

Dr. sc. Maja Munivrana Vajda*
Andrea Šurina Marton**

GDJE PRESTAJU GRANICE SLOBODE IZRAŽAVANJA, A POČINJE GOVOR MRŽNJE? ANALIZA HRVATSKOG ZAKONODAVSTVA I PRAKSE U SVJETLU EUROPSKIH PRAVNIH STANDARDA

U ovom radu autorice analiziraju pravo na slobodu izražavanja kao jedno od temeljnih ljudskih prava, važno kako za razvoj slobodnih pojedinaca tako i za svaki demokratski sustav. No, imajući u vidu kako to pravo nije apsolutno, autorice nastoje odrediti njegove granice posebice s obzirom na govor mržnje, koji se u europskom pravnom prostoru načelno ne smatra zaštićenim pravom na slobodu izražavanja. Ta je tematika posljednjih godina vrlo aktualna u Republici Hrvatskoj uslijed relativno čestih izjava koje javnost percipira kao potencijalan govor mržnje te razmjerno malog broja kaznenih postupaka. Nakon uvodnog pregleda relevantnih međunarodnih izvora, autorice se fokusiraju na hrvatsko zakonodavstvo i sudsku praksu nastojeći ocijeniti postoji li stvarni problem i leži li on u neadekvatnom pravnom okviru ili u neustaljenoj sudskoj praksi. Na temelju analize presuda Europskog suda za ljudska prava i identificiranih problema, autorice daju svoje preporuke de lege ferenda i neke smjernice za rad na budućim predmetima.

Ključne riječi: sloboda izražavanja, govor mržnje, rasizam, ksenofobija, diskriminacija, javno poticanje na nasilje ili mržnju

*“Give me the liberty to know, to utter, and to argue
freely according to conscience, above all liberties.”
(John Milton)*

*„Where nothing is unspeakable, nothing is undoable“
(Alexandar Bickel)*

* Dr. sc. Maja Munivrana Vajda, docentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Andrea Šurina Marton, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

1. UVODNO O SLOBODI IZRAŽAVANJA I NJEZINIM OGRAIČENJIMA

Pravo na slobodu izražavanja jedno je od temeljnih ljudskih prava, važno ne samo za razvoj i napredak svakog čovjeka nego i za postojanje demokratskog i pluralističkog društva.¹ Stoga ne začuđuje što je to pravo apostrofirano u svim važnim modernim međunarodnim i regionalnim dokumentima o ljudskim pravima, počevši od Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. (čl. 19.), preko Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. (čl. 19. st. 2.), do Povelje o temeljnim pravima Europske unije iz 2000., odnosno 2009. godine (čl. 11. st. 1).² Jamči ga i čl. 38. hrvatskog Ustava, kao i Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava (u daljnjem tekstu: EKLJP).

Prema čl. 10. EKLJP-a svatko ima pravo na slobodu izražavanja, pravo koje uključuje slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Pri tome valja podsjetiti na ustaljenu praksu Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) prema kojoj se pravo na slobodu izražavanja odnosi ne samo na informacije i izjave koje se primaju blagonaklono ili se smatraju neškodljivima ili nevažnima nego i na one koje „vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju“.³ Upravo kod potonjeg, govora koji vrijeđa, šokira ili preispituje uspostavljeni poredak, zaštita slobode izražavanja krucijalna je jer ta sloboda ne postoji ako ne uključuje i onaj govor koji izaziva zgražanje i moralnu osudu drugih, pa možda čak i većine.⁴ Takav šokantni i drugima često uvredljiv govor testira pluralizam, toleranciju i slobodoumnost, značajke „bez kojih nema demokratskog društva“.⁵

Pa ipak, to pravo nije apsolutno. Već sam čl. 10. st. 2. EKLJP-a navodi kako je ostvarivanje slobode izražavanja vezano uz „dužnosti i odgovornosti“ te podložno zakonski propisanim i nužnim ograničenjima iz niza legitimnih ciljeva navedenih u čl. 10. st. 2. EKLJP-a.⁶ Jedno od načelno dopuštenih ogra-

¹ ECHR, *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7 December 1976, § 49.

² Više o povijesnom razvoju u Schabas, W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, str. 444. *et seq.*

³ „...it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb“, ECHR, *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7 December 1976, § 49.

⁴ Sesardić, N., *Smrt komunizmu, verbalni delikt narodu (Zašto kriminalizirati mržnju i hoće li ljudi prestati govoriti)*, Jutarnji list, 21. svibnja 2016., str. 60-61.

⁵ V. npr. *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, 21279/02 i 36448/02, 22 October 2007, [GC], § 45.

⁶ Razlozi zbog kojih se zakonom i u mjeri u kojoj je to nužno sloboda izražavanja može ograničiti jesu interesi državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprječavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepri- stranosti sudbene vlasti.

ničenja prava na slobodu izražavanja predstavlja sankcioniranje tzv. govora mržnje i ESLJP je u nizu predmeta ocjenjivao razmjernost mjera usmjerenih k ograničavanju govora mržnje.⁷ Osim kroz prizmu čl. 10. st. 2. EKLJP-a najteže oblike tzv. govora mržnje ESLJP je promatrao i kao zlouporabu prava (čl. 17. EKLJP-a,⁸ osobito u svezi s čl. 14. EKLJP-a, koji zabranjuje diskriminaciju). Na tom je tragu i nezavisni odvjetnik u kontekstu čl. 11. Povelje EU-a pojasnio kako: “sloboda izražavanja... prestaje djelovati tamo gdje poruka povrjeđuje druga načela i temeljna prava priznata Poveljom, kao što su zaštita ljudskog dostojanstva i načelo nediskriminacije”.⁹ Slično tome i preambula Okvirne odluke o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava od 28. studenog 2008. godine (u daljnjem tekstu: Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji) jasno navodi da rasizam i ksenofobija, kao glavni pokretači tzv. govora mržnje, predstavljaju „izravne povrede načela slobode, demokracije, poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda i vladavine prava, načela na kojima je EU utemeljena i koja su zajednička državama članicama”.¹⁰ Iako dakle u europskom pravnom prostoru postoji konsenzus kako tzv. govor mržnje spada u izričaje koji se mogu ograničiti i koji nisu zaštićeni slobodom izražavanja, sama definicija govora mržnje i način njegova zakonskog omeđivanja još su uvijek u znatnoj mjeri sporni, kako na međunarodnom nivou, o čemu svjedoči niz recentnijih dokumenata,¹¹ tako i u RH, u

⁷ „...as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance“, *Erbakan v. Turkey*, 59405/00, 6 July 2006, § 56.

⁸ Prema čl. 17. EKLJP-a [„]išta u ovoj konvenciji ne može se tumačiti tako da podrazumijeva pravo bilo koje države, skupine ili osoba da se upuste u neku djelatnost ili izvrše neki čin koji je usmjeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom“.

⁹ Case C-245/10 *Mesopotamia Broadcast* (n 13) [AG68]. Preuzeto iz Woods, L. Article 11, u: Peers, S. et al. (ur.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford and Portland*, 2014, str. 333.

¹⁰ Okvirna odluka 2008/91/JHA o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava od 28. studenog 2008. godine.

¹¹ O aktualnosti teme na međunarodnom nivou govori i niz tzv. *soft law* dokumenata posvećenih toj materiji u posljednje vrijeme, kao što su Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General recommendation No. 35, Combating racist hate speech, 26 September 2013 (dalje: CERD/C/GC/35). Human Rights Committee General Comment 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011 (dalje: CCPR/C/GC/34), Article 19, The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality, 2009, <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf> [7. 10. 2016], Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, 2012 (dalje: Rabat Plan of Action), http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf [7. 10. 2016]. Rasprava o toj materiji posljednjih je godina aktualizirana uslijed pojave tzv. *online hate speecha*, tj. govora mržnje koji se (uglavnom anonimno)

kojoj je sa stručno-znanstvenog aspekta ta materija marginalizirana, usprkos relativno velikom interesu javnosti i nizu medijski eksponiranih slučajeva.¹² Da postoje problemi u praksi prilikom progona tzv. govora mržnje, ilustrira i prošlogodišnje priopćenje Državnog odvjetništva Republike Hrvatske, u kojem je upozoreno na uočene pogrešne odluke, odnosno pogrešno postupanje u pojedinim predmetima kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju te najavljena analiza i rad na ujednačavanju postupanja.¹³ Cilj je ovog rada na temelju analize međunarodnog i domaćeg pravnog okvira te dostupne sudske prakse hrvatskih sudova i ESLJP-a jasno upozoriti na aktualna sporna pitanja i ponuditi smjernice za njihovo rješavanje.

2. ŠTO JE TO GOVOR MRŽNJE?

Ne postoji univerzalna i općeprihvaćena definicija tzv. govora mržnje, no kao uvod u rasprave o sadržaju tog pojma najčešće se spominje Preporuka Vijeća Europe, prema kojoj govor mržnje predstavljaju „svi oblici izražavanja koji šire, potiču, promiču ili opravdavaju rasnu mržnju, ksenofobiju, antisemitizam i druge oblike mržnje temeljene na netoleranciji, uključujući i netoleranciju izraženu agresivnim nacionalizmom i etnocentrizmom, diskriminacijom ili neprijateljstvom prema manjinama, imigrantima ili ljudima imigrantskog porijekla“.¹⁴ Pri tome valja istaknuti da, iako i hrvatski pojam ‘govor mržnje’ i engleski ekvivalent ‘*hate speech*’ naglasak stavljaju na ‘govor’, koji podrazumijeva verbalni izričaj, pojam govora u ovom kontekstu obuhvaća kako verbalne tako i neverbalne načine javnog izražavanja, kao što su slike, znakovi, simboli, geste i sl.¹⁵

distribuirana putem interneta. V. pr. McGonagle, T., *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c170f> [6. 10. 2016.].

¹² Pionirski o toj temi Alaburić, V., Ograničavanje „govora mržnje“ u demokratskom društvu – teorijski, zakonodavni i praktički aspekti - I. dio, II. dio, Hrvatska pravna revija, siječanj 2003., str. 62-72, 80-90. Što se medijskih izvora tiče, vidi primjerice tekst autorice Slavice Lukić pod nazivom „Jutarnji istražuje Znate li koliko je ljudi kažnjeno zbog ustaškog pozdrava ‘Za dom spremni’? Rezultati su poražavajući!“, od 9. rujna 2015. godine.

¹³ V. Priopćenje od 7. 10. 2015. Neposredan povod bili su medijski natpisi o odbačaju kaznene prijave podignute zbog FB izjave „pedere u logore ☺“, uslijed kojih je Županijsko državno odvjetništvo zaključilo da je predmetno rješenje o odbačaju preuranjeno te naložilo Općinskom nastavak postupanja. V. priopćenje od 6. 10. 2015. <http://www.dorh.hr/Priopcenja-DORH-a> [6. 10. 2016.].

¹⁴ Recommendation No. R 97/20 on “hate speech” adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997.

¹⁵ Alaburić, V., *op. cit.* (bilj. 12), str. 63.

Za razliku od Preporuke br. R 97/20 Vijeća Europe, Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1966. godine ne nastoji na sveobuhvatan način definirati govor mržnje, ali je pravno obvezujuća te od država stranaka zahtijeva ne samo da zabrane¹⁶ nego i da propišu kao kažnjivo djelo (eng. *offence punishable by law*)¹⁷ neke pojavne oblike (rasističkog) govora mržnje.¹⁸ Prema čl. 4. Konvencije kažnjivo, među ostalim, treba biti svako širenje ideja utemeljenih na rasnoj superiornosti ili mržnji, poticanje na rasnu diskriminaciju te poticanje na čine nasilja prema bilo kojoj rasi ili skupini osoba druge boje kože ili etničkog podrijetla. Među autorima Konvencije očito je prevladao stav kako postoji veza između širenja rasističkih ideja i stvaranja atmosfere mržnje, koja nužno vodi ka diskriminaciji.¹⁹ Pritom valja istaknuti da, iako bi pojam rasne diskriminacije na prvi pogled upućivao na vrlo uzak doseg Konvencije, sam čl. 1. Konvencije pojašnjava kako pojam rase u ovom kontekstu treba tumačiti ekstenzivno, tako da osim rasne pripadnosti uključuje i boju kože, porijeklo,²⁰ te nacionalno i etničko podrijetlo.²¹ Tako koncipirana zabrana govora mržnje ipak je preuska u odnosu na preporuku Vijeća Europe jer ne obuhvaća i „druge oblike mržnje temeljene na netoleranciji“ po nekim drugim osnovama (vjera, imigranti, druge manjine).²² S druge strane Konven-

¹⁶ Tako primjerice čl. 20. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima glasi „Svako pozivanje na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju koja potiče diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje mora se zakonom zabraniti.“

¹⁷ Dakle nije nužno da je riječ o kaznenoj, dostaje i prekršajna odgovornost.

¹⁸ Republika Hrvatska jest država stranka konvencije notifikacijom o sukcesiji (NN MU br-12/93).

¹⁹ To potvrđuje i CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11), para. 10. U predmetu *The Jewish community of Oslo et al. v. Norway*, U.N. Doc. CERD/C/67/D/30/2003 (2005) podnositelji komunikacije tvrdili su kako je izravan učinak nacističkog marša skupine Bootboys i komemoracije Hessu bio porast nasilja prema osobama crne boje kože i političkim oponentima te su naveli nekoliko incidenata koji su uslijedili (par. 2.3.).

²⁰ Pojam porijekla shvaća se kao „upućivanje na osobe ili grupe osoba koje su potomci osoba koje se mogu identificirati prema određenim karakteristikama (kao što su rasa ili boja), ali nije nužno da sve te karakteristike još uvijek postoje. Unatoč tome zbog svojeg porijekla takve osobe ili grupe osoba mogu biti podvrgnute mržnji ili nasilju.“ V. para. 7. Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. Riječ porijeklo u hrvatskom se jeziku može smatrati istoznačnicom s riječju podrijetlo (v. Hrvatski jezični portal na hjp.znanje.hr), no hrvatski prijevodi Konvencije i Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji u pravilu koriste paralelno oba, jer i engleski izvornici koriste dva pojma: *descent* i *origin*.

