

ZLOČIN IZ MRŽNJE I GOVOR MRŽNJE

Priručnik za polaznike/ice

Izrada obrazovnog materijala:

Izv. prof. dr. sc. Maja Munivrana
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Doc. dr. sc. Aleksandar Maršavelski
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Zagreb, rujan 2021.

SADRŽAJ

PREDGOVOR.....	4
I. ZLOČINI IZ MRŽNJE	6
1. Uvod.....	6
2. Podaci o predmetima zločina iz mržnje.....	6
3. Dileme u kontekstu kaznenih djela	8
3.1. Što su zločini iz mržnje – kaznena djela?.....	8
3.2. Motiviranost mržnjom i mješoviti motivi	10
3.3. Neujednačenost pravnog kvalificiranja zločina iz mržnje i vrednovanja mržnje kao otegotne okolnosti.....	12
4. Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja.....	15
4.1. Konceptualizacija prekršaja iz mržnje.....	15
4.2. Učinkovita istraga i mogućnost njenog ostvarenja kroz prekršajni postupak.....	16
4.3. Ne bis in idem	20
5. Primjeri iz prakse.....	25
5.1. Odabrana praksa Europskog suda za ljudska prava	25
5.2. Odabrani slučajevi za radionicu.....	29
6. Zaključno o zločinima iz mržnje	36
II. GOVOR MRŽNJE	39
1. Uvodno o slobodi izražavanja i njenim ograničenjima.....	39
2. Što je to govor mržnje?.....	41
3. Hrvatski pravni okvir	44
3.1. Javno poticanje na nasilje ili mržnju	45
3.2. Praksa hrvatskih sudova - pregled	47
3.3. Neka otvorena pitanja	52
4. Standardi Europskog suda za ljudska prava	61
5.1. Odabrana praksa Europskog suda za ljudska prava	67
5.2. Odabrani slučajevi za radionicu.....	69
7. Zaključno o govoru mržnje.....	77

PREDGOVOR

Regulacija i procesuiranje zločina iz mržnje i govora mržnje su izazov suvremenih demokratskih društava koje teže društvu tolerancije i brige za manjinske članove društva. Jedan od rezultata sveobuhvatnog istraživanja zločina iz mržnje Hrvatskog pravnog centra u okviru projekta IRIS – „Unapređenje borbe protiv nesnošljivosti kroz istraživanje, izradu preporuka i obuku“ (u nastavku: projekt IRIS),¹ u kojem su sudjelovali i autori ovog teksta, jest potreba za edukacijom državnih odvjetnika i sudaca, koji su uz policiju najodgovorniji za procesuiranje zločina iz mržnje i govora mržnje, kako u kaznenom tako i u prekršajnom postupku. Stoga je potrebno zahvaliti Pravosudnoj akademiji koja je prepoznala važnost ove tematike i uvrstila ju u godišnji program cjeloživotnog obrazovanja sudaca i državnih odvjetnika. Premda se ne radi o kategoriji kaznenih djela i prekršaja s kojim se susreću svakodnevno, kvaliteta rada na ovim predmetima je od vitalne važnosti za demokratsko i tolerantno društvo, kao i multikulturalno okruženje u Europskoj uniji. Upravo to je prepoznala i Europska komisija koja je 2020. godine inicirala izmjenu članka 83. stavku 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, a kako bi zločin iz mržnje i govor mržnje potpali pod tzv. ostala područja kaznenih djela čije suzbijanje je od posebnog interesa za Europsku uniju zbog posebne težine takvih djela, kao i mogućnosti da ona imaju i prekogranični karakter.

Pred Vama je priručnik koji smo priredili za potrebe edukacije sudaca i državnih odvjetnika na temu zločina iz mržnje i govora iz mržnje 2021. godine, a koji se značajnim dijelom temelji na prethodnom istraživačkom radu na predmetnim temama, u okviru spomenutog projekta IRIS, kao i u okviru objavljenih radova iz ovog tematskog područja.² Pritom smo materijal podijelili u dva dijela – prvi se bavi zločinima iz mržnje, a drugi govorom mržnje – s obzirom na specifičnosti ovih dviju

¹ Munivrana Vajda, M., Sučić I., Maršavelski A., Eterović I., Zločin iz mržnje u Hrvatskoj: Empirijsko istraživanje slučajeva u razdoblju od 2013. do 2018. godine, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2020. (u nastavku: IRIS)

² Šurina Marton, A.; Munvirana Vajda, M., „Zločini iz mržnje u kaznenopravnoj i prekršajopravnoj praksi“, Novine u kaznenom zakonodavstvu - 2020., Opatija, Hrvatska (2021): 137-14; Munivrana Vajda, M., Šurina Marton, A., "Gdje prestaju granice slobode izražavanja, a počinje govor mržnje? Analiza hrvatskog zakonodavstva i prakse u svjetlu europskih pravnih standarda." Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 23.2 (2016): 435-467; Munivrana Vajda, M., Šurina Marton, A., "Zločini iz mržnje u Republici Hrvatskoj–neki teorijski i praktični prijepori." Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 26.2 (2019): 389-416.

kategorija, premda se u određenim aspektima, dakako, isprepliću. Osim toga nastojali smo uključiti i mjerodavnu praksu Europskog suda za ljudska prava, kao i praktične slučajeve na kojima se mogu diskutirati problemska pitanja.

I. ZLOČINI IZ MRŽNJE

1. Uvod

Zločini iz mržnje, uključujući i govor mržnje, u posljednje vrijeme sve su češće predmetom javnog i stručno-znanstvenog interesa, a ovdje ćemo ukazati na pojedine zanimljive ili sporne aspekte u kaznenopravnoj i prekršajnopravnoj praksi. Pritom ćemo se ograničiti na otvorena pitanja na koja se nailazi u kaznenom i u prekršajnom postupku, kao što su motivi počinjenja, pravne kvalifikacije, učinkovitost istrage te se na kraju nešto više osvrnuti na institut koji navedene postupke nužno povezuje, a u praksi je zadnjim godina pretrpio izvjesne izmjene – *ne bis in idem*.

Neka od ovih otvorenih pitanja su se iskristalizirala tijekom istraživanja u okviru projekta IRIS. Tim projektom obuhvaćeni su svi pravomoćno okončani kazneni predmeti od 2013. do 2018. godine u kojima je postupak pokrenut za zločin iz mržnje, ali i predmeti u kojima nije uopće došlo do kaznenog progona zato jer je počinitelj ostao nepoznat ili je državni odvjetnik odbacio kaznenu prijavu odnosno odustao od progona ili je pak u konačnici postupak pokrenut za obično kazneno djelo, a ne zločin iz mržnje. Projektom su analizirani i prekršaji koji bi se po svojoj strukturi mogli kvalificirati kao zločin iz mržnje, iako kao takvi nisu pravno označeni zbog manjkavosti zakonskog okvira, o čemu će još biti riječ *infra*. Osim ovih predmeta i spomenutog istraživanja, kao podloga za ovaj rad u razmatranje su uzeti i noviji kazneni predmeti koji su postali pravomoćni tijekom 2019. i 2020. godine.

2. Podaci o predmetima zločina iz mržnje

U Hrvatskoj postoji mehanizam praćenja zločina iz mržnje pri Uredu za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Vlade Republike Hrvatske kao središnjeg tijela za prikupljanje, objedinjavanje i objavu podataka o zločinima iz mržnje, suradnju s organizacijama civilnoga društva i međunarodnim organizacijama koje djeluju u ovom području. Prikupljanje i vođenje statističkih podataka o zločinima iz mržnje regulirano je Protokolom o postupanju u slučajevima zločina iz mržnje, a koje objedinjava Ured za ljudska prava i prava nacionalnih manjina na šestomjesečnoj

osnovi. Međutim, prepreka kvalitetnog vođenja statistike o ovim predmetima i dalje su metodološki nedostaci koji se tiču bilježenja ovih predmeta, a kod prekršaja ne postoji posebno regulirana kategorija prekršaja iz mržnje pa su dosadašnji statistički podaci o prekršajima iz mržnje bili nevjerodostojni.

ZLOČIN IZ MRŽNJE – STATISTIČKI PODACI ZA 2020. (uključuje i podatke za kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz članka 325. Kaznenog zakona)	
Broj evidentiranih slučajeva od strane Ministarstva unutarnjih poslova	87
Broj predmeta u kojima su postupala nadležna državna odvjetništva (uključuje predmete prenesene iz prethodnog razdoblja)	138
Broj pravomoćnih osuđujućih presuda	18

PREKRŠAJI VEZANI UZ ZLOČIN IZ MRŽNJE – STATISTIČKI PODACI ZA 2020.	
Broj prekršajnih djela	3
Broj pravomoćnih osuđujućih presuda u prekršajnom postupku	8

Izvor: Ured za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Vlade Republike Hrvatske³

U rezultatima spomenutog projekta IRIS; vidljive su specifične karakteristike i podaci o djelima, indikatorima predrasuda, zaštićenim osobinama, žrtvama i počiniteljima zločina iz mržnje.

