puent."

Адвокатот на Бодлер додал:

"Господа, сменете го ова во проза, избришете ја римата и цезурата, сфатете ја суштината на овој моќен и полн со живот јазик и основните интенции; и кажете ми дали некогаш сме слушнале овој јазик да се зборува од христијанска проповедалница, од усните на некој жесток проповедник; кажете ми дали истите мисли не би се нашле, можеби понекогаш дури и истите изрази, во проповедите на некој строг и несофистициран црковен отец".

На 31 мај 1949, на барање на Société des gens de lettres, одлучувајќи за основаноста Касациониот суд во Париз ја поништи горната пресуда на Регионалниот суд во Seine заради следните основи:

"Забранетите песни не содржат никаков блуден па дури ниту груб израз и не ја надминуваат уметничката слобода што му е дозволена на уметникот ...

Спорд тоа, не се утврдува постоење на кривично дело навреда на јавниот морал ...

...

Ја поништува пресудата од 20 август 1857, им го враќа угледот на Baudelaire, Poulet-Malassis и de Broisse ..."

Кога му бил вратен угледот на Бодлер, тој веќе бил мртов повеќе од 80 години.

Од правен аспект, тоа едноставно била грешка на правдата.

(Извор: "Le procès des Fleurs du Mal" - 'Le journal des procès' no. 85, 1986 - Bruxelles, Ed. Justice et Société)

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ, ДЕЛУМНО СОГЛАСНО А
ДЕЛУМНО НЕСОГЛАСНО, НА СУДИЈАТА ДЕ МЕЈЕР

(Превод)

I.

Уметноста, или она се смета за уметност, секако спаѓа во доменот на слободата на изразување.

Воопшто не постои потреба да се направи обид за да се види дека било средство за пренесување на информации или идеи¹: може да е тоа но е несигурно дали е нужно така.

Правото на слобода на изразување "ќе ја вклучи" или "ја вклучува" слободата да се "бара", да се "прима" и да се "пренесува" "информации" и "идеи"², но може да вклучи и други работи. Надворешното манифестирање на човековата личност може да поприми многу различни форми а сите не може да се вклопат во категориите споменати погоре.

II.

Со колебање дојдов до гледиштето дека судовите на тужената држава не го повредиле правото на апликантите на слобода на изразување со тоа што им ги изрекле спорните парични казни.

Тоа што на крај можев да го оформам ставот се должеше многу на фактот дека спорните слики биле изложени во прилично посебни

¹ Види став 27 од пресудата.

² Види член 10 од Европската конвенција за човекови права, член 19 од Меѓународниот договор за цивилни и политички права и член 19 од Универзалната декларација за човековите права.

околности³. Овој фактор им овозможил на швајцарските судови да утврдат исправно, без да ги надминат лимитите на своето дискреционо овластување, дека изрекувањето на паричните казни било "неопходно во демократското општество".

Мпжеби ќе било поинаку ако сликите биле изложени во други околности.

III.

Уште повеќе, посебната природа на околностите на нивното изложување во Фрибург во 1981 ме наведува да верувам дека во овој случај не е докажано дека било неопходно да се конфискуваат сликите.

Мене повеќе ми се чини дека конфискацијата го надминала она што може да се смета за неопходно и дека паричните казни биле доволни.

³ Види прв подстав од став 36 од пресудата.