²¹ Stoga je i prije kazneno djelo rasne i druge diskriminacije iz čl. 174. Kaznenog zakona iz 1997. godine, NN 110/1997, 27/1998, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 11/2003, 190/2003, 105/2004, 84/2005, 71/2006, 110/2007, 152/2008, 57/2011, 77/2011, (dalje: KZ97) valjalo tumačiti ekstenzivno, u skladu s njegovim međunarodnim izvorom.

²² Mehanizam za provedbu Konvencije, Odbor za uklanjanje svih oblika rasne diskriminacije (prema engleskom akronimu dalje: CERD), otklonio je nastojanja da se čl. 4. interpretira progresivno te je govor mržnje usmjeren prema muslimanima i imigrantima smatrao govorom

cija snažno zadire u slobodu izražavanja jer zahtijeva kažnjivost ne samo poticanja na nasilje i diskriminaciju nego i svakog širenja ideja utemeljenih na mržnji. Imajući u vidu važnost slobode izražavanja, Odbor za ukidanje svih oblika rasne diskriminacije u svojoj je Općoj preporuci br. 35. o suzbijanju govora mržnje od 26. rujna 2013. godine istaknuo kako kaznenopravnu reakciju ipak treba ostaviti za najteže slučajeve, uzimajući u obzir narav i mjeru utjecaja na ciljane osobe i grupe te načela zakonitosti, razmjernosti i nužnosti.²³ Izražavanje mišljenja o povijesnim činjenicama ne bi trebalo biti zabranjeno ili kažnjivo, a javno negiranje ili pokušaji da se genocid i zločini protiv čovječnosti opravdaju trebali bi biti kažnjivi samo onda kada jasno predstavljaju poticanje na rasnu mržnju ili nasilje.²⁴

Neke od navedenih nedostataka, barem unutar zajedničkog europskog prostora slobode, sigurnosti i pravde, nastojala je otkloniti Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji.²⁵ Donesena je kao odgovor Europske unije na porast nasilja i ekstremizma usmjerenog protiv rasta migracije i slobodnog kretanja ljudi s ciljem harmonizacije europskih nacionalnih zakonodavstava.

Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji obvezuje države članice, pa tako i Hrvatsku, da svojim zakonodavstvom inkriminiraju tri kaznena djela:

- 1) javno poticanje na nasilje ili mržnju prema skupinama ili pojedincima na temelju rase, boje kože, vjere, porijekla ili nacionalne ili etničke pripadnosti (čl. 1. st. 1 (a))
- 2) javno poticanje na nasilje ili mržnju počinjeno javnom distribucijom letaka, slika ili kakva drugog materijala (čl. 1. st. 1 (b))
- 3) javno odobravanje, negiranje ili znatno umanjeње genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i agresije počinjenih prema nekoj od navedenih skupina ili njezinu članu kada je radnja počinjena na način koji je podoban potaknuti nasilje ili mržnju prema toj skupini ili njezinu članu (čl. 1. st. 1. (c) i (d)).²⁶

Sva navedena kaznena djela trebaju biti zapriječena učinkovitim, proporcionalnim i odvraćajućim sankcijama, pri čemu posebni maksimum mora biti između najmanje jedne i tri godine zatvora (čl. 3.). Okvirna odluka o rasizmu

koji je izvan dosega čl. 4. V. predmete *P. S. N. v. Denmark*, U.N. Doc. CERD/C/71/D/36/2006 (2007) te *Kamal Qureshi v. Denmark*, U.N. Doc. CERD/C/66/D/33/2003 (2005).

²³ CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11), par. 12.

²⁴ *Ibid*, par. 14.

²⁵ Sljedeći prikaz Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji dijelom je preuzet iz teksta Munivrana Vajda, M., *Novi kazneni zakon u svjetlu pristupanja Europskoj uniji: inkriminiranje govora mržnje i nekih drugih oblika rasizma i ksenofobije*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti, vol. 4, br. 1, 2013, str. 134-135.

²⁶ Okvirna odluka posebno apostrofira povijesne zločine koje su počinile zemlje europskih sila osovine (zločini iz Povelje Međunarodnog vojnog suda, čl. 1. st. 1. (d)) i očekuje od država članica da jednako tako istaknu te zločine.

i ksenofobiji ipak ne teži potpunoj harmonizaciji europskih nacionalnih kaznenih zakonodavstava, nego kroz neke ponuđene alternative daje državama mogućnost da u određenoj mjeri prilagode zabranu govora mržnje vlastitim pravnim sustavima u okviru kojih važan položaj ima sloboda izražavanja kao jedno od temeljnih ljudskih prava.²⁷ Naime Okvirna odluka pruža državama mogućnost da inkriminiraju negiranje, znatno umanjenje ili odobravanje samo onih međunarodnih zločina koji su utvrđeni pravomoćnom presudom suda države članice koja progoni počinitelja tog kaznenog djela ili presudom međunarodnog suda (čl. 1. st. 4.). Osim toga Okvirna odluka državama ostavlja slobodu da sankcioniraju samo ona ponašanja koja su počinjena na način koji je podoban²⁸ narušiti javni red ili su prijeteće, pogrdne ili uvredljive naravi (čl. 1. st. 2.).

Na temelju izloženog može se zaključiti kako ni Okvirna odluka nije na sveobuhvatan način definirala, pa ni inkriminirala govor mržnje, nego je od država zatražila da osiguraju kažnjivost samo nekih oblika govora mržnje (poticanje na nasilje i mržnju, negiranje genocida i drugih međunarodnih zločina), i to samo kada se temelje na rasi, boji kože, vjeroispovijedi, porijeklu ili nacionalnom ili etničkom podrijetlu. Govor mržnje usmjeren prema nekim drugim manjinama/skupinama, tj. utemeljen na drugim značajkama, među kojima svakako valja istaknuti spolno opredjeljenje, ostao je izvan dosega Okvirne odluke.²⁹

3. HRVATSKI PRAVNI OKVIR

Govor mržnje u hrvatskom pravnom sustavu inkriminiran je kroz niz odredaba. Nijedna ne nosi naziv „govor mržnje“ niti pristupa tom pojmu cjelovito, nego propisuje kažnjivost samo nekih njegovih pojavnih oblika. Odredba koja se najčešće vezuje uz govor mržnje i koja svojim sadržajem slijedi Okvirnu odluku o rasizmu i ksenofobiji jest javno poticanje na nasilje i mržnju iz čl. 325.

²⁷ Pri tome se ističu različite kulturne i pravne tradicije država članica i kompleksan odnos s pravom na slobodu izražavanja. V. par. 6. preambule Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji.

²⁸ Engleski tekst Okvirne odluke kaže: *manner likely to*, što se može prevesti i kao „način koji će vjerojatno“, kao što to čini službeni prijevod Okvirne odluke na hrvatski jezik dostupan na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=URISERV:l33178&from=HR> [7. 10. 2016]. Smatramo kako je gore ponuđen prijevod prikladniji svrsi odredbe i našoj kaznenopravnoj terminologiji. U tom smislu i njemački tekst govori o načinu „*die geeignet ist*“, tj. koji je prikladan ili podoban (dovesti do nereda).

²⁹ Okvirna odluka, naravno, propisuje samo minimum te države mogu pooštriti kaznenu odgovornost ispuštanjem nekog obilježja, odnosno proširiti zonu kažnjivosti i na neke druge diskriminatorne osnove, što je RH i učinila. V. više *infra*, u sljedećem poglavlju.

Kaznenog zakona (u daljnjem tekstu: KZ)³⁰. Povrh toga KZ (strože) inkriminira i neke posebne oblike govora mržnje: izravno i javno poticanje na genocid (čl. 88. st. 3. KZ-a), izravno i javno poticanje na zločin agresije (čl. 89. st. 3. KZ-a) te javno poticanje na terorizam (čl. 99. KZ-a).³¹ Konačno, govor mržnje adresira niz prekršajnih zakona, među kojima svakako valja spomenuti Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima,³² Zakon o suzbijanju diskriminacije,³³ Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira,³⁴ Zakon o javnom okupljanju³⁵ te tzv. medijsko zakonodavstvo.³⁶ Imajući u vidu navedenu regulativu, iako ne postoji jedinstvena odredba koja na jednom mjestu uređuje sve oblike govora mržnje, govor mržnje u Hrvatskoj svakako nije podnormirana materija; upravo suprotno, pojedini njegovi aspekti uređeni su kroz niz propisa, među kojima često nema jasne crte razgraničenja, što, kao što će analiza pokazati, također može predstavljati izvor problema.

³⁰ NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

³¹ S obzirom na to da je praktična važnost tih inkriminacija do sada bila neznatna (v. statistička izvješća Državnog zavoda za statistiku, dostupna na www.dzs.hr [7. 10. 2016.]), o njima dalje neće biti riječi u okviru ovog rada.

³² NN 117/03, 71/06, 43/09, 34/11. Čl. 4. st. 1. al. 5 propisuje kao prekršaj pokušaj unošenja, unošenje i isticanje transparenta, zastave ili druge stvari s tekstom, slikom, znakom ili drugim obilježjem kojima se iskazuje ili potiče mržnja ili nasilje na temelju rasne, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti (uz što vezuje novčanu kaznu od 2000 do čak 15.000 kuna ili kaznu zatvora do 30 dana), dok je prema al. 7 kažnjivo (novčanom kaznom od 5000 do 25.000 kuna ili kaznom zatvora od 30 do 60 dana) pjevanje pjesama ili dobacivanje poruka čiji sadržaj iskazuje ili potiče mržnju ili nasilje na temelju rasne, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti.

³³ NN 85/08, 112/12. Prema čl. 4. već se samo poticanje na diskriminaciju smatra oblikom diskriminacije.

³⁴ NN 5/90, 30/90, 47/90, 29/94. Osobito je relevantan čl. 5. ovog zakona koji se odnosi na javno izvođenje, reproduciranje pjesama, skladba i tekstova te nošenje ili isticanje simbola kojima se remeti javni red i mir. Prema čl. 14., nadalje, kažnjivo je i javno vrijeđanje, odnosno omalovažavanje moralnih osjećaja građana.

³⁵ NN 128/99, 90/05, 139/05, 150/05, 82/11, 78/12. Prema čl. 3. sloboda govora na javnim okupljanjima ograničena je, među ostalim, zabranom pozivanja i poticanja na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti; takvi su prosjedi zabranjeni prema čl. 14. t. 4., a okupljenima je zabranjeno nositi i odoru s takvim obilježjima (čl. 18. st. 2.) – sve kažnjivo novčanom kaznom do 3000 kuna prema čl. 37. st. 2.

³⁶ Zakon o Hrvatskoj radioteleviziji, NN 137/10, 76/12, 78/16, Zakon o elektroničkim medijima NN 153/09, 84/11, 94/13, 136/13 (čl. 12. st. 2.), Zakon o medijima, NN 59/04, 84/11, 81/13 (čl. 4. st. 4.). Ti zakoni ne propisuju individualnu prekršajnu odgovornost, nego upozoravaju na zabranjene programske sadržaje koji obuhvaćaju i tzv. govor mržnje.

3.1. Javno poticanje na nasilje ili mržnju

Javno poticanje na nasilje ili mržnju iz čl. 325. KZ-a novo je kazneno djelo u glavi XXX. KZ-a, koja nosi naziv *Kaznena djela protiv javnog reda*. Tim člankom, kao što je već rečeno, Hrvatska je u svoje zakonodavstvo transponirala čl. 1. Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. Pritom je, kao i prije,³⁷ govor mržnje u Hrvatskoj ostao inkriminiran po širim osnovama. Osim onih navedenih u Okvirnoj odluci o rasizmu i ksenofobiji, riječ je o spolnom opredjeljenju, rodnom identitetu, invaliditetu ili kakvim drugim osobinama. Važno je istaknuti i kako novo kazneno djelo u stavku 1., sukladno Okvirnoj odluci, jasno ističe kažnjivost ne samo javnog poticanja na nasilje nego i poticanja na mržnju prema pripadniku skupine ili cijeloj skupini. Djelo je kažnjivo neovisno o načinu na koji se javno potiče, odnosno na koji se javnosti čine dostupnim leci, slike ili drugi materijali kojima se poziva na nasilje ili mržnju („putem tiska, radija, televizije, računalnog sustava ili mreže, na javnom skupu ili na drugi način“).

Jasno je ponajprije da, sukladno Okvirnoj odluci, u stavku 1. navedenog članka nije inkriminiran sam govor mržnje u kolokvijalnom, tj. širem smislu, nego isključivo onaj govor mržnje koji u sebi sadrži javno poticanje drugih na mržnju (ili nasilje). Tako je usvojen prvi zahtjev Okvirne odluke da taj govor mržnje, odnosno izražavanje mržnje, bude javno, ali i da nužno bude poticateljsko kako bi uopće predstavljalo kažnjivo ponašanje.

U stavku 4. inkriminirano je javno odobravanje, poricanje ili znatno umanjivanje najtežih međunarodnih zločina ako se to čini „na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika skupine.“ I ta odredba prati tekst (čl. 1 (1) (c) i (d) Okvirne odluke), ali izravno ne upućuje na definicije tih djela prema Rimskom statutu, odnosno čl. 6. Povelje Međunarodnog vojnog tribunala, tj. posebno ne apostrofira zločine europskih sila osovine (pri čemu se prvenstveno misli na negiranje Holokausta), zbog čega je Hrvatska već upozorena od strane Europske komisije.³⁸

Konačno, treba spomenuti i kako je prema čl. 325. st. 2. KZ-a kažnjiv organizator ili vođa grupe od tri ili više osoba koje su se udružile radi javnog poticanja na nasilje ili mržnju iz st. 1., kao i samo sudjelovanje u udruženju iz st. 2. (čl. 325. st. 3. KZ-a). Stavak 5. propisuje kažnjivost pokušaja djela iz st. 1. i st. 4., koji s obzirom na propisanu kaznu (do tri godine zatvora) inače ne bi bio

³⁷ Više o zakonodavnom uređenju govora mržnje od osamostaljenja do danas u Alaburić, V., *op. cit.* (bilj. 12), Munivrana Vajda, M., *op. cit.* (bilj. 25).