Kada govorimo o učestalosti pojedinih pravnih kvalifikacija, u uzorku analiziranih kaznenih djela iz mržnje najčešća kvalifikacija bila je prijetnja, osim kod predmeta s nepoznatim počiniteljem gdje dominira oštećenje tuđe stvari.⁴ U uzorku prekršaja iz mržnje najčešća pravna kvalifikacija policije (44,8%) bio je prekršaj iz čl. 25. stavka 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije (dalje: ZSD), a slijede prekršaji prema Zakonu o prekršajima protiv javnog reda i mira (dalje: ZPPJRM) i to čl. 6. ZPPJRM (13,1 %) i čl. 13. ZPPJRM (15,5%).⁵

Indikatori predrasuda posebno su važni za adekvatno prepoznavanje zločina iz mržnje. Oni uključuju: percepciju same žrtve da je riječ o zločinu iz mržnje, prateće izjave počinitelja (npr. prijetnje i uvrede žrtvi zbog pripadnosti skupini),

³ <https://ljudskaprava.gov.hr/suzbijanje-zlocina-iz-mrznje/602>

⁴ IRIS, op.cit., str. 3.

⁵ Ibid.

činjenica da se radi o nasilnom djelu bez jasnog povoda, pripadnost žrtve određenoj skupini, upotreba određenih simbola i obilježja (npr. grafiti, odjeća počinitelja), izjava svjedoka, funkcija nekog predmeta (npr. vjerski objekt), indikatori vezani uz mjesto počinjenja (npr. crkva, gay klub), indikatori vezani uz vrijeme počinjenja (npr. Parada ponosa, pravoslavni Božić), pripadnost počinitelja nekoj skupini (npr. Skinhead), utvrđenje ranijih incidenata protiv iste skupine i dr. Među analiziranim predmetima u okviru projekta IRIS, tri najčešća indikatora predrasuda koje je zabilježila policija u svim skupinama predmeta bili su: prateće izjave počinitelja (69,5% predmeta) kao npr. prijetnje i uvrede žrtvi zbog pripadnosti skupini, percepcija žrtve da se radi o ZIM (63,4%) te činjenica da se radi o nasilnom djelu bez jasnog povoda (53,4%).⁶

Učestalost zaštićenih osobina koje se pojavljuju u predmetima zločina iz mržnje ukazuju na ugroženost pojedinih skupina žrtava. Prema rezultatima projekta IRIS, u 90,1% predmeta policija je zabilježila najmanje jednu zaštićenu osobinu, od čega daleko najučestalija je nacionalnost i etničko podrijetlo (71,2%), slijedi vjeroispovijest (18,6%) koja se u gotovo polovini predmeta pojavljuje zajedno s nacionalnošću i etničkim podrijetlom, spolno opredjeljenje (8,5%) te rasa i boja kože (8,5%).⁷ U predmetima u kojima je zabilježena zaštićena osobina nacionalnost i etničko podrijetlo, najčešće su viktimizirani Srbi (u dvije trećine predmeta, 66,7%) i Romi (12,3%).⁸

3. Dileme u kontekstu kaznenih djela

3.1. Što su zločini iz mržnje – kaznena djela?

Kada je riječ o kaznenim djelima, pravni okvir je relativno jasan. Prema čl. 87. st. 21. Kaznenog zakona zločin iz mržnje je

„kazneno djelo počinjeno zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog podrijetla, jezika, invaliditeta, spola, spolnog opredjeljenja ili

⁶ Ibid., str. 4.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

rodnog identiteta druge osobe. Takvo postupanje uzet će se kao otegotna okolnost ako ovim Zakonom nije izričito propisano teže kažnjavanje.“⁹

Dakle, svako tzv. obično kazneno djelo (*eng. „base offence“*) ako je motivirano predrasudama počinitelja zbog neke od taksativno navedenih zaštićenih osobina (*eng. „bias motivation“*) predstavlja zločin iz mržnje koji *ex lege* dovodi do težeg kažnjavanja – bilo kroz težu kvalifikaciju za koju je propisana teža kazna, bilo kroz zahtjev upućen sudovima da se takvo postupanje ima uzeti kao otegotna okolnost.

Sukladno mjerodavnom pravnom okviru mogu se razlikovati tri skupine kaznenih djela:

- kaznena djela kod kojih je već zakonodavac predvidio mržnju kao kvalifikatornu okolnost (kazneno djelo teškog ubojstva (čl. 111.t. 4. KZ), sakaćenje ženskih spolnih organa (čl. 116. st.3. KZ), tjelesna ozljede (čl. 117. st. 2. KZ), teška tjelesna ozljeda (čl. 118. st. 2. KZ), osobito teška tjelesna ozljeda (čl. 119. st. 2. KZ), prijetnja (čl. 139. st. 3. KZ), teško kazneno djelo protiv spolne slobode (čl. 154. st. 1. t. 4. i 155. st. 3. KZ), izazivanje nereda (čl. 324. st. 2. KZ));
- kaznena djela kod kojih mržnja predstavlja okolnost o kojoj ovisi poduzimanje progona *ex officio* – po službenoj dužnosti umjesto po privatnoj tužbi žrtve (prisila (čl. 138. st. 2. KZ));
- sva druga kaznena djela koja se mogu označiti u svezi s čl. 87. st. 21. KZ te kod kojih počinjenje djela „iz mržnje“ treba predstavljati otegotnu okolnost.

Govor mržnje analizira se zasebno jer je strukturno različit od ZIM (kod govora mržnje bez diskriminatorne motivacije nema ni samostalnog predikatnog djela). Također u skladu s Okvirnom odlukom o rasizmu i ksenofobiji može se zaključiti da govor mržnje, u Hrvatskoj prvenstveno inkriminiran člankom 325. Kaznenog zakona, ne treba smatrati ZIM u smislu čl. 87. st. 21. KZ te da kod tog djela činjenicu da je isto počinjeno zbog neke od zaštićenih osobina ne treba uzimati kao otegotnu okolnost.

⁹ Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21.

3.2. Motiviranost mržnjom i mješoviti motivi

Iako je definicija zločina iz mržnje iz čl. 87. st. 21. KZ na prvi pogled jasna, njena primjena izaziva niz prijevora i nedoumica, pri čemu u nastavku obrađujemo nekoliko pitanja važnih za ujednačavanje sudske prakse.

Analizom gornje definicije jasno proizlazi da se radi o zločinu iz mržnje, ako je neko kazneno djelo počinjeno **zbog nečije** pripadnosti određenoj skupini ili nečije osobine. Međutim, postavlja se pitanje mora li se raditi o isključivoj motiviranosti nečijom zaštićenom osobinom odnosno može li se raditi o zločinu iz mržnje kada je djelo rezultat više združenih motiva ili situacijskih faktora. U većini analiziranih predmeta sudovi nisu izričito zauzimali i obrazlagali stav o ovom pitanju, već se isti može nazrijeti tek implicitno kroz usporedbu činjeničnog opisa i činjenice je li isto dovelo do osude za zločin iz mržnje. U jednom analiziranom rješenju kojim su maloljetnicima izrečene odgojne mjere, međutim, sud navodi kako je „u tom sukobu bilo i uvredljivih riječi koje su maloljetnici utužene prigode uputili oštećenima, ali svakako se iz te okolnosti ne može tvrditi da bi sam napad bio isključivo motiviran nacionalnom pripadnošću oštećenika.“¹⁰ Prema presudi ESLJP u predmetu Balasz protiv Mađarske, međutim, isključiva motiviranost mržnjom odnosno predrasudama nije potrebna. Naime, u tom je predmetu Sud posebno istaknuo kako ponekad situacijski faktori mogu imati jednaki ili čak i snažniji učinak od predrasuda prema skupini kojoj pripada žrtva te kako zločini iz mržnje nisu samo radnje temeljene isključivo na žrtvinim karakteristikama već počinitelji mogu imati i mješovite motive.¹¹ Zbog navedenog se može ukazati upitnom odluka državnog odvjetništva da poruku okrivljenog upućenu oštećenom putem mobitela („*Sada krećem, znam gdje živiš, j* te u usta četnička, j* ti ženu i dijete, dijete ću ti zaklati i zapalit ću vas sve*“) kvalificira „samo“ kao prijetnju, a ne i prijetnju - zločin iz mržnje i to usprkos percepciji žrtve da je povod za djelo njeno ime na temelju kojeg okrivljeni pogrešno smatra da oštećeni nije Hrvat nego Srbin. Iako okrivljeni kao povod pak navodi neriješene imovinske odnose, njihovo eventualno postojanje automatski ne isključuje kvalifikaciju zločina iz

¹⁰ Općinski sud u Šibeniku, Km-9/13, rješenje od 10. travnja 2014. godine.