³⁸ V. Izvješće Komisije Europskom parlamentu i vijeću o provedbi Okvirne odluke Vijeća 2008/913/PUP o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije kazno-pravnim sredstvima od 27. siječnja 2014., str. 5.

kažnjiv.³⁹ S obzirom na, kako analiza sudske prakse pokazuje, malu praktičnu važnost tih odredaba, sljedeći dio rada bit će posvećen analizi spornih pitanja vezano ponajprije uz st. 1. čl. 325. KZ-a. Hrvatski KZ ne koristi spomenute mogućnosti koje Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji pruža državama kako bi pri inkriminiranju govora mržnje suzile kažnjivu zonu i djelo prilagodile vlastitim pravnim tradicijama. Tako čl. 325. st. 4. KZ-a ne sadrži ograničenje kažnjivosti na negiranje *samo onih međunarodnih zločina koji su utvrđeni pravomoćnom presudom domaćeg, hrvatskog ili pak međunarodnog suda*.⁴⁰ Drugim riječima, u Hrvatskoj bi načelno bilo moguće kazneno odgovarati i za negiranje genocida nad Armencima ili Kurdima, iako nitko nije osuđen za takav genocid ni u Hrvatskoj ni pred nekim međunarodnim sudom.⁴¹

Još se važnijom može smatrati činjenica da kažnjivost govora mržnje iz čl. 325. st. 1. KZ-a nije ograničena na onaj *govor koji može narušiti javni red i mir ili koji je ugrožavajući, pogrdan i uvredljiv*. Upravo na taj način zonu kažnjivosti sužavaju neke druge države, primjerice Njemačka,⁴² a i ESLJP je pri ocjenjivanju je li konkretno ograničenje slobode izražavanja bilo opravdano često promatrao reakciju javnosti i procjenjivao jesu li izjave o kojima je riječ uopće mogle dovesti do nasilja i utjecati na javni red u zajednici.⁴³

Iako je dakle hrvatsko kazneno zakonodavstvo, uz manja odstupanja, usklađeno s modernim europskim izvorima, u teoriji i praksi može se uočiti niz problema i spornih pitanja.

³⁹ Upitno je koliko će uopće ta odredba biti primjenjiva s obzirom na narav djela. Okvirna odluka ne propisuje kažnjivost pokušaja.

⁴⁰ U kontekstu tog kaznenog djela (koje je u Njemačkoj poznato i pod nazivom *Auschwitz Lüge*) nije posve jasno ni je li riječ o negiranju genocida, odnosno drugih međunarodnih zločina, kao individualnih kaznenih djela (njem. *Einzeltat*), što bi proizlazilo iz mogućnosti vezivanja odgovornosti uz postojanje pravomoćnih presuda, ili pak o negiranju genocida kao cjelokupnog zbivanja koje izražava kolektivnu dimenziju zločina (njem. *Gesamtat*), pri čemu onda postojanje pravomoćnih presuda koje utvrđuju individualnu kaznenu odgovornost u znatnoj mjeri gubi svoju relevantnost. Upitno je uostalom mogu li se međunarodni zločini u svojoj kolektivnoj dimenziji zbog svojeg pravnog sadržaja uopće promatrati kao općepoznate činjenice, no to pitanje nadilazi okvire ovog rada.

⁴¹ Ipak, morat će biti ispunjeno obilježje delikta podobnosti, tj. da je poricanje počinjeno na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika skupine. O tzv. deliktima podobnosti kao podvrsti kaznenih djela apstraktnog ugrožavanja v. Maršavelski, A., *Komentar sudske prakse*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 18, broj 1/2011, str. 291.

⁴² V. § 130 (1) njemačkog StGB (*„Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören...“*).

⁴³ Tako se primjerice u presudi u predmetu *Leroy protiv Francuske* (zahtjev br. 36109/03) od 2. 10. 2008. sud u ocjeni da kažnjavanje tužitelja nije bilo protivno čl. 10. EKLJP-a oslonio na činjenicu da su objavljeni crteži doveli do reakcije javnosti koja je mogla potaknuti nasilje i imati znatan utjecaj na javni red u Baskiji. V. i Weber, A., *Manual on Hate Speech*, Strassbourg, 2009, str. 40.

3.2. Praksa hrvatskih sudova - pregled

Za potrebe ovog rada prikupljene su pravomoćne presude za kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. KZ-a donesene na području cijele Republike Hrvatske u razdoblju od 1. siječnja 2013., kada je to djelo uvedeno kao takvo u KZ, pa do 30. lipnja 2016., dakle u razdoblju od tri i pol godine. Prema dostavljenim podacima u tom je razdoblju u RH doneseno devetnaest pravomoćnih presuda u odnosu na ukupno dvadeset i četiri osobe, od čega je u odnosu na dvadeset i tri osobe donesena pravomoćna osuđujuća presuda, dok je samo jedna osoba pravomoćno oslobođena.⁴⁴

Na temelju analize naše sudske prakse željele smo zaključiti zašto su u presudama zauzeta određena stajališta u odnosu na pojedina otvorena pitanja, odnosno kako naša sudska praksa prihvaća i tumači pojedina obilježja tog kaznenog djela (npr. javno poticanje, mržnju, zašto smatra da se pojedine skupine ljudi imaju uvrstiti u oštećene skupine predviđene tim kaznenim djelom itd.); koji je konkretan način počinjenja kaznenog djela te zašto izriče, odnosno ne izriče pojedine sigurnosne mjere ili primjenjuje, odnosno ne primjenjuje pojedine kaznenopravne institute.

Na početku valja istaknuti kako se sve analizirane pravomoćne sudske presude odnose na počinjenje kaznenog djela iz st. 1. čl. 325. KZ-a jer nijedan počinitelj u pribavljenim presudama nije osuđen zbog organiziranja ili vođenja grupe radi počinjenja djela iz st. 1. (st. 2. čl. 325. KZ-a), ni zbog sudjelovanja u udruženju iz st. 2. (st. 3. čl. 325. KZ-a), a ni zbog javnog odobravanja, poricanja ili znatnog umanjenja nekog od navedenih međunarodnih zločina (st. 4. čl. 325. KZ-a).

U odnosu na četrnaest osoba donesena je presuda kojom je izdan kazneni nalog prema čl. 540. i 541. ZKP-a, dok je u odnosu na deset osoba donesena presuda bilo temeljem podignute optužnice nadležnog državnog odvjetništva bilo temeljem optužnice s kaznenim nalogom na koju je okrivljenik stavio prigovor te se potom provodila rasprava pred navedenim sudom. Dakle u 58 % slučajeva okrivljene su osobe prihvatile kazneni nalog, na isti nisu podnijele prigovor te je donesena presuda sukladno sadržaju optužnog akta državnog odvjetništva.

Od deset osoba u odnosu na koje je sud donio presudu nakon provedene rasprave samo je jedna osoba, i to ona koja je oslobođena, poricala učin navedenog kaznenog djela, dok je preostalih devet osoba priznalo počinjenje kaznenog djela, odnosno očitivalo se krivim na raspravi na sudu. Stoga se sud u odnosu na tih devet osuđenih osoba nije ni upustio u detaljniju analizu

⁴⁴ Sve su analizirane presude dostupne kod autorica. Zbog preglednosti i duljine teksta u prvom kvantitativnom dijelu analize u pravilu se neće navoditi pojedine presude, posebice ondje gdje bi trebalo navoditi veći broj presuda. Relevantne presude bit će istaknute ponajprije u dijelu u kojem se sadržajno analiziraju otvorena pitanja.

elemenata tog kaznenog djela, odnosno krivnje osuđenika. Osim toga pet se osoba odreklo prava na žalbu, od kojih u odnosu na tri osobe presuda sukladno čl. 538. st. 2. ZKP-a ne sadrži obrazloženje, dok je u odnosu na dvije osobe sačinjeno obrazloženje, no u njemu se također ne iznose detaljniji razlozi. U odnosu na preostale dvije osobe donesena je presuda na temelju sporazuma stranaka, u obrazloženju koje je također samo navedeno da je postignut sporazum, da je sporazum zakonit te da ga je sud prihvatio i temeljem istog donio presudu. Zbog svega navedenog analizirane osuđujuće presude u obrazloženjima ne pružaju eksplicitan odgovor na neka od gore istaknutih pitanja (prije svega na pitanje kako naša praksa tumači pojedina obilježja djela), nego se na temelju činjeničnog stanja te zakonskog i pravnog opisa djela mogu tek implicitno izvesti zaključci o stajalištu sudova o sadržaju bitnih obilježja predmetnog kaznenog djela, koja identificiramo i ocjenjujemo *infra*.⁴⁵ No prije toga u ovom pregledu prakse hrvatskih sudova slijedi kratka fenomenološka analiza načina počinjenja djela te prikaz kaznene politike naših sudova, budući da se ti podaci mogu jasnije iščitati iz analiziranih presuda.

Prema načinu počinjenja djela, od dvadeset i četiri osobe sedamnaest osoba predmetno kazneno djelo počinilo je putem Facebooka, pet osoba grafitima, jedna osoba kazneno djelo počinila je na ulici,⁴⁶ dok se jedna osoba, i to u oslobađajućoj presudi, teretila da je kazneno djelo počinila putem sredstava priopćavanja, odnosno gostujući u radijskoj emisiji.⁴⁷

Iz analiziranih presuda nadalje proizlazi kako je u odnosu na svih dvadeset i troje osuđenih počinitelja izrečena uvjetna osuda, što jest podudarno iznimno često primjeni uvjetne osude u sudskoj praksi,⁴⁸ iako se izricanje

⁴⁵ U okviru poglavlja 3.3. pod nazivom „Neka otvorena pitanja“. U tom se poglavlju upozorava i na relevantne činjenične supstrate pojedinih presuda u kontekstu pojedinih spornih pitanja. Za razliku od osuđujućih presuda, oslobađajuća presuda sadrži detaljno obrazloženje, čiji će dijelovi također biti izloženi i podvrgnuti kritici *infra*.

⁴⁶ No u pogledu ovog predmeta držimo da bi iz činjeničnog opisa proizlazilo ponajprije počinjenje drugog kaznenog djela, odnosno kaznenog djela prijetnje počinjenog iz mržnje, a ne kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju, za koje je počinitelj osuđen. Presudom Općinskog suda u Osijeku broj K-164/2013-2 počinitelj je osuđen da je 19. listopada 2012. na ulici, u nakani da ponizi i ustraši oštećenika te da širi mržnju po osnovi boje kože i nacionalnosti, pred troje drugih osoba rekao da mu je žao što Samir igra za Hrvatsku iz razloga što je crnac te da mrzi crnce i Srbe te da ih treba spaliti na lomači te oštećenika upitao želi li da ga ubije te da bi to učinio zato što je crnac te ga s obje ruke uhvatio za vrat i počeo stiskati...

⁴⁷ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu broj 18 KO-1328/13. Opisivanje pojedinih konkretnih načina počinjenja djela, odnosno činjeničnih supstrata analiziranih presuda, nadilazilo bi predviđeni opseg ovog rada, no ondje gdje je to bilo relevantno u okviru analize kaznene politike i otvorenih pitanja ključni dijelovi činjeničnih opisa istaknuti su u tekstu, odnosno bilješkama uz tekst.

⁴⁸ Prema podacima Državnog zavoda za statistiku u 2015. godini, kada je riječ o punoljetnim počiniteljima kaznenih djela, uvjetna je osuda daleko najzastupljenija kaznenoprav-

novčane kazne, a posebice novčane kazne ili kazne zatvora koju bi sud zamijenio radom za opće dobro, kod ovih kaznenih djela možda pokazuje primjerenijim i efikasnijim. Ni u jednom predmetu uz uvjetnu osudu nisu izrečene ni posebne obveze prema čl. 62. KZ-a. Ovdje, doduše, valja napomenuti kako se u optužnici s kaznenim nalogom, pa posljedično tomu i u presudi kojom se prihvaća kazneni nalog, mogu, sukladno čl. 540. ZKP-a, zatražiti, odnosno izreći novčana kazna i uvjetna osuda, a od sigurnosnih mjera samo zabrana upravljanja motornim vozilom te oduzimanje predmeta, slijedom čega je mogućnost izricanja drugih kazna te sigurnosnih mjera ostavljena samo za redoviti postupak.

Kod same primjene uvjetne osude politika kažnjavanja hrvatskih sudova vrlo je raznolika, što je djelomično posljedica i neujednačenih prijedloga u optužnim aktima državnih odvjetništava. Naime, iako je u odnosu na sve dvadeset i tri osuđene osobe izrečena uvjetna osuda, visina izrečene kazne zatvora, kao i roka provjeravanja, bitno se razlikuju, pa čak i kod vrlo sličnih okolnosti, odnosno inkriminacija stavljenih na teret pojedinim počiniteljima. Dok je za st. 1. čl. 325. KZ-a predviđena kazna zatvora do tri godine, dakle bez posebnog minimuma, sudovi su izricali kazne zatvora u trajanju od jednog mjeseca do jedne godine,⁴⁹ s rokom kušnje od jedne do tri godine. Pri tome detaljnija analiza okolnosti i kriterija koje su sudovi uzimali u obzir prilikom individualiziranja kazne u svakom pojedinom predmetu nije moguća budući da visina izrečene kazne i utvrđenog roka kušnje u obrazloženju predmetnih presuda u pravilu nije posebno obrazlagana, nego je uglavnom paušalno navedeno da je kazna po vrsti i mjeri ekvivalentna stupnju krivnje, težini djela i ličnosti okrivljenika te da je podobna za ostvarenje opće i posebne svrhe kažnjavanja, a iz čega nije moguće vidjeti čime su se sudovi rukovodili prilikom izricanja konkretnih sankcija.⁵⁰

Uz izrečene uvjetne osude u jednoj je presudi od jedne osobe, koja je djelo počinila putem Facebooka, temeljem čl. 79. KZ-a, oduzeta majica s natpisom

na sankcija (76,8 %). V. Priopćenje „Punoljetni počinitelji kaznenih djela prema vrsti odluke u 2015.“, Zagreb, 27. travnja 2016.

⁴⁹ Kazna zatvora u trajanju od jednog mjeseca, dakle ispod važećeg općeg minimuma, pogrešno je izrečena počinitelju kaznenog djela počinjenog 24. travnja 2013., koje je kvalificirano kao djelo iz čl. 325. st. 1. KZ-a, dok su kazna zatvora, kao i uvjetna osuda kojom je zamijenjena (očito pogrešno) utvrđene prema KZ/97. Sud je pritom prihvatio istovjetan prijedlog DO-a u optužnici s kaznenim nalogom. Presuda Općinskog suda u Puli, broj K-670/13.

⁵⁰ U nekoliko predmeta daljnja obrazloženja kreću se od zaključka da je okrivljenik shvatio štetnost svojeg ponašanja, da je obećao da neće više činiti kaznena djela i da nakon počinjenog djela iz čl. 325. KZ-a nije evidentiran (Općinski sud u Koprivnici, K-174/14-16), da se iskreno držao pred sudom, da je priznao djelo, da nije osuđivan (Općinski sud u Vukovaru, K-285/13), da je neosuđivan, da je priznao djelo i da otegotnih okolnosti nema (Općinski sud u Čakovcu broj K-169/14).

“Crna legija opet se vraća još bolja, još jača” i zastava Republike Hrvatske sa šahovnicom i ispisanim znakom “U” u šahovnici.⁵¹ U drugim predmetima u odnosu na šesnaest drugih osoba koje su djelo počinile putem Facebooka samo su dvjema osobama, primjenom odredbe čl. 79. KZ-a, oduzeta dva računala koja su uporabljena za počinjenje kaznenog djela te koja su kao takva i navedena u činjeničnom opisu kaznenog djela.⁵² Možemo samo pretpostavljati, jer obrazloženja u odnosu na tu okolnost izostaju, kako je sud u preostalim slučajevima očito smatrao kako ne postoji opasnost da će se isti ponovno uporabiti za počinjenje kaznenog djela. Posebice što je u još tri predmeta u dispozitivu presude izrijeком navedeno da je djelo okrivljenik počinio sa svojeg računala ili svojeg mobilnog telefona, međutim sud u tim predmetima nije primijenio čl. 79. KZ-a te nije oduzeo iste predmete.⁵³

Povrh toga, usprkos tome što KZ u čl. 75. predviđa sigurnosnu mjeru zabranu pristupa internetu i što je čak sedamnaest od dvadeset i četiri presuđene osobe predmetno kazneno djelo počinilo putem interneta (putem Facebooka), ni prema jednoj osobi sud nije izrekao spomenutu sigurnosnu mjeru, za koju se, kao i za oduzimanje predmeta, traži ispunjenje dodatnog uvjeta, tj. postojanje opasnosti da će zlorabom interneta ponovo počiniti kazneno djelo. Je li razlog tomu nemogućnost izricanja te mjere u slučaju prihvaćanja kaznenog naloga ili upitna provedivost spomenute sigurnosne mjere kada je sud u redovitom postupku može izreći,⁵⁴ ili je pak sud smatrao da ni u jednom od navedenih predmeta ne postoji opasnost od ponavljanja kaznenog djela zlorabom interneta, analizom pravomoćnih presuda nije moguće utvrditi jer se samo u jednoj od analiziranih presuda sud upustio u obrazlaganje zašto okrivljeniku nije izrekao sigurnosnu mjeru zabrane pristupa internetu na temelju čl. 75. KZ-a navodeći da je ocijenio kako je već samo vođenje kaznenog postupka u dovoljnoj mjeri utjecalo na okrivljenika da ne čini istovrsna kaznena djela, kao i da je isti shvatio štetnost svojeg ponašanja i obećao sudu da više neće činiti kaznena djela.⁵⁵

⁵¹ Počinitelj je osuđen zato što je na svojem Facebook-profilu objavio, među ostalim, fotografiju u kojoj je muška osoba odjevena u ustašku odoru i u ruci drži opisanu zastavu. Presuda Općinskog suda u Osijeku broj 25.K-770/2013-2.

⁵² Presuda Općinskog suda u Vukovaru broj K-285/13, presuda Općinskog suda u Vinkovcima broj 14-K-460/13.

⁵³ Presuda Općinskog suda u Osijeku broj 32.K: K-647/2013-2, presuda Općinskog suda u Puli broj K-136/15-8, presuda Općinskog suda u Puli broj K-670/13.

⁵⁴ Više u Cvitanović, L., Glavić, I., Uz problematiku sigurnosne mjere zabrane pristupa Internetu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 19, broj 2/2012, str. 891-916.

⁵⁵ Presuda Općinskog suda u Koprivnici broj 1 K-174/14-16.

3.3. Neka otvorena pitanja

3.3.1. Javno poticanje

Jedno od krucijalnih obilježja kada je riječ o tumačenju ovog kaznenog djela jest „javno poticanje“ na nasilje ili mržnju. Analizom osuđujućih presuda nije moguće vidjeti stajališta sudova o sadržaju pojma javnog poticanja na nasilje ili mržnju, odnosno koje bi radnje, u kojim okolnostima i kakva karaktera uopće bile te koje potiču ili su pak podobne da potaknu druge na nasilje ili mržnju prema određenim skupinama. No u jedinom predmetu u kojem je došlo do oslobađajuće presude upravo je tumačenje pojma 'javnog poticanja' bilo odlučujuće za ishod postupka jer je sud utvrdio kako je „radnja okrivljenika... lišena svakog imperativa... i samim je time unaprijed diskvalificirana figurirati kao radnja počinitelja kaznenog djela iz članka 325. st. 1 KZ.“⁵⁶

Termin „potiče“ u zakonskom opisu navedenog članka upućuje na poticanje kao kaznenopravni termin, koji se zakonski definira kao s namjerom poticanje drugoga na počinjenje kaznenog djela (čl. 37. KZ-a), pa bi i za ovo kazneno djelo bilo nužno da počinitelj s namjerom potiče druge na mržnju ili nasilje prema određenoj skupini ili pripadniku određene skupine. Prema tome u pravu bi bio Općinski sud u Zagrebu kada traži da počinitelj ...“ nastoji druge potaknuti da prema skupini/pripadniku ... osjećaju mržnju ili čine nasilje.“⁵⁷ Pri tome način poticanja nije pobliže određen u samom zakonu, a teorija se slaže da u obzir dolaze razne radnje psihičkog utjecaja na drugog (želje, zapovijedi, molbe, upozoravanje na povoljne prilike, uključujući i netipične oblike poticanja).⁵⁸ Bitno je samo da je radnja poticanja učinjena javno.⁵⁹ Javno je poticanje ono koje je počinjeno na javnom mjestu ili je upućeno javnosti putem sredstava javnog priopćavanja, kao što su radio, televizija, internet. Važno je međutim istaknuti kako javno poticanje, odnosno pozivanje na nasilje ili mržnju može biti izričito, ali može biti i implicitno kroz pokazivanje rasističkih simbola ili nošenje određenih znakova, uniformi i slično.⁶⁰ Istovremeno se,

⁵⁶ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13, str. 8. Sud je ujedno naveo kako je izjava okrivljenika osobna impresija koju je podijelio s radijskim slušateljima.

⁵⁷ No ne možemo se složiti u dijelu u kojem se traži da počinitelj istovremeno potiče druge ne samo da osjećaju nego i da izražavaju mržnju. Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13.

⁵⁸ Novoselec, P.; Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013, str. 344.

⁵⁹ Suprotno Vukušić, I., Mišić Radanović, N., *Javno poticanje na nasilje i mržnju kao oblik diskriminacije – kaznenopravni i građanskopravni aspekt*, u: *Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, zbornik radova, Kosovska Mitrovica, 2015, str. 143. Pri tome citiraju Bačić, F.; Pavlović, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, 2004, str. 649, gubeći iz vida promjenu zakonskog opisa (i naziva) djela.

⁶⁰ V. opću preporuku br. 35. Odbora za ukidanje svih oblika rasne diskriminacije CERD/C/GC/35 od 2. rujna 2013., par. 16. Takve je radnje i naša sudska praksa u prekršajnim postupci-

kao i kod poticanja općenito, kod ovog kaznenog djela ne traži postupanje s ciljem izazivanja mržnje ili nasilja;⁶¹ dovoljna je i neizravna namjera.

Premda dakle kod tumačenja javnog poticanja valja krenuti od pojma poticanja kao oblika sudioništva, valja imati u vidu i specifičnosti u kontekstu ovog kaznenog djela. Za razliku od poticanja kao akcesornog oblika sudioništva u kaznenom pravu, poticanje i pozivanje u okviru ovog kaznenog djela ne mora dovesti do radnje na koju se potiče; dakle kažnjivo je, i to ne kao pokušaj poticanja (što je moguće kod poticanja kao akcesornog oblika sudioništva), nego kao dovršeno kazneno djelo i kada nije dovelo do reakcije (neuspjelo) potaknutih. Nadalje, kada je riječ o poticanju u smislu sudioništva, potrebno je da se potiče na točno određeno kazneno djelo, dok se ovdje najčešće ne radi o poticanju na radnju,⁶² nego ponajprije o poticanju na razvijanje određenih emocija, zauzimanje stavova, stvaranju neprijateljske klime. Naime iz zakonskog opisa jasno proizlazi kako se javno može poticati ne samo na nasilje nego i na mržnju, a prema praksi ESLJP-a poticanje na mržnju ne sadrži nužno i poziv na čin nasilja ili drugo kazneno djelo.⁶³ Smatramo kako je prostor za ocjenu da je riječ o poticanju na mržnju širi nego kada je riječ o poticanju na izravni čin nasilja te da se već izricanje zamisli u koje se žele uvjeriti drugi, tj. koje se žele nametnuti drugima, a koje u svojoj biti šire ideju mržnje i diskriminacije, odbijanja i neprijateljstva, može podvesti pod ovo kazneno djelo. Osim toga javnim se poticanjem ne potiče određena osoba ili širi krug individualiziranih osoba, nego se tim djelom obuhvaća poticanje šireg kruga ljudi koji se ne mogu individualizirati.⁶⁴ Stoga se ovdje ne radi o sudioničkom poticanju, nego o *općem, neodređenijem poticanju*.⁶⁵

Imajući sve navedeno u vidu, smatramo kako puko oslanjanje na institut poticanja kao oblik sudioništva nije dostatno pri analizi ovog obilježja iz čl.

ma kvalificirala kao radnje koje vrijeđaju javni red i mir, odnosno kao poticanje/raspirivanje mržnje. Presudom Prekršajnog suda u Slavonskom Brodu broj Pp 5.J-375/14-2 okrivljenik je osuđen jer je na glavi nosio crnu šilt-kapu s izvezenim natpisom „Za dom spremni“ i povijesnim hrvatskim grbom, čl. 5. st. 1. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. Prekršajni sud u Zagrebu, presudom broj Pp-89.J-D-789/13, osudio je okrivljenika koji je imao na glavi kapu s vidljivo istaknutim znakovljem kojim se iskazuje ili potiče mržnja ili nasilje na temelju nacionalne, regionalne i vjerske pripadnosti, i to znak u obliku stiliziranog slova „U“ za prekršaj iz čl. 4. st. 1. podst. 4. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima.

⁶¹ Suprotno Vukušić, I., Mišić Radanović, *op. cit.* (bilj. 59), str. 143.

⁶² Naravno, i kod poticanja na nasilje to može biti slučaj ako je primjena sile konkretizirana.

⁶³ ECHR, *Case of Vejdeland and others v. Sweeden*, 1813/07, 9 February 2012, § 55. U tom smislu napadi na osobe počinjeni vrijeđanjem, ismijavanjem i klevetanjem određenih skupina mogu biti dovoljni.

⁶⁴ Vukušić, I.; Mišić Radanović, N., *op. cit.* (bilj. 59), str. 137.

⁶⁵ Bačić, F.; Pavlović, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, 2004, str. 611, u kontekstu pozivanja i poticanja na agresivni rat iz čl. 157. st. 4. KZ/97.

325. st. 1. KZ-a, nego treba imati u vidu specifičnosti konteksta i posljedice na koju se potiče (mržnja ili nasilje), a koja se ne mora ostvariti da bi djelo bilo dovršeno.⁶⁶ Uzevši u obzir sve do sada navedeno, ne možemo se posve složiti s obrazloženjem oslobađajuće presude u dijelu u kojem se navodi kako radnja poticanja na mržnju uvijek „sadrži kvalitetu koja se ne ostvaruje pukim iznošenjem osobnih stavova, pa niti onih koje se u suštini može prepoznati diskriminatorskim, mrzilačkim, šikanirajućim.“⁶⁷ Smatramo kako se pod određenim uvjetima, kad se ima u vidu niz kriterija kao što su primjerice kontekst i društveni utjecaj konkretnog počinitelja,⁶⁸ već i „puko iznošenje“ mrzilačkih i šikanirajućih stavova može podvesti pod pojam javnog poticanja.