¹¹ ESLJP, *Balasz protiv Mađarske*, zahtjev br. 15529/12, presuda od 20. listopada 2015. godine, par. 70.

mržnje, pa bi u takvim situacijama državni odvjetnici više pažnje trebali posvetiti pitanju je li među mješovitim motivima ulogu igrao i diskriminatorni motiv.¹²

S druge, pak, strane, činjenica da je žrtva očito pripadnik zaštićene skupine, pa čak ni eventualno verbaliziranje te činjenice od strane počinitelja, nužno ne znače da je riječ o zločinu iz mržnje. To su samo indikatori, a u konkretnom slučaju mogu prevladati drugi indiciji koji ukazuju da djelo nije rasno motivirano. Tako je u predmetu Beganović jedan od napadača spomenuo romsko podrijetlo podnositelja zahtjeva pred ESLJP, ali ništa nije ukazivalo da je pripadnost romskoj skupini igrala ikakvu ulogu u napadu na njega. Po mišljenju suda okolnosti su pokazivale da je napad bio čin osвете za prethodni napad, te ničim nisu ukazivale da bi bio rasno motiviran.¹³ Čini nam se kako je ispravno stoga državno odvjetništvo prepoznalo da se ne radi o zločinu iz mržnje već samo o prijetnji u slučaju u kojem je okrivljenik prijetio žrtvama spominjući usput njihovo romsko podrijetlo, budući da je okrivljenik počinio kazneno djelo uslijed nezadovoljstva zbog neplaćanja stanarine od strane oštećenih odnosno članova njihove obitelji – Roma kojima je prethodno iznajmio stan.¹⁴

U širem se kontekstu motiva može promatrati i nedosljednost u pravnoj kvalifikaciji pod koju se podvodi ispisivanje grafita homofobnog sadržaja, a što se u sličnim situacijama jednom označava kao kazneno djelo oštećenja tuđe stvari iz čl. 235., i to nekad kao st. 2., a nekad kao st. 3., a drugi puta kao stjecaj kaznenog djela oštećenja tuđe stvari i kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. Kaznenog zakona. Smatramo, međutim, kako bi se kao kriterij za razgraničenje ova dva kaznena djela, odnosno samostalnog kaznenog djela oštećenja tuđe stvari i javnog poticanja na nasilje i mržnju trebala cijeliti okolnost da li se grafiti ispisuju na imovini žrtve određene osobine, a upravo s nakanom da se ošteti imovina određene osobe koja pripada nekoj od zaštićenih skupina, u kojem bi se slučaju radilo o počinjenju kaznenog djela oštećenja tuđe stvari iz mržnje iz čl. 235. st. 3. Kaznenog zakona, ili je pak mrzilački tekst grafita ispisan na mjestu koje ne pripada nužno konkretnom pojedincu ili skupini određene pripadnosti, kada bi se, pod pretpostavkom ostvarenja svih bitnih elemenata, ispunjavalo biće kaznenog djela iz

¹² Općinski sud u Novom Zagrebu, Presuda – kazneni nalog, posl. br. 11 K-226/16-2 od 7. lipnja 2016. godine.

¹³ ESLJP, *Beganović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 46423/06, presuda od 25. lipnja 2009. godine.

¹⁴ Općinski sud u Splitu, Presuda – kazneni nalog, posl. br. K-631/16 od 30. svibnja 2016. godine.

čl. 325. Kaznenog zakona u stjecaju s „običnim“ oštećenjem tuđe stvari iz čl. 235. st. 1. ili 2. bez vezivanja uz čl. 87. st. 21. KZ.

Daljnja neujednačenost kod kvalificiranja grafita kao kaznenog djela oštećenja tuđe stvari proizlazi iz očite nedoumice može li se mržnja, kao sastavni dio inkriminacije, smatrati "niskom pobudom", koju okolnost kao kvalifikatornu predviđa st. 3. čl. 235. Kaznenog zakona. Iako su mišljenja podijeljena te postoje prihvatljivi razlozi za jedno i drugo, mi smo skloniji prikloniti se stajalištu kako je zakonodavac smatrao da se mržnja može podvesti pod nisku pobudu, kao što je to označio i kod kaznenog djela teškog ubojstva iz čl. 111. toč. 4. Kaznenog zakona. Tako je i Općinski sud u Splitu okrivljenika koji je u više navrata oštetiio vozila s registarskim pločicama Republike Srbije bušeci gume na kotačima, skidajući registarske pločice, slamajući brisače, grebuci vrata i sl., osudio za produljeno kazneno djelo oštećenja tuđe stvari iz čl. 235. st. 3. KZ u svezi s st. 1. i čl. 52. KZ (uz pridodan i čl. 87. st. 21. KZ) što je „tuđu pokretnu stvar oštetiio, a kazneno djelo je počinio iz niskih pobuda i mržnje zbog nacionalnog podrijetla.“¹⁵ S druge strane, u drugom činjenično sličnom predmetu oštećenja vozila srpskih registarskih oznaka, djelo je kvalificirano samo kao 'obično' oštećenje tuđe stvari iz čl. 235. st. 1. KZ u svezi s čl. 87. st. 21. KZ, a ne iz niskih pobuda, uslijed čega je i primjenjivi kazneni okvir bio znatno drugačiji – kazna zatvora do 2 godine, a ne od 6 mjeseci do 5 godina, kao u prvom primjeru.¹⁶

3.3. Neujednačenost pravnog kvalificiranja zločina iz mržnje i vrednovanja mržnje kao otegotne okolnosti

Uvodno spomenuto istraživanje je pokazalo kako postoji znatna neujednačenost u kvalificiranju kaznenih djela kod kojih mržnja predstavlja otegotnu okolnost. Iako nije sporno da bi u takvim situacijama djelo trebalo pravno kvalificirati u svezi s čl. 87. st. 21. KZ, u nekoliko je predmeta uočeno kako se to ne radi,¹⁷ te se

¹⁵ Presuda Općinskog suda u Splitu, posl. br. K-761/2015-31 od 27. rujna 2019. godine.

¹⁶ Presuda Općinskog suda u Šibeniku, posl. br. K-182/14, kazneni nalog od 14. srpnja 2014. godine.

¹⁷ V. npr. Općinski sud u Splitu, Presuda – kazneni nalog, posl. br. KML-58/14 od 29. kolovoza 2014. godine kojem je okrivljeni osuđen zbog počinjenja kaznenog djela prijetnje, „a kazneno djelo je počinjeno iz mržnje“, no djelo je kvalificirano samo kao čl. 139. st. 4. u svezi st. 2. KZ, bez navođenja čl. 87. st. 21. KZ. Za tri kaznena djela prijetnje iz čl. 139. st. 2. i 4. Kaznenog zakona, bez dovođenja u vezu s čl. 87. st. 21. KZ osuđen je okrivljenik koji je „drugima ozbiljno prijetio da će ih usmrtniti, a djelo je počinjeno iz mržnje i prema bliskim

kazneno djelo, uglavnom prijetnje, kvalificiralo samo kao čl. 139. st. 2. i 4. KZ, pri čemu iz kvalifikacije nije bilo jasno da je riječ o prijetnji iz mržnje, a trebalo je biti. Istina je kako je st. 4. indicirao mogućnost da se radi o mržnji, ali mržnja je u tom stavku, sve do izmjena Kaznenog zakona iz 2019. godine,¹⁸ bila samo jedna od u tom stavku više navedenih procesnih pretpostavki progona po službenoj dužnosti, umjesto po privatnoj tužbi. Stoga je svakako trebalo u ovakvim situacijama djelo i pravno kvalificirati u vezi s čl. 87. st. 21. KZ dok je, usput rečeno, vezanje pravne oznake kaznenog djela uz procesnu pretpostavku za progon nepotrebno, te u pravnoj kvalifikaciji u dispozivu i pogrešno.

Kao još važniju pojavu valja istaknuti činjenicu da u gotovo pola analiziranih pravomoćnih presuda za zločine iz mržnje kod kojih mržnja predstavlja otegotnu okolnost po sili zakona, kazneni sudovi nisu našli otegotnih okolnosti uopće ili nisu kao takvu vrednovali mržnju.¹⁹ Smatramo kako se radi o povredi odluke o kazni zbog koje bi se državni odvjetnici trebali žaliti. Novija dostupna praksa otkriva pozitivne pomake. Iako su u svim analiziranim predmetima koji su postali pravomoćni nakon 2018. godine, pa nisu obuhvaćeni istraživanjem, sudovi ipak eksplicitno, kao što je i potrebno, naveli kako mržnju smatraju otegotnom okolnošću (npr. što je djelo počinjeno zbog netrpeljivosti prema osobama srpske nacionalnosti²⁰), s obzirom na mali broj spomenutih pravomoćnih presuda te brojnost onih u kojima takvo vrednovanje izostaje, čini se da suci često previđaju zakonsku obvezu uzimanja zločina iz mržnje otegotnom okolnosti, nametnutu čl. 87. st. 21. KZ-a. No, čak i kad se navedena odredba dosljedno primjeni, kažnjavanje za zločin iz mržnje ostaje unutar zakonskog okvira predviđenog za svako pojedino kazneno djelo. Ipak, uvažavajući težinu zločina iz mržnje, kao i neupitnu potrebu njihova kažnjavanja višim kaznama no za „obično“ kazneno djelo, možda bi trebalo razmisliti, *de lege ferenda*, o zakonskom rješenju koje bi za zločin iz mržnje predviđalo mogućnost strožeg kažnjavanja za svako djelo koje se veže uz čl. 87. st. 21. KZ-a za, recimo, 1/3 iznad zakonskog maksimuma.

osobama“ (Općinski sud u Dubrovniku, Stalna služba u Metkoviću, posl. br. K-274/18, presuda od 17. srpnja 2018. godine.

¹⁸ NN 126/19.

¹⁹ V. IRIS, op.cit., bilj. 1.

²⁰ V. primjerice presudu Općinskog suda u Bjelovaru, posl. br. K-482/2019 od 23. siječnja 2020. godine.

To bi tada bilo primjenjivo i kod kaznenih naloga, kod kojih je presuda u ovom trenutku nešto drugačija situacija nego kod presuda nakon provedene rasprave. Naime, u istima se, ukoliko sud nađe osnovanim prijedlog državnog odvjetništva, prihvaća i izriče kazna koju je predložilo državno odvjetništvo u optužnici. U takvim presudama redovito izostaje obrazloženje o odmjeravanju kazne, odnosno koje su olakotne i otegotne okolnosti pritom cijenjene, pa nije ni moguće vidjeti koju je „težinu“ imala okolnost što je kazneno djelo počinjeno iz mržnje. Držimo da bi u takvim predmetima bilo uputno da državno odvjetništvo u optužnici kojom traži izdavanje kaznenog naloga, iako to nije obvezni element optužnog akta, navede razloge i okolnosti na kojima se temelji prijedlog kazne, a u kojoj bi se argumentaciji svakako trebalo očitavati koji je značaj dan činjenici da je kazneno djelo počinjeno iz mržnje te kako je istu potrebno posebno vrednovati kao otegotnu.