3.3.2. *Nasilje ili mržnja*

Sljedeće sporno pitanje koje se može uočiti u analiziranim presudama jest razgraničenje između javnog poticanja na nasilje i javnog poticanja na mržnju. Naime u zakonskom opisu članka 325. st. 1. KZ-a posljedica koja se poticanjem želi izazvati (a koja je izvan bića kaznenog djela) postavljena je alternativno – ili nasilje prema određenoj skupini, odnosno pripadniku skupine ili pak mržnja. U većini presuda sudovi su vodili računa o tom razgraničenju te su postupanje počinitelja označavali uglavnom kao poticanje na mržnju,⁶⁹ ali i kao poticanje na nasilje⁷⁰ ili kao poticanje na mržnju i nasilje (ovisno o tome što bi iz opisanog postupanja doista i proizlazilo).⁷¹ No u nekim je presudama navedeno da je počinitelj na opisan način „javno poticao na mržnju“ iako se eklatantno radilo o pozivanju na nasilno ponašanje prema određenoj skupini, pa držimo da je tako trebalo i kvalificirati.⁷² Konačno, u nekim se presudama navodi da je počinitelj poticao „na nasilje ili mržnju“, a što smatramo da nije

⁶⁶ U tom smislu u pravu su Vukušić, I.; Mišić Radanović, N., *op. cit.* (bilj. 59) kada tvrde da je riječ o formalnom kaznenom djelu, str. 143.

⁶⁷ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13, str. 7.

⁶⁸ O čemu više *infra*, u 4. poglavlju.

⁶⁹ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu broj Kovm-137/2016-5 („Vukovar je srpski“ i slični grafiti).

⁷⁰ Presuda Općinskog suda u Požegi broj K-26/2016-2.

⁷¹ Presuda Općinskog suda u Osijeku broj K-753/2014-2 („dosta pederluka i govorenja da je to normalno, to je bolest i Hitler je imao lijeka za tu bolest“).

⁷² Npr. u presudi Općinskog suda u Osijeku broj 25.K-770/2013-2 sud je javni poziv okrivljenika da se udari po oštećenima punom snagom uz teško naoružanje kvalificirao samo kao poticanje na mržnju. Slično je i u presudi Općinskog suda u Vukovaru broj KMP-21/15-3 pisanje grafita „Ubij Srbina“ i „Čekamo vas mi Hrvati“ kvalificirano samo kao pozivanje na mržnju, isto kao i u presudi Općinskog suda u Čakovcu broj 4 K-169/14-12 („stoka ciganska to treba sve eliminirati“).

pravilno.⁷³ Sudovi bi u svakom konkretnom slučaju na temelju činjeničnog stanja trebali utvrditi je li počinitelj poticao na nasilje, na mržnju ili istovremeno na oboje.

Pri tome je važno podsjetiti na već istaknut stav ESLJP-a kako poticanje na mržnju ne sadrži nužno poticanje na nasilje.⁷⁴ Sam pojam mržnje KZ nije definirao, no prema običnom značenju riječi mržnja se može definirati kao osjećaj krajnje odbojnosti prema nekome ili nečemu, kao bolesno stanje neprijateljstva povezano s nagonom da se kome želi ili čini zlo.⁷⁵ U kaznenopravnom kontekstu zločina iz mržnje među više definicija ističe se ona prema kojoj je mržnja „negativna emocija koja se sastoji u sposobnosti čovjeka da definira, a potom dehumanizira ili demonizira drugoga i postupcima kojima se ta sposobnost izražava“.⁷⁶ U kontekstu govora mržnje neki naši autori mržnju definiraju kao stanje visoke netolerancije zasnovane na raznim razlikama, *a to se stanje postiže tako da se druga strana vrijeđa, blati, ponižava, omalovažava, prezire i ismijava*.⁷⁷ Pozivi na mržnju obično su apeli na strasti, emocije ili razum s puno osjećajnih naboja, a karakteriziraju ih vatrene izjave podobne da „kod drugih raspire strasti, da ih se uvjeri u istinitost i vrijednost poruka ili učvrsti u tome, da ih učini i spremnim za neprihvatljive, neprijateljske postupke.“⁷⁸ U svjetlu navedenog valja promatrati i izjavu iz oslobađajuće presude: „Taj čovjek kad te pogleda, iz njegovih očiju šiklja krv, ali vidjeli ste njegov osmijeh, nije prirodan kao Vaš. Njegov osmijeh je, vidite samo očnjake, zube, koji su spremni za klanje...“.⁷⁹

Zanimljivo pitanje kada je riječ o poticanju na mržnju jest treba li se mržnja kao pobuda vještačiti. Smatramo kako to nije potrebno. Prije svega, pogleda li se zakonski opis tog kaznenog djela, proizlazi kako za počinjenje nije nužno da počinitelj sam postupa motiviran mržnjom,⁸⁰ iako će to najčešće biti slučaj. Dovoljno je da počinitelj svjesno poziva na nasilje ili mržnju prema pripadniku skupine ili skupini zbog njihovih karakteristika. Smatramo stoga kako ni prili-

⁷³ V. npr. Presuda Općinskog suda u Slavonskom Brodu broj 3 K-361/14, kojom je počinitelj osuđen da je na društvenoj mreži Facebook napisao i objavio komentar: „Ubij pedera“, a što je u zakonskom opisu označeno kao poticanje na nasilje ili mržnju.

⁷⁴ ECHR, *Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, § 55.

⁷⁵ V. Hrvatski jezični portal, <http://hjp.znanje.hr/index.php?show=search> [7. 10. 2016.]

⁷⁶ Derenčinović, D. u Derenčinović, D. (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013, str. 68.

⁷⁷ Bačić, F.; Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 66), str. 649. I prema praksi Europskog suda za ljudska prava napadi na osobe počinjeni vrijeđanjem, ismijavanjem i klevetanjem određenih skupina mogu biti dovoljni da bi se kvalificirali kao zabranjen govor mržnje. V. ECHR, *Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, § 55.

⁷⁸ Bačić, F.; Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 65), str. 649.

⁷⁹ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13, str. 2.

⁸⁰ Na to upozorava i Alaburić, V., *op. cit.* (bilj. 12), str. 65.

kom kvalifikacije kaznenog djela iz čl. 325. KZ-a nije potrebno u zakonskom i pravnom opisu povezivanje s čl. 87. st. 21. KZ-a, koji definira zločin motiviran mržnjom.⁸¹ Kod javnog poticanja na nasilje ili mržnju hrvatski je zakonodavac slijedio tzv. model diskriminatorne selekcije (eng. *discriminatory selection model*), a ne model osobnog neprijateljstva (eng. *hostility model*), pa nije nužno dokazati postojanje mržnje ili animoziteta kod počinitelja osobno, nego je dostatno dokazati da je počinitelj odabrao svoju žrtvu zbog njezine stvarne ili presumirane povezanosti s određenom skupinom.⁸²

Stoga „izrazito osoban, snažan“ animozitet prema pojedincu ne isključuje nužno biće ovog kaznenog djela ukoliko je počinitelj svjestan (i pristaje na to) da svojom izjavom javno potiče na mržnju ili nasilje po nekoj od navedenih osnova.⁸³ Nije nužno ni da izraženi animozitet „ovisi samo o pripadnosti oštećenika nacionalnoj skupini u koju ga svrstava okrivljenik“.⁸⁴ S druge strane „moralna diskvalifikacija nekog političara zbog njegove rase, vjere, nacije, spola, ili seksualne orijentacije... jeste govor mržnje (pa makar [počinitelj] osobno prema tome bio i ravnodušan)...“⁸⁵

3.3.3. Odnos javnog poticanja i pozivanja

Jedan je od načina počinjenja predmetnog kaznenog djela javno poticanje na nasilje i mržnju, a drugi činjenje javnosti dostupnima letaka, slika ili drugih materijala kojima se poziva na nasilje i mržnju. U većini presuda kojima se kažnjava počinitelj zbog objavljivanja inkriminirajućih sadržaja koje je sam kreirao te objavio *putem društvene mreže Facebook* takvo postupanje podvedeno je pod zakonski opis “putem računalne mreže javno poticao na nasilje

⁸¹ U tom smislu je pogrešna kvalifikacija u presudi Općinskog suda u Slavonskom Brodu broj 3 K-361/14, kao i ona Općinskog suda u Čakovcu 4 K-169/14-12, u kojoj sud navodi da je okrivljenik „iz mržnje, putem računalne mreže javno poticao na mržnju...“.

⁸² *Prosecuting Hate Crimes, A Practical Guide*, OSCE, 2014, str. 50. Čak i kada je riječ o zločinu iz mržnje (čl. 87. st. 21. KZ-a), kod kojeg mržnja predstavlja (nisku) pobudu zbog koje je djelo počinjeno, njezinu prisutnost nije nužno vještačiti, nego će se djelo kvalificirati kao zločin iz mržnje na temelju objektivnih kriterija, tzv. indikatora predrasuda kao što su okolnosti vezane uz žrtvu (npr. njezina pripadnost određenoj skupini), okolnosti vezane uz objekt radnje (npr. funkcija određenog predmeta), okolnosti vezane uz počinitelja (npr. pripadnost određenoj skupini, kao što su *skinheadi*), ponašanje počinitelja (izjave, simboli, odijevanje), okolnosti vezane uz mjesto i vrijeme počinjenja (npr. religijski praznik, crkva), percepcija žrtve da je riječ o zločinu iz mržnje te odsutnost drugih motiva. *Ibid.*, str. 46-47.

⁸³ Suprotno presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, broj 18 KO-1328/13, str. 8.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Alaburić, V., *op. cit.* (bilj. 12), str. 65.

i mržnju usmjereno prema skupini ljudi zbog ...”,⁸⁶ no ne u svima. U jednoj je presudi navedeno postupanje zakonski opisano kao “na drugi način javno poticao na nasilje i mržnju, usmjereno prema skupini ljudi zbog”⁸⁷ u drugoj presudi takvo postupanje zakonski je opisano kao “*putem računalnog sustava javno poticao* i javnosti učinio dostupnim materijale kojima se poziva na nasilje i mržnju usmjereno prema skupini ljudi zbog...”⁸⁸ dok pak u sljedećoj presudi zakonski opis glasi “*putem računalnog sustava javnosti učinio dostupnim drugi materijal* kojim se poziva na mržnju usmjerenu prema skupini ljudi zbog...”⁸⁹ Držimo kako objava inkriminirajućih komentara na društvenim mrežama predstavlja javno poticanje na nasilje i/li mržnju putem računalne mreže, kako je to ispravno zakonski opisano u presudama protiv četrnaest osoba osuđenih zbog počinjenja predmetnog djela putem društvene mreže Facebook, tj. da se *ne radi o činjenju dostupnim javnosti drugih materijala putem računalnog sustava kojima se poziva na mržnju*.

Naime u svih sedamnaest presuda zbog objave inkriminirajućeg sadržaja na Facebooku, *počinitelji su sastavljali, pisali i objavljivali vlastite komentare i sadržaje, a ne prenosili tuđe materijale* kojima se poziva na nasilje i mržnju, a u kojem slučaju bi onda ispravan zakonski opis glasio: “učinio dostupnim drugima materijale kojima poziva na ...”. Pod takav zakonski opis, smatramo, podvodljivo je postupanje počinitelja koji putem računalnog sustava ili na drugi način ne objavljuju vlastiti, nego tuđi sadržaj i tuđi materijal, koji ima za cilj pozivanje na nasilje i mržnju, dok bi, ukoliko se radi o „autorskom materijalu počinitelja“, zakonski opis trebao glasiti: “putem računalne mreže javno poticao na nasilje i mržnju usmjereno prema skupini ljudi zbog...”. Iako u zakonskom opisu u st. 1. čl. 325. KZ-a nailazimo i na poticanje i na pozivanje na nasilje i mržnju, između pojmova ‘poticanje’ i ‘pozivanje’ nema bitne sadržajne razlike.⁹⁰ Nadalje, kada je riječ o činjenju dostupnim javnosti materijala kojima se poziva na nasilje ili mržnju, treba posebice voditi računa o specifičnostima novinarske profesije i vitalnoj ulozi koju mediji imaju kao „javni pas čuvar“ (eng. *public watchdog*), pa u tim slučajevima ograničenja prava na slobodu izražavanja treba restriktivno tumačiti. Tako je u predmetu *Jersild protiv Danske* ESLJP istaknuo važnost izvještavanja utemeljenog na intervjuima te istaknuo kako bi „[k]ažnjavanje novinara zbog pomaganja u

⁸⁶ Npr. presuda Općinskog suda u Splitu broj K-890/2014.

⁸⁷ Presuda Općinskog suda u Slavonskom brodu broj 3 K-361/14-2.

⁸⁸ Presuda Općinskog suda u Puli broj K-670/13.

⁸⁹ Presuda Općinskog suda u Vinkovcima broj 14-K-460/13.

⁹⁰ Bačić, F.; Pavlović, Š., *op. cit.* (bilj. 66), str. 611-612, u kontekstu „pozivanja i poticanja“ na agresivni rat, koji u pokušaju razgraničenja pojmu pozivanja daju nešto širi i neodređeni karakter, dok poticanje definiraju kao poziv na djelovanje čiji su smjerovi i sadržaji nešto određeniji.

širenju izjava drugih osoba putem intervjua moglo odvratiti tisak od sudjelovanja u javnoj raspravi o pitanjima od legitimnog javnog interesa, pa se ne može podržati, osim ako za to ne postoje osobito važni razlozi.“⁹¹

3.3.4. Ciljana društvena skupina

Članak 325. st. 1. i 4. KZ-a navode niz diskriminatornih osnova (rasna, vjerska, nacionalna ili etnička pripadnost, podrijetlo, boja kože, spol, spolno opredjeljenje, rodni identitet, invaliditet), ali ostavlja prostor da se kao javno poticanje na nasilje ili mržnju iz čl. 325. KZ-a sankcionira i govor mržnje usmjeren protiv nekih drugih skupina (ili njihovih pripadnika) koje se mogu identificirati na temelju „kakovih drugih osobina“ (generalna klauzula). Takav pristup zakonodavca očito je motiviran težnjom da pruži zaštitu i drugim viktimiziranim skupinama, no istovremeno ostavlja prostor za nedoumice, na što upozorava i naša sudska praksa.⁹²

Iz analiziranih presuda razvidno je da su najčešće oštećene osobe zbog svoje nacionalne pripadnosti. Sljedeća kategorija oštećenih osoba po zastupljenosti u analiziranim pravomoćnim presudama jesu pripadnici skupina drugog spolnog opredjeljenja i rodnog identiteta, odnosno LGBT osobe. Etnička pripadnost i podrijetlo treća je kategorija po zastupljenosti među oštećenima ovim kaznenim djelom, a u dva slučaja oštećeni su pripadnici skupine druge boje kože.⁹³

Osim navedenih, zapravo nespornih kategorija, odnosno skupina ljudi koje su kao takve taksativno navedene u zakonskom opisu čl. 325. Kaznenog zakona u dvije su presude kao oštećenici navedene i osobe za koje se pokazuje vrlo spornim ulaze li u krug osoba koje se štite ovim kaznenim djelima, a to su branitelji i policajci.⁹⁴ U presudama u kojima su kao oštećenici navedeni policijski službenici i branitelji pripadnost tim skupinama označena je kao „druge osobe“, no upitno je predstavljaju li navedene kategorije uopće zaštićeni objekt

⁹¹ ECHR, *Jersild v. Denmark*, 15890/89, 23 September 1994, § 35.