S druge je, pak, strane, općenito upitna opravdanost predlaganja i izdavanja kaznenih naloga kod zločina iz mržnje. Osim kod, uvjetno rečeno, lakših kaznenih djela i okolnosti počinjenja istih, ako se zločini iz mržnje uopće mogu smatrati takvima, držimo da kod većine zločina iz mržnje počinitelje treba „izvesti pred sud“ i, između ostalog, i na taj način istaknuti težinu takovih djela i prijekor počinitelju. U takvim predmetima i javnost s pravom očekuje da sud donese odluku o krivnji i izrekne kaznu nakon javno provedene rasprave. U kontekstu navedenog nalazimo kako je državno odvjetništvo, primjerice, u predmetu u kojem se počinitelj tereti da je s većom skupinom nepoznatih muških osoba u nakani da ponizi i povrijedi dostojanstvo više osoba crne rase, odnosno tamne boje kože, ovima dovikivao „monkey, monkey“ te glasom oponašao glasanje majmuna, nakon čega je zajedno s drugima trčao za oštećenima koji su pobjegli i tjelesno ih napao udarajući ih rukama i nogama po tijelu, a jednoga i staklenom bocom po glavi, uslijed čega su zadobili lake tjelesne ozljede, bilo primjerenije podići optužnicu te tražiti da počinitelj pristupi sudu, gdje će biti provedena rasprava te on biti proglašen krivim i (javno) osuđen, no što je bilo traženje i izdavanje kaznenog naloga zbog kaznenog djela nasilničkog ponašanja iz čl. 323.a u vezi čl. 87. st. 21. Kaznenog zakona.²¹

²¹ ODO Split broj K-DO-1435/2019 od 3. 9. 2019. i OS Split broj K-775/2019 od 5. rujna 2019.

4. Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja

4.1. Konceptualizacija prekršaja iz mržnje

Prekršajno zakonodavstvo ne sadrži pojam prekršaja iz mržnje, no jasno je kako i razni prekršaji mogu biti počinjeni iz mržnje odnosno predrasuda. Da se i prekršaji mogu karakterizirati kao zločini iz mržnje eksplicitno je navodio već i prvi Protokol o postupanju u slučaju zločina iz mržnje koji, međutim, nije bio normativni akt, pa je njegov doseg bio ograničen.²² Provedeno istraživanje pokazuje kako se u ovom kontekstu najčešće radi o prekršajima iz čl. 6. i 13. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira (ZPPJRM)²³ te iz čl. 25. Zakona o suzbijanju diskriminacije (ZSD).²⁴ I dok prva dva u svom biću uopće ne sadrže element mržnje odnosno predrasuda, djelomično normativno podudaranje - ali ne i potpuna podudarnost - postoji između čl. 87. st. 21. KZ i čl. 25. ZSD. Prema čl. 25. ZSD kažnjiv je tko

„s ciljem prouzročenja straha drugome ili stvaranja neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja na temelju razlike u rasi, etničkoj pripadnosti, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovnom stanju, članstvu u sindikatu, društvenom položaju, bračnom ili obiteljskom statusu, dobi, zdravstvenom stanju, invaliditetu, genetskom naslijeđu, rodnom identitetu ili izražavanju i spolnoj orijentaciji povrijedi njegovo dostojanstvo.“

Očito, krug diskriminatornih osnova je znatno širi u čl. 25. ZSD, a različito je i subjektivno stanje koje se traži na strani počinitelja.

U odsutnosti preciznije odredbe, diskriminatorna narav prekršaja protiv javnog reda i mira mogla bi se, a držimo i trebala, izraziti u procesu odmjeravanja kazne, na način da se činjenica kako je prekršaj počinjen zbog žrtvine zaštićene osobine vrednuje kao otegotna.²⁵ Istraživanje pokazuje, međutim, kako takvu pobudu naši prekršajni sudovi uopće ne vrednuju. Nadalje, vrlo nekonzistentna praksa policije i prekršajnih sudova postoji i u pogledu izražavanja diskriminatorne naravi djela kroz samu kvalifikaciju, gdje se različiti oblici diskriminatornih napada ponekad

²² V. u Munivrana Vajda, M.; Šurina Marton, A., 2019, *op. cit.* bilj. 2, str. 409. Ta je greška otklonjena novim Protokolom o postupanju u slučaju zločina iz mržnje od 23. travnja 2021. koji je objavljen u Narodnim novinama (NN 43/21). Novi Protokol pojmom zločina iz mržnje također obuhvaća i prekršaje.

²³ NN 5/90, 30/90, 47/90, 29/94.

²⁴ NN 85/08, 112/12. V. rezultate istraživanja objavljene u izvješću Hrvatskog pravnog centra, IRIS, *op. cit.*

²⁵ Naime, čl. 36. st. 2. Prekršajnog zakona, NN 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17, 118/18, izrijekom spominje pobude iz kojih je prekršaj počinjen kao okolnost koja utječe da kazna po vrsti i mjeri bude lakša ili teža za počinitelja.

kvalificiraju samo kao čl. 6. ili 13. ZPPJRM, ponekad samo kao čl. 25. ZSD, a ponekad u stjecaju.²⁶ Kvalifikacija naravno u velikoj mjeri ovisi o optužnom prijedlogu, ali i o svim okolnostima događaja koje prije optuživanja treba utvrditi, pa se primjedbe u tom smislu mogu uputiti policijskom postupanju, ali samo donekle. Naime, u nekolicini promatranih predmeta, iako bi iz činjeničnih opisa prekršaja proizlazila podvodljivost pod oba Zakona, prekršajni su sudovi smatrali kako je prekršaj iz čl. 25. ZSD obuhvaćen (konzumiran) člankom 6. ZPPJRM, te su u osuđujućoj presudi ispuštali taj (diskriminatorni) dio optužnog prijedloga gubeći iz vida različite zaštitne objekte ovih inkriminacija. Ni državno odvjetništvo, onda kada se pojavljuje kao ovlaštenu tužitelj u prekršajnom postupku, što se u pravilu događa onda kada povodom kaznene prijave zaključuje da se ne radi o kaznenom djelu nego prekršaju, ne obraća dovoljno pažnje izražavanju diskriminatornog motiva kroz kvalifikaciju prekršaja. Tako je primjerice u jednom predmetu državno odvjetništvo odbacilo kaznenu prijavu smatrajući kako prijetnja nije bila dovoljno ozbiljna, pa stoga ne predstavlja kazneno djelo iz čl. 139. st. 2. KZ nego prekršaj, te je istovremeno podnijelo optužni prijedlog zbog prekršaja iz čl. 6. i čl. 13. ZPPJRM, ali ne i za čl. 25. ZSD.²⁷ U konkretnom slučaju u optužnom prijedlogu navedeno je kako je skupina mladića, od kojih su identificirana i optužnim aktom obuhvaćena dvojica, zbog netrpeljivosti prema pripadnicima romske manjine, ovima govorila razne pogrdne riječi, da smrde, da su Cigani, da se gube iz Zagreba, pri čemu je jedan okrivljenik oštećenima pokazivao tetovirani kukasti križ na vratu, a drugi udario oštećenog zatvorenom šakom u glavu prilikom naguravanja. Ne ulazeći u ocjenu ostvarenosti obilježja kaznenog djela ili prekršaja, smatramo kako sadržaj optužnog prijedloga ne reflektira da je riječ o djelu iz mržnje, te da nije bilo zapreke da državno odvjetništvo optuži čl. 6. i 13. ZPPJRM u stjecaju s čl. 25. ZSD kako bi se makar na taj način izrazila diskriminatorna narav djela, a s obzirom da su iz činjeničnog opisa prekršaja proizlazila i obilježja čl. 25 ZSD.