⁹² Zanimljivo je primijetiti da definicija zločina iz mržnje čl. 87. st. 21. KZ-a taksativno navodi iste skupne značajke, ali ne sadrži generalnu klauzulu. Pri tome obrazloženje radne skupine pogrešno navodi kako je definicija zločina iz mržnje usklađena sa zahtjevima Okvirne odluke o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije kaznenopravnim sredstvima. V. Turković, K., et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013, str. 129. To čini samo u pogledu učinaka (kvalifikatorna, odnosno otegotna okolnost), dok su diskriminatorne osnove određene znatno šire.

⁹³ No smatramo da je pravna kvalifikacija u jednom od dva predmeta trebala biti drugačija – zločin iz mržnje, a ne „govor mržnje“. V. presudu Općinskog suda u Osijeku broj K-164/2013-2.

⁹⁴ Presude Općinskog suda u Puli broj K-1220/15 i broj K-136/15-8.

ovim kaznenim djelom, odnosno mogu ili se okolnost nečijeg zanimanja i okolnost sudjelovanja u ratu smatrati drugim osobinama u kontekstu zakonske regulative čl. 325. KZ-a. Čini se da naša sudska praksa vrlo ekstenzivno (ali implicitno) tumači pojam drugih osobina na način da njime obuhvaća i one osobe koje ne pripadaju tim skupinama temeljem nekih zadanih vrijednosti i karakteristika, odnosno zbog pripadanja manjinama u bilo kojem sociološkom aspektu. Naime, iako se lista viktimiziranih skupina razlikuje od države do države,⁹⁵ u pravilu je riječ o tzv. ranjivim društvenim skupinama (*vulnerable groups*), koje imaju svijest o svojem posebnom identitetu na temelju određenih zajedničkih objektivnih značajaka.⁹⁶ Stoga podvođenje govora usmjerenog protiv branitelja i policajaca pod doseg čl. 325 držimo neprihvatljivim i suprotnim intenciji zakonodavca, jer su njima oštećene osobe pripadnici skupine koje se ne štite predmetnim člankom. Generalnu klauzulu valja tumačiti restriktivno, na način da kategorije obuhvaćene njome budu jednako vrijedne onim pojedinačno navedenim,⁹⁷ a to, kada je riječ o braniteljima i policijskim službenicima, nije slučaj.

Važno je u konačnici istaknuti kako, da bi bilo ostvareno biće ovog kaznenog djela, nije potrebno da izjava bude upućena cijeloj skupini („srpskom nacionalnom korpusu ili manjini tog etniciteta u RH“), kako pogrešno drži Općinski sud u Zagrebu.⁹⁸ Dovoljno je da je izjava upućena pojedincu ukoliko je to učinjeno zbog njegove pripadnosti određenoj skupini.

3.3.5. Kazneno djelo ili prekršaj

Kada razmatramo zakonski opis kaznenog djela iz čl. 325. KZ-a te zakonske opise prekršaja koji sankcioniraju govor mržnje, odnosno ograničavaju konvencijski zajamčenu slobodu izražavanja,⁹⁹ uočava se kako se radi o vrlo

⁹⁵ *Prosecuting Hate Crimes, A Practical Guide*, OSCE, 2014, str. 21.

⁹⁶ Alaburić, V., *op. cit.* (bilj. 12), str. 64, 81. U pravilu je riječ o manjinama, ali ne nužno jer u nekim slučajevima i manjina u nekom društvu može biti u poziciji moći (npr. vezano uz apartheid). V. definiciju govora mržnje iz dodatka Preporuke Ministarskog odbora Vijeća Europe No. R(97)20, *op. cit.* (bilj. 14).

⁹⁷ O odnosu generalnih klauzula sa zabranom analogije Novoselec, P.; Bojanić, I., *op. cit.* (bilj. 58), str. 72.

⁹⁸ Presuda Općinskog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13, str. 8. Osobno međutim smatramo i kako je izjava formulirana na način „to je uvreda za hrvatski um, za hrvatski mozak, za hrvatskog čovjeka, zamislite, da čovjek koji je Srbin... je ministar tako najvažnijeg resora u državi...“ upućena svakako i drugim Srbima, eventualnim ministrima, jer da je Željko Jovanović i već samo zbog svoje nacionalne pripadnosti nepodoban da bude ministar u Vladi RH, a nije upućena samo Jovanoviću kao pojedincu, pripadniku određene skupine, iako bi i u tom slučaju bilo ostvareno biće tog kaznenog djela.

⁹⁹ V. bilj. 32-36.

sličnim, podudarnim i preklapajućim inkriminacijama pa se postavlja pitanje razgraničenja tog kaznenog djela od prekršajnih djela koja reguliraju opisanu problematiku. Da je zakon neprecizan i nedosljedan u propisivanju elemenata kaznenog u odnosu na prekršajno djelo, svjedoči i u tom smislu „lutanje“ sudske prakse, koja vrlo slična ponašanja podvodi u jednom slučaju pod kazneno, a u drugom pod prekršajno djelo.¹⁰⁰

No kada bismo promatrali i uvažavali neke od kriterija koje je iskristalizirao ESLJP odlučujući u predmetima osuđenih počinitelja ima li ili nema zlouporabe slobode govora i izražavanja u pojedinim slučajevima (o čemu više u idućem poglavlju) i imali u vidu *ultima ratio* karakter kaznenog prava, čini nam se da postoji prostor da se elementi predmetnog kaznenog djela sagledavaju restriktivnije te da se nedozvoljena ponašanja u kojima nije moguće sa sigurnošću dokazati namjeru počinitelja da potakne druge na nasilje i mržnju ili potencijalnu opasnost za javni red i mir podvode i sankcioniraju odredbama prekršajnih zakona (Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, Zakona o javnom okupljanju, Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, Zakona o suzbijanju diskriminacije...)¹⁰¹

4. PRAKSA ESLJP-a

Prilikom procjene potpada li konkretan govor pod inkriminaciju iz čl. 325. KZ-a ili bi njegovo sankcioniranje ipak zadiralo u slobodu izražavanja određene smjernice našim sudovima nudi i praksa ESLJP-a. Imajući u vidu da tolerancija i poštivanje jednakog dostojanstva svih ljudi predstavlja temelj demokratskog, pluralističkog društva, ESLJP zastupa stav kako je u nekim situacijama ipak nužno kažnjavanje, odnosno sprečavanje svih oblika izražavanja koji

¹⁰⁰ Tako primjerice kod komentara na Facebooku povodom prosvjeda za prava LGBT osoba, kojima se izražava odbojnost prema pripadnicima te skupine te poziva na netrpeljivost prema osobama drukčije spolne orijentacije, kada se u kaznenom predmetu inkriminira „...kakva parada, koja glupost ići ulicom i vikati ja sam peder, dosta pederluka i govorenja da je to normalno, to je bolest i Hitler je imao lijek za tu bolest“ (presuda Općinskog suda u Osijeku broj K-753/2014-2), a u prekršajnom „doč, popit, poist, bacit kamen“ (presuda Prekršajnog suda u Splitu, Pp 4 J-734/14).

¹⁰¹ Tako je u presudi Prekršajnog suda u Zagrebu broj 47 PpJ-4877/13 počinitelj osuđen za prekršaj iz čl. 4. st. 1. podst. 7. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima jer je „...nakon službenog završetka utakmice nogometnih reprezentacija... izašao na središnji dio travnjaka, okrenuo se prema gledateljima te uzviknuo „Za dom“, na što su gledatelji odzdravili sa „Spremni“, iako svjestan da uzvik „Za dom“, uz odzdrav“ Spremni“ simbolizira službeni pozdrav za vrijeme totalitarnog režima NDZ te kao takav predstavlja manifestaciju rasističke ideologije, prezir prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti, te trivializiranje žrtava zločina protiv čovječnosti, nakon čega je s uzdignutom rukom, ponovno...“

šire, potiču, promiču i opravdavaju mržnju koja se temelji na netoleranciji.¹⁰² Pri tome je ESLJP govoru mržnje pristupao iz dva rakursa. Osim kroz čl. 10. Konvencije i dopuštena ograničenja prava na slobodu izražavanja, Sud je govor mržnje promatrao i kroz prizmu čl. 17. EKLJP-a, koji, kako je već rečeno, zabranjuje zlouporabu prava. U predmetu *Seurot protiv Francuske* ESLJP je istaknuo kako „[n]ema sumnje da su primjedbe usmjerene protiv temeljnih vrijednosti Konvencije putem čl. 17. isključene od zaštite prema čl. 10.“¹⁰³ Drugim riječima “opća svrha članka 17. jest spriječiti pojedince ili grupe s totalitarnim ciljevima da iskorištavaju za vlastite interese načela koja su formulirana u Konvenciji.”¹⁰⁴ U takvim će iznimnim situacijama, kada je odmah jasno da je sloboda izražavanja korištena za ciljeve koji su očito protivni vrijednostima Konvencije,¹⁰⁵ sud zahtjev podnositelja (osuđene osobe) proglasiti nedopustivim (*inadmissible*) i neće se ni upuštati u ocjenu je li ograničenje slobode izražavanja bilo zakonom propisano i nužno radi zaštite legitimnih ciljeva prema čl. 10. st. 2. EKLJP-a. Takvu postupanju Sud je bio sklon kada je riječ o negiranju Holokausta,¹⁰⁶ osobito snažnom verbalnom napadu na neku etničku skupinu,¹⁰⁷ ali i u slučajevima iznimno oštre antimuslimanske propagande.¹⁰⁸

U svim ostalim slučajevima Sud je prema čl. 10. st. 2. EKLJP-a ocjenjivao je li pojedino ograničenje slobode izražavanja:

1. predviđeno zakonom te je li zakon, sukladno traženju Konvencije, određene kvalitete, odnosno je li *dostupan i predvidljiv*. Ovaj se zahtjev smatra ispunjenim kada je iz izričaja odredbe moguće zaključiti, pa makar i uz pomoć sudskog tumačenja, koja činjenja i propusti uz sebe vežu kaznenu odgovornost.¹⁰⁹ ESLJP je imao u vidu da nije moguće postići potpunu preciznosti i određenost u izričaju zakona te da je ponekad nužno razjašnjavanje odredbe kroz tumačenje sudova. Ono što je pritom važno jest da nema nenadane i nepredvidljive promjene sudske prakse.¹¹⁰

¹⁰² ECHR, *Erbakan v. Turkey*, no. 59405/00, 6 of July 2006, § 56.

¹⁰³ ECHR, *Seurot v. France*, 57383/00, 18 May 2004.

¹⁰⁴ ECHR, *Norwood v. UK*, 23131/03, 16 November 2004.

¹⁰⁵ ECHR, *Paksas v. Litva*, GC, 34932/04, 6 January 2011, § 88.

¹⁰⁶ ECHR, *Garaudy v. France*, 65831/01, 24 June 2003, *W.P. and others v. Polland*, 42264/98, 2 September 2004.

¹⁰⁷ Osobito kada govor predstavlja cijelu skupinu/zajednicu u uznemirujućem svjetlu, koje može dovesti do osjećaja odbacivanja i neprijateljstva (ECHR, *Pavel Ivanov v. Russia*, 35222/04, 20 February 2007).

¹⁰⁸ Npr. karikatura tornjeva u plamenu s natpisom „*Islam out of Britain – Protect the British People*“, ECHR, *Norwood v. UK*, 23131/03, 16 November 2004). Slično i ECHR, *Le Pen V. France*, 18788/09, 20 April 2010.

¹⁰⁹ ECHR, *Kononov v. Latvia* [GC], 36376/04, 17 May 2010, § 185.

¹¹⁰ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 138.