4.2. Učinkovita istraga i mogućnost njenog ostvarenja kroz prekršajni postupak

Promatrajući rješenja o odbačaju kaznene prijave državnih odvjetništava u Hrvatskoj u razdoblju od 2013. do 2018. godine, kao najčešći razlog odbačaja,

²⁶ V. Istraživanje Hrvatskog pravnog centra, IRIS, *op. cit.*

²⁷ Rješenje o odbačaju Općinskog državnog odvjetništva u Zagrebu, broj KO-DO-1509/13 od 12. studenog 2013. godine i optužni prijedlog Prekršajnom sudu u Zagrebu broj PP-DO-10/14 od 9. lipnja 2014.

osobito kada je riječ o punoljetnim počiniteljima, pojavljuje se nedostatak dokaza,²⁸ tj. zaključak kako nema osnovane sumnje da je okrivljenik počinio prijavljeno kazneno djelo (čl. 206. st. 1. t. 4. ZKP), a u više se predmeta pojavljuje i utvrđenje kako nije počinjeno kazneno djelo nego prekršaj. Na tom je temelju doneseno rješenje o odbačaju u predmetu u kojem su prema kaznenoj prijavi četiri osobe (od kojih su dvije prilikom podnošenja prijave bile identificirane, a dvije prijavljene kao NN) presrele oštećene dok su zajedno hodali ulicom te im prvo uputili homofobno obojene prijetnje („Ubit ćemo vas pederi, polomit ćemo vam sve kosti, j* ćemo vas u guzicu, nema ovdje mjesta za pedere“), a nakon toga ih fizički napali zadavši im udarce u glavu i tijelo.²⁹ Djelo je kvalificirano samo kao kazneno djelo prijetnje iz čl. 139. st. 2. u svezi sa st. 4. KZ, bez eksplicitnog dovođenja u vezu s čl. 87. st. 21. KZ. Iako se u rješenju o odbačaju kaznene prijave državnog odvjetništva spominje radiološki nalaz KBC-a Split te dva specijalistička nalaza za jednog od oštećenika iz kojih je vidljivo da je isti zadobio barem (lakše) tjelesne ozljede u vidu „kliničkog otoka“ koje se, kada su počinjene zbog nečije pripadnosti zaštićenoj skupini, progone po službenoj dužnosti (čl. 117. st. 2. KZ), taj aspekt nije razmatran odnosno obrazložen niti od strane policije niti od strane državnog odvjetništva. U ovom je predmetu podnesen zahtjev pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje: ESLJP) u kojem se ističe kako su ostvarene povrede članaka 3., 8. i 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a vezano za homofobno nasilje protiv podnositelja zahtjeva. Ono što je sporno jest okolnost da li je u konkretnom predmetu povrijeđena pozitivna obveza države, tj. da li je provedena učinkovita istraga, posebice u odnosu na homofobni motiv. Naime, države u pogledu većine prava zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava (dalje: EKLJP) imaju ne samo negativnu obvezu – ne zadirati u zajamčena prava, nego i pozitivnu obvezu – kako poduzeti mjere radi zaštite zajamčenih prava, tako i učinkovito istražiti navodne povrede zajamčenog prava (procesna, tj. postupovna obveza države).³⁰

U konkretnom predmetu državno odvjetništvo je zaključilo kako ne postoji osnovana sumnja da su mlađi punoljetnik i maloljetnik koji su identificirani te kao takvi prijavljeni po policiji, počinili kazneno djelo prijetnje, poklonivši vjeru iskazima

²⁸ Kada je riječ o maloljetnicima i mlađim punoljetnicima dominira primjena načela svrhovitosti.

²⁹ Rješenje o odbačaju Općinskog državnog odvjetništva u Splitu broj KMP-DO-160/14 od 27. kolovoza 2014.

³⁰ Turković, K.; Viljac Herceg, F., Učinkovita istraga povreda prava zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 26, broj 2 (2019): 265-290, str. 265.

prijavljenika koji „u svojim obranama u cijelosti negiraju počinjenje prijavljenog kaznenog djela“. Pri tome su istaknuli kako je obranu mlađeg punoljetnika u cijelosti potvrdio svjedok, dajući mu na taj način alibi. Svjedok je u svom iskazu rekao da je višegodišnji prijatelj s tim počiniteljem, a da je u stanu zajedno s njima bila i svjedokova majka, no ona nije ispitana, iako joj je državno odvjetništvo prvotno uputilo poziv za svjedočenje, no nakon što se isti vratio neuručen, daljnje radnje da se ista ispita kao svjedok nisu poduzimane.³¹ S druge strane, državno odvjetništvo nije poklonilo vjeru oštećenima koji su s velikom vjerojatnošću prepoznali prijavljenike (pri čemu se ukazuje spornim i izražavanje postotaka u zapisniku o prepoznavanju), a spisu priležu i službene bilješke policije o obavijesnim razgovorima sa svjedocima očevicima, za koje u rješenju o odbačaju državno odvjetništvo navodi: „iz kojih je razvidno kako imenovani svjedoci nemaju saznanja o identitetu počinitelja“.

Zanimljivo je, međutim, kako je u ovom predmetu paralelno s kaznenom prijavom u lipnju 2014. godine policija podnijela za taj događaj protiv maloljetnika i mlađeg punoljetnika i optužni prijedlog Prekršajnom sudu u Splitu zbog prekršaja protiv javnog reda i mira. Iako je takvo postupanje moglo dovesti do primjene načela *ne bis in idem*, do toga nije došlo zbog činjenice da je prekršajni postupak bio izrazito spor, a državno odvjetništvo je odlučilo ne pokretati postupak, kako je opisano *supra*. Prekršajni sud osudio je u veljači 2016. godine maloljetnika zbog povrede javnog reda i mira na rad za opće dobro i ispriku oštećeniku, dok je mlađeg punoljetnika oslobodio na temelju istog alibija odnosno razloga koje je prihvatilo i državno odvjetništvo. S obzirom na sve navedeno i da je iscrpio sva pravna sredstva u RH, uključujući i ustavnu tužbu, oštećeni se obratio ESLJP sa zahtjevom da se utvrdi povreda procesnog aspekta članaka 3., 8. i 14. Konvencije.³² Predmet *Beus protiv Hrvatske* pred ESLJP još nije riješen, no bit će zanimljivo vidjeti hoće li ESLJP utvrditi da u ovom predmetu nije provedena učinkovita istraga odnosno da državna tijela nisu adekvatno odgovorila na privatno homofobno nasilje niti kroz osudu za običan prekršaj protiv javnog reda i mira dovoljno rasvijetlila homofobnu narav

³¹ ODO u Splitu je navelo kako „ne postoji razlog zbog kojeg svjedoku ... ne bi trebalo pokloniti vjeru jer je isti prije davanja iskaza upozoren na posljedice lažnog iskazivanja, a pored navedenog se izjasnio kako prije svjedočenja o predmetnom događaju nije razgovarao s [okrivljenim mlađim punoljetnikom]“.

³² *Ante Beus protiv Hrvatske*, zahtjev br. 16943/17 od 27. veljače 2017. godine.

djela.³³ Naime, iako je obveza učinkovite istrage obveza sredstva, a ne rezultata, pa dakle nije nužno da dođe do osude počinitelja, da bi istraga bila učinkovita, potrebno je da je ona između ostaloga neovisna³⁴ i temeljita.³⁵ Element temeljitosti je vjerojatno najsloženiji element učinkovite istrage, a bitno je da su državna tijela poduzela sve razumne i dostupne korake radi utvrđivanja činjenica, identificiranja žrtava, svjedoka i počinitelja kao i radi njegovog sankcioniranja.³⁶ U ovom se predmetu pojavljuje i dodatna zanimljivost kako policija nije ni prijavila osobu za koju je inicijalno također postojala sumnja na počinjenje djela, i koju su obje žrtve prepoznale sa stopostotnom sigurnošću, ali je policija zaključila daljnjom obradom da osoba ima alibi u vrijeme počinjenja djela, iako se postavlja pitanje da li je i taj alibi provjeren svim raspoloživim sredstvima. Nadalje, sukladno praksi ESLJP, prilikom istrage nasilnih incidenata, počinjenih čak i od strane privatnih pojedinaca, da bi se istraga smatrala temeljitom državne vlasti imaju i dodatnu obvezu poduzeti sve razumne korake kako bi razotkrile svaki rasistički i drugi diskriminatorni motiv i utvrdile jesu li u tim događajima ulogu mogle odigrati etnička mržnja ili druge predrasude.³⁷ Takva obveza postoji uvijek kada postoji vjerodostojni navod, utemeljena tvrdnja ili druge jasne indikacije.³⁸

U slučaju namjerne povrede nekog konvencijskog prava, kao što je nasilni napad na osobu protivno čl. 3. EKLJP, ali i prijetnji koje konstituiraju povredu čl. 8. Konvencije ili diskriminacijski motiviranog nasilja prema čl. 14. Konvencije, potrebno je aktiviranje kaznenopravnog mehanizma. Kod nas načelno i prekršajni postupak pred prekršajnim sudovima zadovoljava uvjete da bi se smatrao kaznenopravnim mehanizmom,³⁹ no često ni prekršajni postupak ne odgovara zahtjevima učinkovite istrage, kao što je slučaj kada je u prekršajnom postupku optužnim prijedlogom i

³³ Još od predmeta *Šečić* jasno je da i napadi privatnih osoba traže adekvatnu reakciju državnih tijela. Također, recentna praksa ESLJP govori kako je nužno rasvijetliti ne samo rasistički nego i homofobni motiv djela *Identoba i ostali protiv Gruzije*, zahtjev br. 73235/12, presuda od 12. svibnja 2015. Razvoj prakse ESLJP na području zločina iz mržnje u Bošnjak, M.; Grgić Boulais, A., *Zločin iz mržnje u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 26, broj 2/2019, str. 319-334.

³⁴ Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.*, str. 277.

³⁵ Osim toga, učinkovita istraga podrazumijeva i žurnost, nadzor javnosti i uključenost žrtve.

³⁶ Tako i Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.*, str. 276.

³⁷ *Nachova protiv Bugarske*, zahtjev br. 43577/98 i 43579/98, 6. srpnja 2005., *Šečić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 40116/02, 31. svibnja 2007., već citirani predmet *Identoba i ostali protiv Gruzije*, Više u Bošnjak, M.; Grgić Boulais, A., *op.cit.*

³⁸ Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.*, str. 268.

³⁹ Više o tzv. Engel kriterijima i njihovoj primjeni u praksi od strane ESLJP u Barberić, Lara; Dolmagić, Jasmina, *Načelo ne bis in idem*, Hrvatska i europska praksa, Priručnik za polaznike/ice, Pravosudna akademija, Zagreb, 2019., str. 12-18. Osobito mjerodavan je opis primjene tih kriterija na hrvatski prekršajni postupak zbog prekršaja protiv javnog reda i mira u predmetu *Maresti*, str. 18.

pravomoćnom presudom obuhvaćen samo prekršaj protiv javnog reda i mira, pri čemu niti kroz pravnu kvalifikaciju niti kroz odmjeravanje kazne do izražaja ne dolazi diskriminatorna narav djela, a što je bilo i u konkretnom prekršajnom predmetu. Stoga se, imajući u vidu pozitivnu obvezu države da raskrinka homofobni motiv djela, može postaviti pitanje da li je u ovom slučaju provedena učinkovita istraga, kao i u pogledu druga dva postupka protiv RH pred ESLJP, u kojima su podnositelji zahtjeva također žrtve homofobnih napada, a djela su procesuirana isključivo kao prekršaji protiv javnog reda i mira. No kako je u njima došlo do primjene *ne bis in idem* načela, obrađujemo ih zasebno niže.

4.3. *Ne bis in idem*

Istraživanje je pokazalo kako je uslijed primjene načela *ne bis in idem* u nekoliko analiziranih predmeta brzi prekršajni postupak prekludirao kazneni progon, iako je u ponašanju osumnjičenog bilo elemenata kaznenog djela zločina iz mržnje. U ovom kontekstu posebno se ističe rješenje o odbačaju kaznene prijave protiv troje okrivljenika „zbog kaznenog djela nasilničkog ponašanja iz čl. 323.a Kaznenog zakona u svezi s čl. 89. t. 21. Kaznenog zakona“.⁴⁰ Okrivljeni su se, uvidjevši da su oštećeni zagrljeni i da izmjenjuju nježnosti te shvativši da su oštećenici istospolni par, nastavili kretati za njima, dobacujući im brojne uvrede i prijetnje („Pederčine!“, „Odvratni ste!“, „Zaklat ćemo vas pederčine“, „Ubit ćemo vas“, itd.), nakon čega su i nasrnuli na oštećene na način da je III. okrivljena udarala jednog oštećenog zatvorenim šakama u predjelu glave odnosno lica, kojem napadu su se priključili I. i II. okrivljeni, nakon čega je oštećeni pao na tlo zajedno, gdje su ga nastavili udarati rukama i nogama, uključujući i u predjelu glave (od strane III. okrivljene), a zatim je II. okrivljeni nasrnuo na drugog oštećenika i desnom ga nogom udario u predjelu prsnog koša te rukama po tijelu. U ovom su napadu oštećeni zadobili tjelesne ozljede, o čemu svjedoči i medicinska dokumentacija.

Djelo je počinjeno 7. svibnja 2016. godine u večernjim satima (u 23,15), a istog su ih dana policijski službenici priveli „zbog počinjenja prekršaja iz čl. 6. ZPPJRM“ za koji su već sutradan i osuđeni presudom Prekršajnog suda u Zagrebu te im je izrečena kazna zatvora u trajanju od 30 dana uvjetno, uz rok kušnje od godine dana, a presuda je istog dana postala i pravomoćna. Naime, svi su osuđenici

⁴⁰ Rješenje o odbačaju ODO-a u Zagrebu, broj KMP-DO-347/2016 od 17. veljače 2017.

priznali prekršaj i pokajali se, te se odrekli prava na žalbu.⁴¹ Stoga je državno odvjetništvo primijenilo načelo *ne bis in idem* i donijelo rješenje o odbačaju. U obrazloženju odluke o odbačaju državno se odvjetništvo pozvalo na presudu ESLJP u predmetu Maresti, s posebnim naglaskom na t. 63. presude koja „kao kriterij utvrđivanja identiteta djela navodi istovjetnost događaja, radnji i ponašanja“ i t. 84. presude u kojoj je ESLJP zauzeo stajalište „da se sud u svom ispitivanju identiteta djela treba usredotočiti na one činjenice koje predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti koje uključuju istog okrivljenika i koje su nerazdvojno povezane u vremenu i prostoru“. Budući da je Prekršajni sud svojom presudom obuhvatio kako homofobne prijetnje i uvrede, tako i fizičko nasrtanje na oštećenike i udaranje rukama u predjelu glave, državno odvjetništvo je zaključilo da se radi o pravomoćno presuđenoj stvari kao okolnosti koja isključuje kazneni progon.

Ovakva bi se praksa, iako u vrijeme donošenja odluke nije bila usamljena te je tada bila utemeljena na presudi Maresti i postupanju u svjetlu iste, s aspekta novije prakse ESLJP (presuda A.B. protiv Norveške) mogla pokazati spornom iz više aspekata, za prikaz čega ćemo kasnije iskoristiti ovaj primjer. Zbog takve prakse u tijeku su barem dva postupka pred ESLJP, a analizom prekršaja iz mržnje i odbačaja, u uzorku od 25 odbačaja identificiran je još jedan predmet u kojima je došlo do odbačaja kaznene prijave primjenom načela *ne bis in idem*⁴². Upravo u gore navedenom predmetu homofobnog nasilja oštećeni su 22. kolovoza 2017. godine podnijeli zahtjev ESLJP s ciljem da se utvrdi jesu li tijela državne vlasti ispunile svoje procesne obveze prema čl. 3. i/ili 8. Konvencije samostalno i/ili u vezi s čl. 14. Konvencije u odnosu na nasilni diskriminatorni napad na oštećene podnositelje zahtjeva, te jesu li podnositelji zahtjeva imali na raspolaganju učinkovito domaće pravno sredstvo, kako to zahtijeva čl. 13. Konvencije.⁴³ Slična su pitanja postavljena i u ranije podnesenom zahtjevu *Sabalić protiv Hrvatske*, koju presudu analiziramo *infra*, u kojem je također počinitelj homofobnog nasilja procesuiran

⁴¹ Osuđenici su se odrekli prava na žalbu prema čl. 151. st. 3. Prekršajnog zakona.

⁴² Riječ je o rješenju o odbačaju zbog kaznenog djela prijetnje ODO u Puli, K-DO-3722/2015-11 od 9. veljače 2016. godine. Ono što je upitno, a nije se ispitivalo u prekršajnom postupku, je radi li se u ovom predmetu uopće o ZiM, tj. zaštićenoj osobini. Naime, okrivljenik je vlasniku i gostima prijetio s vidljivo istaknutim nožem, psujući im pritom 'ustašku majku', pri čemu nije utvrđeno je li pri tome mislio na nacionalnost odnosno etničko podrijetlo (sve Hrvate) ili na političko uvjerenje koje kao takvo nije zaštićena odredbom o zločinu iz mržnje iz čl. 87. st. 21. (a jest ZSD). Također, valja upozoriti da je ovdje počinitelj osuđen za stjecaj prekršaja iz ZPPJRM i čl. 25. ZSD, dok je u nekim predmetima, pak, prekršajni sud smatrao da prekršaj iz čl. 25. konzumira čl. 6. ZPPJRM (PpiJ-1343/2019 (13. PpJ-373/18)).

⁴³ ESLJP, *Zahtila i Koletić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 63344/17.

prekršajno za prekršaj protiv javnog reda i mira te osuđen na 300 kuna novčane kazne iako su podnositeljici zahtjeva nanesene tjelesne ozljede. Zbog prekršajne presude državno odvjetništvo odbacilo je kaznenu prijavu smatrajući da bi kazneni progon povrijedio načelo *ne bis in idem*, a ispravnost takvog rezoniranja potvrdio je i Općinski kazneni sud u Zagrebu.⁴⁴ U ovom se predmetu može postaviti pitanje je li izrečena odgovarajuća sankcija. Naime, da bi sankcija bila odgovarajuća, imajući u vidu značajan diskrecijski prostor sudova, potrebno je da se njome ostvaruju svrhe kažnjavanja, i to ne samo specijalna prevencija, nego i retribucija kao oblik pravde za žrtve, te generalna prevencija, tj. opće odvraćanje od počinjenja novih povreda te održavanje vladavine prava.⁴⁵ Kazna analogna ili čak i niža od prosječne kazne za prometni prekršaj teško da pridonosi ostvarenju navedenih svrha kažnjavanja. Ostaje vidjeti kako će ESLJP odlučiti u ovim predmetima.

Kao što se može iščitati iz analize *supra*, predmet Maresti,⁴⁶ u velikoj je mjeri obilježio našu sudsku praksu i zakonodavne reforme,⁴⁷ koju zakonodavnu izmjenu smatramo preuranjenom i nepotrebnom, te trenutno i ograničavajućom, a s obzirom na razvoj prakse ESLJP, trebalo bi razmisliti o ponovnoj izmjeni. Naime, recentna praksa ESLJP se mijenja u smjeru veće fleksibilnosti i manje formalističkog pristupa - 2016. godine donesena je druga izuzetno važna presuda u predmetu A.B. protiv Norveške, kojom je učinjen iskorak u pogledu pitanja je li postojala dvostrukost postupanja.⁴⁸ Već je istaknuto da se prekršajni postupci vođeni za prekršaje protiv javnog reda i mira te izrečene sankcije mogu smatrati kaznenopravne naravi, pri čemu je mjerodavna ne samo sankcija izrečena u konkretnom predmetu nego i propisana kazna koju je bilo moguće izreći. Također, nesporno je da je poviše analiziranim predmetima isto činjenično stanje (*idem factum*) bilo predmetom i prekršajnog postupka i (nerealiziranog) kaznenog postupka. Stoga ostaje pitanje bi li naknadnim vođenjem kaznenog postupka neposredno nakon pravomoćnog

⁴⁴ ESLJP, *Sabalić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 50231/13.