2. ima legitiman cilj, odnosno postoji li koji od ciljeva koji se navode u stavku 2. članka 10. U ovom kontekstu osobito su važni ciljevi sprječavanje nereda ili zločina te zaštita ugleda ili prava drugih. Sprječavanja nereda valja tumačiti restriktivno na način da u postupku pred ESLJP-om vlada treba dokazati kako su tvrdnje podnositelja zahtjeva *mogle dovesti ili su stvarno dovele do nereda*.¹¹¹ Kada je riječ o zaštiti prava drugih, valja istaknuti kako je pravo drugih i zaštita od negativnih stereotipa. Tako je u predmetu *Aksu protiv Turske* sud našao da negativni stereotipi etničke skupine, kada dosegnu određeni nivo, mogu imati utjecaj na osjećaj grupnog identiteta i osjećaj vrijednosti i samopouzdanja kod pripadnika skupine te mogu utjecati na njihov privatni život u okviru čl. 8. st. 1. EKLJP-a.¹¹² Još jedno od važnih konvencijskih prava s kojim pravo na slobodu izražavanja može doći u koliziju jest pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi iz čl. 9. EKLJP-a. U takvim je slučajevima potrebno balansirati između dva priznata prava.
3. nužno u demokratskom društvu, tj. je li postignuta poštena ravnoteža između potrebe da se zaštiti neki legitimni interes i zaštite slobode izražavanja. To je vjerojatno i najzahtjevniji dio testa, koji se odnosi kako na zakonodavca tako i na sudbenu vlast. Naime nije dovoljno da je zahvat u slobodu izražavanja kroz kaznenu osudu učinjen samo zato što se određeni izričaj može podvesti pod apstraktno formuliranu odredbu, ono što se traži jest da je takvo ograničenje bilo nužno prema okolnostima konkretnog slučaja.¹¹³ To znači da se zahtjev procjene nužnosti, odnosno razmjernosti odnosi kako na zakonodavca tako i na sudbenu vlast. Pri tome države imaju polje slobodne procjene (eng. *margin of appreciation*) koje je najuže kada je riječ o političkom govoru jer je sloboda izražavanja osobito bitna za izabrane predstavnike naroda koji predstavljaju svoju izbornu bazu i brane njihove interese. Međutim čak ni političari nisu posve zaštićeni od zadiranja u slobodu izražavanja i iznimno je važno da se upravo oni suzdrže od komentara koji promiču netoleranciju.¹¹⁴ Najšire polje slobodne procjene državama je ostavljeno kada je riječ o pitanjima javnog morala, pristojnosti i religije jer u Eu-

¹¹¹ U predmetu *Perincek* Veliko je vijeće smatralo kako švicarska vlada nije dokazala takvu opasnost. *Ibid.*, § 152.

¹¹² ECHR, *Aksu v. Turkey* [GC], 4149/04, 41929/04, 15 March 2012, § 67. I u predmetu *Perincek* ESLJP je promatrao ograničenje prava na slobodu izražavanja podnositelja zahtjeva (koji je negirao genocid nad Armencima) u odnosu s pravima drugih, tj. prava Armenaca na zaštitu svojeg dostojanstva, koje obuhvaća i identitet konstruiran oko viktimizacije, ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, §§ 156-157.

¹¹³ ECHR, *Sunday Times v. UK*, 26 April 1979, §. 65, ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, §. 275.

¹¹⁴ ECHR, *Feret v. Belgium*, 15615/07, 16 July 2009.

ropi ne postoji uniformni stav o tome u kojoj mjeri zahtjev za zaštitom prava drugih (kao legitimno ograničenje slobode izražavanja) obuhvaća i napade na njihova vjerska uvjerenja, što ostavlja širi prostor državama pri reguliranju slobode izražavanja „u odnosu na djela koja moga uvrijediti intimna osobna uvjerenja iz sfere morala ili religije“.¹¹⁵ Međutim u situacijama kada je riječ o pitanjima od nedvojbenog javnog interesa u demokratskom društvu ograničenja slobode izražavanja moraju se tu- mačiti restriktivno, čak i kada se sporne izjave tiču religijskih pitanja.¹¹⁶

U praksi ESLJP-a, kao i u nekim relevantnim neobvezujućim dokumenti- ma,¹¹⁷ iskristalizirao se niz kriterija o kojima bi suci trebali voditi računa pri procjeni gdje prestaje pravo na slobodu izražavanja, a počinje govor mržnje, tj. je li ograničenje prava na slobodu izražavanja bilo uistinu nužno i razmjerno potrebi. Međusobni odnos i djelovanje tih kriterija nije moguće unaprijed odrediti, nego ponajviše ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja (*highly context specific*).¹¹⁸ U svakom slučaju, neki od čimbenika o kojima svakako treba voditi računa jesu:

- a) Sadržaj i cilj izjava. U obzir treba posebno uzeti način na koji su argu- menti strukturirani i izneseni i namjeru da se stigmatizira druga strana, kao i činjenicu da je sadržaj izjave takav da potiče na nasilje i mržnju, i stoga ide izvan onoga što se može tolerirati u političkoj debati, čak i u pogledu onih osoba koje zauzimaju ekstremne položaje na političkom spektru.¹¹⁹ Pri procjeni može li se sadržaj neke izjave nepristrano tu- mačiti kao poziv na nasilje ili opravdanje nasilja, mržnje ili netoleran- cije ESLJP je osobito vodio računa o tome napadaju li sporne izjave, odnosno bacaju li negativno svjetlo na cijelu etničku, vjersku ili kakvu drugu skupinu.¹²⁰ Jedan od važnih kriterija u praksi Suda jest i ocjena pridonosi li sporni izričaj „bilo kojem obliku javne debate koja može donijeti napredak u ljudskim pitanjima“ (eng. *public debate capable of*

¹¹⁵ V. ECHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 13470/87, 20 September 1994, § 50, ECHR, *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, 10 July 2003, § 67.

¹¹⁶ U predmetu *Giniewski v. France*, 64016/00, u presudi od 7. lipnja 2005. ESLJP je našao povredu čl. 10. EKLJP-a zbog osude podnositelja zahtjeva na temelju članka u kojem je naveo da su određene doktrine Katoličke crkve pripremile temelj na kojem su izrasle ideje i implementacija Auschwitzta.

¹¹⁷ Akcijski plan iz Rabata o zabrani zagovaranja nacionalne, rasne ili religijske mržnje koja predstavlja poticanje na diskriminaciju, mržnju ili nasilje, *op. cit.* (bilj. 11), para. 22. CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11), par. 15.

¹¹⁸ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 208.

¹¹⁹ ECHR, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, 21279/02 and 36448/02, 22 October 2007, [GC], § 57.

¹²⁰ ECHR, *Pavel Ivanov v. Russia*, 35222/04, 20 February 2007, ECHR, *Le Pen v. France*, 18788/09, 20 April 2010.

furthering progress in human affairs).¹²¹ Sud je kontinuirano naglašavao kako su debate o povijesnim činjenicama u pravilu pitanja koja se dotiču javnog interesa te da nije uloga Suda da u njima arbitrira (no istovremeno je jasno zauzeo stav kako je negiranje Holokausta i nacističkih zločina nekompatibilno s vrijednostima EKLJP-a).¹²² Važno je konačno istaknuti kako izjave kojima se zalaže za zaštitu ljudskih prava pojedina ili skupina nikad ne bi trebalo podvrgnuti sankcijama.¹²³

- b) Način na koji su izjave dane, tj. način njihova prijenosa. Sud je tako isticao kako izjave dane u formi poezije naspram onih prenesenih putem javnih medija imaju manji doseg, pa je u takvim slučajevima teže opravdati ograničenje slobode izražavanja.¹²⁴ Jednako tako, pluralistička izborna debata na televiziji, gdje su suprotstavljena različita stajališta, umanjila je štetne učinke spornih izjava, pa je ESLJP u takvu slučaju smatrao da ograničenje slobode izražavanja nije bilo nužno.¹²⁵ S druge strane distribucija diskriminatornih i mrziteljskih izjava putem letaka koji su došli do velikog broja ljudi u više je navrata navela Sud na zaključak kako je uistinu postojala neodložna društvena potreba za ograničenjem slobode izražavanja.¹²⁶ Važno je i je li izjava dana jednokratno ili je više puta ponavljena u medijima.¹²⁷
- c) Podobnost izjava da izravno ili neizravno dovedu do štetnih posljedica, odnosno vjerojatnost da će takve posljedice nastupiti. Ovaj je kriterij usko povezan s prethodnim jer (potencijalni) utjecaj neke izjave ovisi i o njezinu dosegu, tj. načinu prijenosa. Tako je primjerice u predmetu *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden* Sud uzeo u obzir da skupina koja je dala određene izjave nije imala nikakva stvarnog utjecaja, čak ni lokalno, pa stoga njezina okupljanja nisu bila pogod-

¹²¹ V. presudu u predmetu ECHR, *Otto-Preminger-Institut V. Austria*, 13470/87, 20 September 1994, § 49; i ECHR, *Gündüz v. Turkey*, 35071/97, 14 June 2004, § 37. Tako je primjerice zalaganje za uvođenje šerijatskog prava u Turskoj pitanje od javnog interesa te se ne može smatrati govorom mržnje.

¹²² ECHR, *Garaudy v. France*, 65831/01, 24 June 2003.

¹²³ CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11), par. 15.

¹²⁴ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 207, gdje sud citira vlastitu odluku u predmetu *Karatas v. Turkey* [GC].

¹²⁵ ECHR, *Gündüz v. Turkey*, 35071/97, 14 June 2004, § 37.

¹²⁶ U predmetu ECHR, *Feret v. Belgium*, 15615/07, 16 July 2009, leci sa sloganima kao što su „Zaustavite islamizaciju Belgije“ te „Pošaljite neeuropske tražitelje posla kući“ distribuirani su manje obrazovanom dijelu populacije uslijed izborne kampanje, zbog čega je sud smatrao da su takve poruke jače odzvanjale. U predmetu ECHR, *Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, § 56-57, Sud je osobito spornim smatrao što su leci s homofobnim sadržajem distribuirani u školi, tj. ostavljeni u školskim ormarićima.

¹²⁷ U predmetu ECHR, *Radio France and Others v. France*, 53984/00, 30 March 2004, §§ 35, 39, difamirajuće izjave puštene su u eter čak šezdeset i dva puta.

na postati platforma za propagiranje nasilja i netolerancije.¹²⁸ Nasuprot tome u predmetu *Radio France and Others* Sud je primijetio da su izjave emitirane na nacionalnom radiju šezdeset i dva puta.¹²⁹ Pri tome je jasno kako do posljedica stvarno ne treba doći, no potrebno je utvrditi stupanj rizika za nastanak određene štete.¹³⁰

- d) Ekonomska, društvena i politička klima, tj. kontekst u kojem su izjave dane, uključujući postojeći obrazac diskriminacije protiv neke skupine. Izričaj koji je u nekom kontekstu neutralan može imati opasne posljedice u drugom okruženju.¹³¹ Sud je bio sklon prihvatiti ograničenja slobode izražavanja kada je izjava dana u kontekstu napete političke ili društvene situacije, kao što je postojanje oružanog sukoba, napete situacije vezane uz integraciju imigranata muslimanskog porijekla ili pak zategnute odnose s nacionalnim manjinama nakon ponovne uspostave neovisnosti.¹³² Važan je i povijesni kontekst države o kojoj je riječ, osobito kada je riječ o negiranju Holokausta i drugih međunarodnih zločina – države u kojima su nacistički zločini počinjeni imaju posebnu moralnu odgovornost distancirati se od masovnih zločina koje su počinile ili tolerirale.¹³³ U okviru ovog kriterija upravo u kontekstu negiranja međunarodnih zločina valja osobito uzeti u obzir i protek vremena i zemljopisnu udaljenost.¹³⁴ Ograničenje slobode izražavanja teže će biti opravdati kao nužno i razmjerno kada je od povijesnih događaja u pogledu kojih su sporne izjave dane prošlo četrdeset i više godina,¹³⁵ kao i kada se radi o negiranju geografski udaljenih zločina.¹³⁶
- e) Uloga i status govornika u društvu i publika kojoj je govor upućen. Osobito je važna uloga koju imaju političari kao kreatori javnog mišljenja.¹³⁷ Stoga je sud isticao važnost da se političari, kada se izražavaju u javnosti,

¹²⁸ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29225/95 & 29221/95, 2 October 2001, §§ 101-03 and 110, preuzeto iz ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 218.

¹²⁹ ECHR, *Radio France and Others v. France*, 53984/00, 30 March 2004, §§ 35, 39.

¹³⁰ Rabat Plan of Action, *op. cit.* (bilj. 11).

¹³¹ CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11). O ovome je osobito bilo govora u vezi s poticanjem na genocid. Međunarodni kazneni sud za Ruandu naglašavao je kako to predstavlja li neki govor poticanje na genocid valja procjenjivati uzimajući u obzir kulturni i jezični kontekst sredine u kojoj je izjava dana (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, §§ 556-558).

¹³² Usp. ECHR, *Soulas and others v. France*, 15948/03, 10 July 2008, § 38-39; ECHR, *Le Pen V. France*, 18788/09, 20 April 2010; ECHR, *Balsyte-Lideikiene v. Lithuania*, 72596/01, 4 November 2008, § 78.

¹³³ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 243.

¹³⁴ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, §§ 219, 242-250.

¹³⁵ ECHR, *Lehideux and Isorni*, 24662/94, 23 September 1998, § 55.

¹³⁶ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 246.

¹³⁷ CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11).

suzdrže od komentara koji promiču netoleranciju.¹³⁸ U ovom kontekstu smatramo kako valja naglasiti i ulogu javnih osoba, čije izjave katkad mogu imati i jači učinak od izjava političara. Što se publike tiče, ESLJP je, među ostalim, upozoravao kako osobito osjetljivu publiku čine djeca budući da se na mlade ljude u osjetljivoj dobi može lako utjecati.¹³⁹

- f) Sankcija. Ograničenje slobode izražavanja u formi kaznene osude nezostavno zahtijeva detaljnu sudsku procjenu i nadzor. Pri tome čak i veću važnost od težine sankcije ima sama činjenica da je riječ o osudi za kazneno djelo.¹⁴⁰

Osim navedenih kriterija, kada je riječ o negiranju genocida, odnosno međunarodnih zločina, ESLJP je uzimao u obzir još neke faktore, kao što su ne/postojanje konsenzusa među državama članicama o tome predstavljaju li događaji u pitanju međunarodni zločin i postoji li potreba kažnjavanja negirajućih izjava, način na koji je relevantna država nastojala opravdati osudu govora¹⁴¹ te, konačno, postoje li norme međunarodnog prava koje reguliraju predmetnu materiju.¹⁴² Iz navedene analize jasno proizlazi kako se pojedini kriteriji preklapaju i kako među njima nema jasnog odnosa. Također, ono što sam Sud nije posebno problematizirao, a o čemu svakako treba voditi računa, jest kompleksan odnos između oslanjanja na te kriterije i primjene načela zakonitosti u smislu određenosti obilježja kaznenog djela.

5. ZAKLJUČCI I SMJERNICE

Često se ističe kako govor mržnje predstavlja uvertiru za nasilje i kako je kao takav potencijalno društveno opasan, pa stoga treba biti zabranjen.¹⁴³ S druge strane zagovaratelj i tzv. američkog modela i gotovo apsolutne slobode

¹³⁸ ECHR, *Feret v. Belgium*, 15615/07, 16 July 2009.

¹³⁹ Već spominjani predmet *Vejdeland*, u kojem su distribuirani leci u školi (ECHR, *Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, § 56-57).

¹⁴⁰ ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, §. 273.

¹⁴¹ Zbog neslaganja s pravnom kvalifikacijom ili s dominantnim shvaćanjima u konkretnoj državi, što ESLJP smatra sankcioniranjem različitog mišljenja i stoga neprihvatljivim, ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, §§ 269-271.

¹⁴² ECHR, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15 October 2015, § 258 *et seq.*

¹⁴³ Usp. tekst Alaburić, V., *Kako je predsjednica u svom pismu Pupovcu relativizirala širenje mržnje*, objavljen u tiskanom izdanju Telegrama 20. veljače 2016. godine, <http://www.telegram.hr/politika-kriminal/komentar-kako-je-predsjednica-u-svom-pismu-pupovcu-relativizirala-sirenje-mrznje/> [7. 10. 2016.]. Neki autori upozoravaju i na tzv. estetizaciju mržnje; atmosferu u kojoj nasilje i mržnja postaju svakodnevne i normalne društvene pojave i time ruše moralne dileme koje bi inače stvarale blokadu za nasilje. V. Obradović S., *Dugotrajna infekcija: O govoru mržnje u medijima nakon rata*. Media online, 2001, www.mediaonline.ba/ba/pdf.asp?ID=63&n=DUGOTRAJNA [7. 10. 2016].

izražavanja u sankcioniranju govora mržnje vide relikat tzv. verbalnog delikta i komunističkog vremena¹⁴⁴ te naglašavaju kako je pravi odgovor na svaki govor mržnje još više slobodnog govora, tj. slobodno tržište ideja kroz koje će se ideje slobodno „ventilirati“.¹⁴⁵ Ni jedan ni drugi pristup nemaju očitu potporu u empirijskim istraživanjima pa pristup ovoj materiji uvelike ovisi o ideološkim shvaćanjima i drugim faktorima. Jasno je kako kažnjavanje izraženog mišljenja vodi na sklisku padinu (tzv. *slippery slope*) i nosi u sebi opasnost od totalitarizma te ga stoga valja izbjegavati kada god je to moguće. Osim toga zakoni koji inkriminiraju govor mržnje, istraživanja pokazuju, često pate od nejasnih, rastezljivih i nedovoljno određenih formulacija koje dovode u pitanje temeljne postulate načela zakonitosti i jednakosti građana pred zakonom.¹⁴⁶ S druge strane, slažemo se, „granice su prijedene kada je riječ o pozivu na akciju... Zabrana opasnih mišljenja nije legitimni cilj, samo zaštita određenih konkretno ugroženih prava je legitimna. Zabrane ne trebaju ugušiti sadržaj mišljenja i razmjenu stavova, već isključivo oblike, formu širenja mišljenja koje se odnose na prijelaz na opipljivu povredu prava.“¹⁴⁷

Republika Hrvatska dio je europskog pravnog prostora i s europskim državama dijeli slično povijesno i kulturno naslijeđe, a dio tog naslijeđa predstavlja i restriktivniji pristup slobodi izražavanja kada je riječ o tzv. govoru mržnje. Taj se pristup iskristalizirao i u Okvirnoj odluci EU-a o rasizmu i ksenofobiji,¹⁴⁸ koju je RH implementirala u svoj pravni sustav. Iako je zbog dužnosti prihvaćanja pravne stečevine EU-a prostor za posve samostalnu regulaciju te materije u RH sužen, smatramo kako hrvatski zakonodavac ipak nije iskoristio sve mogućnosti koje mu Okvirna odluka pruža kako bi pružio jači oslonac sudskoj praksi pri procesuiranju govora mržnje, ponajprije kada je riječ o razgraničenju kaznenih djela od prekršaja. Zbog toga se zalažemo za sužavanje kaznenopravne zone kroz adekvatnu konstrukciju ovog djela barem kao tzv. delikta podobnosti kao podvrste delikata apstraktnog ugrožavanja. Drugim riječima, kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. st. 1. KZ-a trebalo bi već u zakonskom tekstu jasno vezati uz potencijalnu

¹⁴⁴ Sesardić, N., *op. cit.* (bilj. 4).

¹⁴⁵ „An open exchange of ideas is the best way to find the truth“, Marloes van Noorloos, *Hate Speech Revisited. A comparative and historical perspective on hate speech law in the Netherlands and England & Wales*, intersentia, 2011, str. 33.

¹⁴⁶ Kiska, R., *Hate Speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence*, Regent University Law Review, vol. 25:107, str. 112-113.

¹⁴⁷ Kostadinov, B., *Granice slobode izražavanja u izvanrednim stanjima*, Odvjetnik 7-8/16, str. 39.

¹⁴⁸ Naravno, nije moguće govoriti o jedinstvenom pristupu europskih država toj materiji, što pokazuje i analiza Europske komisije, koja upozorava na raznolikosti i manjkavosti pri implementiranju Okvirne odluke, *op. cit.* (bilj. 38).

opasnost za javni red te kao kazneno djelo progoniti samo one slučajeve kada je djelo počinjeno na način koji je prikladan poremetiti javni red.¹⁴⁹ Javni red može se smatrati narušenim ponajprije kada je stvorena otvorena ili latentna opasnost od nasilja, kada zajednički život više nije moguć bez straha za život, tijelo ili imovinu i kada je zbog toga narušeno povjerenje u pravni poredak i sigurnost.¹⁵⁰ No da bi to djelo bilo dovršeno, nije nužno da uistinu i dođe do nereda, već je dovoljno da je izjava barem prikladna narušiti javni red. To će biti najlakše utvrditi onda kada do uznemirenja javnosti uistinu i dođe, ali takvo utvrđenje može proizlaziti i iz sadržaja, načina izražavanja počinitelja i drugih relevantnih okolnosti te se procjenjuje od slučaja do slučaja. Od velike je važnosti pri procjeni i predispozicija javnosti, posebice mladeži, za nasilje te prethodni, manje ili više ugroženi položaj skupine protiv koje je usmjeren govor mržnje u određenom društvu.¹⁵¹ Pri tome osobno ne smatramo da drugi oblici tzv. govora mržnje, tj. javnog poticanja na nasilje ili mržnju koje objektivno nije bilo podobno stvoriti opasnost za javni red, ne bi trebali biti kažnjivi. Niz zakona, kako je objašnjeno prije, propisuje kažnjivost poticanja na mržnju, ali i samog iskazivanja mržnje, kao prekršaja, što, kad se ima u vidu sudska praksa (u prekršajnim postupcima), potencijalno može predstavljati čak i učinkovitiji mehanizam reakcije (novčane kazne v. uvjetna osuda, brža reakcija, praktično uvjetovani razlozi procesne ekonomije kada je riječ o velikom broju počinitelja). Naravno, stigma koja se veže uz kaznenu osudu veća je, no treba je vezati uz one uistinu društveno opasne izričaje, imajući u vidu *ultima ratio* narav kaznenog prava.

Iako zakonski opis djela iz čl. 325. KZ-a eksplicitno ne sadrži takvo ograničenje, govor mržnje i sada bi u Hrvatskoj trebalo smatrati kaznenim djelom samo ako je riječ o govoru koji može poremetiti javni red. Takvo (restriktivno)

¹⁴⁹ S druge strane veza s javnim redom i mirom, tj. sprečavanje nereda, samo je jedan od legitimnih ciljeva radi kojih je dopušteno ograničiti pravo na slobodu izražavanja. Važan razlog ograničenja predstavlja i zaštita prava drugih, uključujući i pravo na ljudsko dostojanstvo. Prema praksi ESLJP-a takav se govor može ograničiti čak i ako ne može ugroziti javni red i mir. U tom smislu i CERD navodi da je govor mržnje „*speech which rejects the core human rights principles of human dignity and equality and seeks to degrade the standing of individuals and groups in the estimation of society*“ (CERD/C/GC/35, *op. cit.* (bilj. 11), para 10). Govor mržnje, čak i kad ne može ugroziti javni red i mir, duboko zadire u psihi čovjeka i stvara netolerantno društvo te je destruktivan za društvo kao cjelinu (V. odvojeno mišljenje sutkinje Yudkivska, kojem se pridružio i sudac Villiger u predmetu *Vejdeland, ECHR, Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, § 9). Premda, prihvati li se naš prijedlog, svi oblici destruktivnog govora mržnje neće predstavljati kazneno djelo, u ovakvim slučajevima u obzir će i dalje dolaziti prekršajna odgovornost.

¹⁵⁰ V. Joecks, W.; Miebach, K., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2012, StGB § 130, Rn. 22-26.

¹⁵¹ *Ibid.*

tumačenje djela u skladu je i s dominantno zaštićenim pravnim dobrom – javnim redom – koje to kazneno djelo, s obzirom na svoj smještaj u glavu XXX., kao i *ratio* inkriminacije, štiti.¹⁵² Osim toga, takvim tumačenjem ne ide se na štetu počinitelja, pa se ne krši načelo zakonitosti,¹⁵³ a ono je u skladu i s opcijom koju državama daje Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji. Konačno, kroz takvo tumačenje jasnije je razgraničenje ovog kaznenog djela od analognih prekršaja, kako protiv javnog reda i mira tako i prema Zakonu o suzbijanju diskriminacije i drugim prije navedenim prekršajnim zakonima.

Pregled dostupne sudske prakse pokazuje kako se naši sudovi do sada uglavnom nisu bavili detaljnom analizom svih obilježja čl. 325. KZ-a. Izo- stanak obrazloženja ili njihova kratkoća u presudama koje su donesene temeljem optužnica, nažalost, onemogućuju zaključivanje o sudskim stajalištima u vezi s pojedinim obilježjima ovog kaznenog djela. Tako primjerice, kada su u pitanju zaštićene skupine, premda se okolnosti da je osoba pripadnik braniteljske populacije ili redarstvenih snaga mogu svrstati pod „druge osobine“, imajući u vidu *ratio* djela i teleološko tumačenje, policijske službenike, branitelje i slične kategorije ne bi trebalo smatrati zaštićenom skupinom u smislu ovog kaznenog djela. Nadalje, praksa je neujednačena i u pogledu razgraničenja kaznenog djela i prekršaja. Smatramo osim toga kako se mogu problematizirati i u kaznenim postupcima izrečene sankcije. U svim analiziranim predmetima u kojima je došlo do osuđujuće presude izrečena je uvjetna osuda, pri čemu mjera uvjetovane kazne zatvora, kao i rok kušnje, prilično odstupaju. Ni u jednom predmetu nije izrečena kazna koja bi bila zamijenjena radom za opće dobro na slobodi niti su izrečene posebne obveze putem kojih bi se pokušalo uistinu specijalno preventivno djelovati na počinitelja da promijeni svoja ksenofobna i rasistička shvaćanja te u budućnosti ne čini ovo i slična kaznena djela.

Praksa ESLJP-a bez dvojbe stavlja naše sudove pred nove izazove: jasno je kako nema mehaničke primjene zakona budući da načelo razmjernosti ne veže samo zakonodavca nego i suce, koji bi u svakom predmetu trebali uzeti u obzir niz gore elaboriranih kriterija. Takav pristup već na prvi pogled dovodi u pitanje odnos djela iz čl. 325. KZ-a i načela zakonitosti, no s druge strane taj problem nije imanentan samo ovom kaznenom djelu, nego se pojavljuje uvijek kada treba vagati između suprotstavljenih pravnih dobara, odnosno temeljnih

¹⁵² Javni red i mir obuhvaća stanje zajedničke pravne sigurnosti i mirnog zajedničkog života građana, kao i svijest zajednice da živi mirno. V. Joecks, W.; Miebach, K., *op. cit.* (bilj. 150), StGB § 130, Rn. 22-26.

¹⁵³ U tom smislu i Schönke, A.; Schröder, H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2010, 1414, kada navode da, budući da ovaj zahtjev prikladnosti ima korektivnu funkciju izdvajanja slučajeva koji nisu kažnjivi, on se ne protivi zahtjevu određenosti kao važnom aspektu načela zakonitosti.

ljudskih prava. Stoga je nužno izbjegavati generaliziranje te je sve relevantne okolnosti, kriterije i načela potrebno cijeliti i stavljati u međusobne odnose „od slučaja do slučaja“.

Svakako, riječ je o kompleksnoj i aktualnoj materiji, o kojoj još nema čvrstog konsenzusa kako u RH tako ni na međunarodnom nivou. Osim problematiziranih pitanja cijelu novu razinu problema otvara i uporaba suvremenih tehnologija te fenomen tzv. *online*-govora mržnje, koji ostavljamo za neku buduću raspravu.

Summary

WHERE DOES THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION END AND HATE SPEECH BEGIN? AN ANALYSIS OF CROATIAN LEGISLATION AND JURISPRUDENCE IN THE LIGHT OF EUROPEAN LEGAL STANDARDS

In this paper, the authors analyse the right to the freedom of expression as a fundamental human right, which is important both for the development of free individuals and of any democratic system. However, since this right is not an absolute one, the authors endeavour to establish its limits in relation to hate speech which is not generally considered as a protected right to the freedom of expression in the area of European law. This has been a very topical issue in the last few years in Croatia, due to relatively frequent statements that the public perceive as potential hate speech, and a proportionately smaller number of related criminal procedures. Following an overview of relevant international sources, the authors focus on Croatian legislation and case law in an attempt to assess whether the problem actually exists, and, if it does, whether it is a consequence of an inadequate legal framework, or of inconsistent case law. Based on an analysis of ECtHR judgments and identified problems, the authors provide their *de lege ferenda* recommendations, and some guidelines for working on future cases.

Keywords: freedom of expression, hate speech, racism, xenophobia, discrimination, public incitement to violence and hate