⁴⁵ Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.*, str. 283-285.

⁴⁶ *Maresti protiv Hrvatske*, zahtjev br. 55759/07, presuda od 25. lipnja 2009. godine.

⁴⁷ Više o načinima na koje je hrvatsko pravosuđe reagiralo u Martinović, Igor, Načelo *ne bis in idem* nakon presude A. i B. protiv Norveške: Mogućnost kaznenog progona za djelo o kojem je već odlučeno u prekršajnom postupku, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 26, broj 2/2019, str. 591. et seq. Što se zakonodavnih reformi tiče, osim pokušaja što dosljednijeg razgraničenja kaznenih djela i prekršaja (o iluzornosti takvog nastojanja Martinović, str. 618.), u Prekršajni zakon izmjenama i dopunama od 1. lipnja 2013. g. unijeta je odredba prema kojoj ako je protiv počinitelja prekršaja započeo kazneni postupak zbog kaznenog djela kojim je obuhvaćen i prekršaj, ne može se za taj prekršaj pokrenuti prekršajni postupak, a ako je postupak pokrenut, ne može se dalje voditi (čl. 10, NN 39/13).

⁴⁸ ESLJP, *A.B. protiv Norveške*, zahtjev br. 24130/11 i 29758/11, presuda od 15. studenog 2016.

okončanja prekršajnog postupka, bila povrijeđena zabrana dvostrukog postupanja (*bis*). Prema jasnom stajalištu ESLJP u predmetu A.B. protiv Norveške, paralelno ili čak konsekutivno vođenje administrativnog i pravog kaznenog postupka neće se smatrati dupliciranjem ako su postupci kombinirani tako da tvore koherentnu povezanu cjelinu, s ciljem ostvarivanja komplementarnih svrha povezanih u vremenu, uz ostvarenje zahtjeva predvidljivosti takvog postupanja osobama koje su njima pogođene.⁴⁹ Sud je naveo i tzv. materijalne faktore relevantne za ocjenu postoji li dostatna bliska veza u naravi i vremenu: 1) jesu li se različitim postupcima nastojale ostvariti komplementarne svrhe i na taj način obuhvatiti različite aspekte ponašanja; 2) je li vođenje dva postupka predvidljiva posljedica; 3) jesu li postupci vođeni na način kako bi se u što je moguće većoj mjeri izbjeglo dupliciranje u prikupljanju i ocjeni dokaza, te 4) je li kazna u prvo-okončanom postupku uzeta u obzir u drugom postupku. Vremenska bliskost nije strogo definirana, no jasno je da što je veći vremenski odmak među postupcima, to će teže biti zadovoljiti ovaj kriterij.⁵⁰ Martinović detaljno analizira potencijalnu primjenu ovih kriterija na hrvatski pravni sustav, donoseći zaključak da bi vođenje kaznenog postupka nakon što je počinitelj već osuđen za isto djelo u prekršajnom postupku načelno *in abstracto* bilo dopušteno.⁵¹ Stoga nema potrebe detaljno analizirati svaki od ovih kriterija zasebno ovdje, no željele bi se osvrnuti na specifičnosti konteksta zločina iz mržnje. Jedan od značajnijih faktora za ocjenu bliske povezanosti u naravi je taj da se vođenjem prekršajnog i kaznenog postupka ostvaruju različite svrhe i obuhvaćaju različiti aspekti spornog ponašanja. Kao što ističe Martinović, to u hrvatskom sustavu načelno nije sporno „jer se cjelokupno nepravo ne iscrpljuje u osudi za prekršaj.“⁵² To je, smatramo, posebice slučaj kad je riječ o zločinima iz mržnje, budući da u prekršajnom postupku za prekršaje protiv javnog reda i mira osudom ni ne može adekvatno biti obuhvaćen diskriminatorni motiv djela. Različita su i zaštićena pravna dobra – prekršajima protiv javnog reda i mira štiti se prvenstveno javni red, normalan način života građana i opća sigurnost ljudi i imovine.⁵³ Kada je riječ o kaznenom djelu iz mržnje štiti se prije svega ljudsko dostojanstvo (žrtve), jednakost građana te različita relevantna pravna dobra ovisna o konkretnom obliku i vrsti kaznenog djela o

⁴⁹ *Ibid*, par. 128-130.

⁵⁰ *Ibid*, par. 132-134. Martinović, I., *op. cit.*, str. 604.

⁵¹ Martinović, I., *op. cit.*, str. 602-604.

⁵² *Ibid*.

⁵³ V. čl. 1. ZPPJRM i tamo proklamirane svrhe.

kojem je riječ (ako se radi o tjelesnoj ozljedi – zdravlje i tjelesni integritet, ako se radi o oštećenju tuđe stvari – imovina, itd.). Stoga postoji značajan prostor da se provede i kazneni postupak za zločin iz mržnje usprkos činjenici da je ista osoba na temelju istog činjeničnog stanja već osuđena za prekršaj protiv javnog reda i mira,⁵⁴ te smatramo da državni odvjetnici u svjetlu nove prakse ESLJP u odnosu na načelo *ne bis in idem* ne bi trebali bez iscrpne analize svih elemenata odustajati od kaznenog progona odnosno donositi rješenja o odbačaju temeljem tog osnova. Ako se vratimo na gore citirano rješenje o odbačaju državnog odvjetništva protiv tri osobe koje su prethodno okrivljene i osuđene u prekršajnom postupku, držimo da bi u kontekstu svega navedenog o novoj praksi ESLJP ovdje bilo prostora i za vođenje odnosno donošenje sudske odluke i u kaznenom postupku. Naime, kaznenu prijavu podnijeli su oštećeni, dok je policija očito previdjela da su u ovom predmetu ostvarena obilježja kaznenog djela za koje se progoni po službenoj dužnosti – tjelesne ozljede iz mržnje (čl. 117. st. 2. KZ) ili eventualno nasilničkog ponašanja. Nadalje, i optužni je prijedlog Prekršajnom sudu bio manjkav s obzirom da je djelo kvalificirano samo kao čl. 6. ZPPJRM, a ne u stjecaju s čl. 25. ZSD kako bi se makar na taj način kroz kvalifikaciju iskazao očiti diskriminatorni element. Činjeničnim stanjem navedenim u presudi jesu obuhvaćene i homofobne prijetnje i uvrede, ali prekršajnom osudom je *de facto* obuhvaćeno samo naročito drsko i nepristojno ponašanje na javnom mjestu, a ne i homofobni motiv, koji se kao element djela iz mržnje ili barem otegotna okolnost pri odmjeravanju kazne ni ne spominje u presudi Prekršajnog suda.⁵⁵

Situacija je ponešto drugačija ako je prekršajnim postupkom obuhvaćen i prekršaj iz čl. 25. ZSD te počinitelj sankcioniran za diskriminatorno postupanje u kojem je sadržana i pobuda za djelo iz mržnje. Ocjena će tada ovisiti o konkretnom kaznenom djelu koje sadrži i elemente prekršaja i o tome povrjeđuju li se njime neka daljnja pravna dobra kojima adekvatna zaštita nije dana kroz prekršajni postupak. Osim toga, treba voditi računa i o sankciji koja prema čl. 25. ZSD može biti vrlo stroga i konzumirati cjelokupno nepravo konkretnog događaja.

⁵⁴ U tom smjeru već idu neke odluke hrvatskog Ustavnog suda, ističući primjerice, da prekršajna odgovornost postoji i bez nanošenja tjelesne ozljede. Više u Martinović, I., *op. cit.*, str. 616.

⁵⁵ Prekršajni sud u Zagrebu, Pp-J-1949/16 od 8. svibnja 2016. godine.

5. Primjeri iz prakse

5.1. Odabrana praksa Europskog suda za ljudska prava

U predmetu **Nachova i drugi protiv Bugarske**,⁵⁶ radilo se o dvojici Roma koji su se nalazili na odsluženju vojnog roka tako što su radili u vojnoj diviziji koja je gradila stanove. Zbog opetovanog odsustva s gradilišta, bili su zatvarani, nakon čega su pobjegli i sklonili se u kuću bake jednog od njih koja se nalazila u romskom naselju. Nekoliko dana kasnije, jedinica vojne policije dobila je informaciju gdje se skrivaju i poslala je u selo četiri policajca vojne policije, pod zapovjedništvom jednog bojnika, koji je bio naoružan, s uputom za uhićenje bjegunaca koristeći sva sredstva i metode koje diktiraju okolnosti. Nakon što su uočili vojno vozilo ispred svoje kuće, nenaoružani bjegunci su pokušali pobjeći. Dok su bježali, bojnik ih je upozorio da stanu, a kako nisu stali, upucao ih je te su obojica umrli na putu do bolnice. Jedan susjed je tvrdio da je nekoliko policajaca pucalo i da je u jednom trenutku bojnik na brutalan način uperio pištolj u njega i uvrijedio ga govoreći "Ti prokleti Cigani". Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava je u ovom predmetu presudio da je država dužna razotkriti motivaciju rasističkih zločina ili zločina počinjenih zbog vjerskog opredjeljenja žrtve, kada je to potrebno. U presudi se ističe da kaznenopravni sustav koji previđa odnosno ne prepoznaje motivaciju pristranosti u počinjenu kaznenog djela, krši čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Naime, vlasti moraju učiniti sve što je razumno u danim okolnostima kako bi prikupili i osigurali dokaze, razjasnili činjenično stanje te donijeli obrazloženu, nepristranu i objektivnu odluku, ne izostavljajući sumnju oko činjenica koje mogu biti indikativne za rasno motivirano nasilje.

U predmetu **Šečić protiv Hrvatske**,⁵⁷ podnositelja zahtjeva romskog podrijetla napala su dvojica neidentificiranih „skinhead“ muškaraca dok su skupljali stari metal u travnju 1999. godine u Zagrebu. Tukli su ga drvenim daskama, dok su druga dva čovjeka stražarila. Ubrzo nakon toga stigla je policija, obavila razgovore s očevicima i neuspješno tragala za napadačima. Podnositelj zahtjeva je zadobio više fraktura rebara, a kasnije mu je dijagnosticirano da pati od PTSP-a. U srpnju 1999. njegova odvjetnica je podnijela kaznenu prijavu, međutim, ni podnositelj zahtjeva ni

⁵⁶ ESLJP, *Nachova protiv Bugarske*, zahtjev br. 43577/98 i 43579/98, 6. srpnja 2005.,

⁵⁷ ESLJP, *Šečić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 40116/02, 31. svibnja 2007.

očevici nisu policiji mogli dati jasan opis napadača. Odvjetnica je 2000. obavijestila državno odvjetništvo da su osobe odgovorne za napad na podnositelja zahtjeva izvršile i niz drugih napada na Rome, ukazujući na očevica koji je prepoznao počinitelja i televizijski intervju u kojem je mladi skinhead priznao da je sudjelovao u napadima na Rome. Osoba koju je identificirao očevidac eliminirana je iz istrage bez ispitivanja jer ju nitko od drugih svjedoka nije identificirao, unatoč vrlo uočljivom ožiljku, a činilo se da nije pripadao skupini skinheads. Isto tako, policija nije mogla ispitati osobu koja se pojavila u televizijskom intervjuu jer je novinar odbio otkriti identitet. Ovaj kazneni predmet je tako ostao u fazi prethodnog postupka. Europski sud za ljudska prava je presudio da je država morala poduzeti sve razumne korake da otkrije bilo koji rasni motiv i ocijeni je li etnička mržnja ili predrasuda mogla imati ulogu u ovakvom predmetu. Sud je zaključio kako su državne vlasti znale da su napadači pripadali grupi vođenoj ekstremističkom i rasističkom ideologijom te su stoga morale biti svjesne da je napad na podnositelja zahtjeva vrlo vjerojatno bio motiviran etničkom mržnjom, zbog čega nisu smjeli dopustiti da se istraga vodi sedam godina bez poduzimanja ozbiljnih koraka u cilju otkrivanja počinitelja, uslijed čega je našao povredu čl. 14. u vezi s čl. 3. Konvencije.

Nadalje, u predmetu **Angelova i Iliev protiv Bugarske**,⁵⁸ podnositelji zahtjeva su majka i brat muškarca romskog porijekla koji je ubijen u ničim izazvanom napadu grupe od sedam tinejdžera u travnju 1996. Policija je odmah uhitila i ispitala mladiće, koji su priznali da je napad bio rasno motiviran iako je namjera bila žrtvu pretučiti, a ne ubiti. Međutim, jedan od njih je izvadio nož i izbo žrtvu, koja je zatim umrla. Postojali su oprečni dokazi o tome tko je nosio nož, iako su dvojica mladića ukazivala na jednog od njih te je on zatim optužen za teški oblik ubojstva „iz huliganstva“. Četiri druga člana grupe optuženi su za oblik teškog huliganstva. Mjesec dana kasnije dvojica mladića su promijenila iskaz i tvrdila da je djelo počinio drugi član grupe. U lipnju 1996. prijavljen je za prouzročenje smrti iz nehaja, a prvog osumnjičenog se sada teretilo samo za teški huliganizam. Nakon toga istraga je trajala sve do ožujka 2005. godine, kada je tužiteljstvo odbacilo pod zastarom optužbe za huliganstvo protiv pet članova grupe koji su bili maloljetni u vrijeme napada. Također je odbačena prijava za prouzročenje smrti iz nehaja i predmet se vratio na daljnju istragu. Tako ni nakon 11 godina ništa nije učinjeno kako bi se

⁵⁸ ESLJP, *Angelova i Iliev protiv Bugarske*, zahtjev br. 55523/00, 26. srpnja 2007.

počiniteljima sudilo, čime je Bugarska prekršila i članak 2. i članak 14. u vezi s člankom 2. Konvencije. Također, Sud je primijetio da u Bugarskom pravnom sustavu ne postoji posebno kazneno djelo rasno motiviranog ubojstva ili tjelesne ozljede i da ne postoje izričite odredbe o izricanju strože kazne u takvim slučajevima. Međutim, prema stajalištu Suda bez obzira na to što se od država ne zahtjeva da imaju posebne zakone koji se odnose na zločine iz mržnje, takva kaznena djela koja uzrokuju povećanu štetu pojedincima i društvu iziskuju razmjerno kažnjavanje.

U slučaju **Milanović protiv Srbije**,⁵⁹ podnositelj zahtjeva bio je član vjerske zajednice Hare Krishna u Srbiji koji je u određenom trenutku počeo primati anonimne telefonske prijetnje te je napadnut u dva navrata 2001. godine. Sve je prijavio policiji koja nije mogla doći do bilo kakvih korisnih informacija u vezi s napadačima. U srpnju 2005., lipnju 2006. te lipnju 2007., podnositelja zahtjeva napali su u blizini njegovog stana i svaki put su ga nepoznate osobe ubadale u trbuh ili prsa, a u jednom od napada su mu urezali raspelo na glavi. Napadi su prijavljeni policiji, a podnositelj zahtjeva je naveo da su ih možda počinili pripadnici desne ekstremističke skupine. Policija je ispitala svjedoke i nekoliko potencijalnih osumnjičenih, ali nikada nije uspjela identificirati niti jednog napadača niti dobiti više informacija o ekstremističkoj skupini kojoj su navodno pripadali. U izvješću objavljenom 2005. policija se pozvala na vjersku pripadnost podnositelja zahtjeva i njegov "prilično čudan izgled". U daljnjem izvješću iz 2010. primijetili su da su se napadi na podnositelja zahtjeva uvijek događali oko velikog pravoslavnog vjerskog praznika i da je podnositelj zahtjeva objavio te incidente istodobno "naglašavajući" svoju vjersku pripadnost. Štoviše, primijetili su da se ne može isključiti niti da se radi o samonanesenim ozljedama podnositelja zahtjeva. Prema stajalištu Europskog suda za ljudska prava u ovom predmetu država nije poduzela sve razumne mjere da provede adekvatnu istragu, a nije ni uspjela spriječiti ponovljeno zlostavljanje podnositelja zahtjeva, na temelju čega je utvrdio kršenje članka 3 Konvencije. Također je zaključio da u slučajevima kada istražuju incidente povezane sa nasiljem, državni organi imaju dodatnu obavezu da poduzmu sve razumne korake da bi otkrili eventualnu vjerski motiviranu mržnju ili predrasudu, što ovdje nije učinjeno pa je zaključio da je prekršen i čl. 14. u vezi s čl. 3. Konvencije.

⁵⁹ ESLJP, *Milanović protiv Srbije*, zahtjev br. 44614/07, 14. prosinca 2010.

U predmetu **Balasz protiv Mađarske**,⁶⁰ 20-godišnji mladić g. Balazs je napuštao noćni klub oko 4h ujutro kada su mu tri muškarca dobacili da je "prljavi Ciganin". To je čuo i muškarac koji se zatim predstavio kao "policajac" (zapravo je bio pravosudni policajac) te ušao u verbalni, a onda i u fizički sukob s g. Balazsem. Kada je došla policija, privela ih je u stanicu. Iako su obojica ozlijeđena u tučnjavi, tom prilikom je liječnik pregledao samo "policajca", a ozljede g. Balázsa (modrice) zabilježio je liječnik opće prakse dva dana kasnije. G. Balázs je podnio kaznenu prijavu protiv "policajca" opisujući incident te priložio "policajčev" post na društvenoj mreži gdje se pohvalio da je prošle noći „nogom u glavu udario Cigana". Pokrenuta je istraga protiv "policajca" zbog sumnje u kazneno djelo „nasilja nad članom skupine“. 6 mj. kasnije istraga je obustavljena zbog nedostatka dokaza da je "policajac" napao g. Balázsa iz rasne mržnje. Nakon žalbe g. Balázsa, njegov zahtjev da se "policajac" ispita odbijen je jer je već saslušan kao osumnjičenik u paralelnom postupku zbog optužbi za prekršaj protiv javnog reda i mira. Deset mjeseci kasnije "policajac" je uvjetno osuđen za predmetni prekršaj zbog tučnjave s g. Balazsem na javnom mjestu. U svojoj presudi, Europski sud za ljudska prava zauzeo je stajalište da se kao zločini iz mržnje „*mogu kvalificirati ne samo djela koja se temelje isključivo na obilježjima žrtve. Počinitelji mogu imati mješovite motive, na koje utječu situacijski čimbenici jednako ili jače nego njihov pristran stav prema grupi kojoj žrtva pripada. Stoga se Sud teško može složiti se sa stavom tužiteljstvom da je bilo potrebno dokazati da je djelo bilo počinjeno "upravo" zbog toga što je podnositelj zahtjeva bio Rom.*“ Stoga, Sud je našao povredu članka 14. u vezi s člankom 3. Konvencije i u ovom predmetu.

U predmetu **Škorjanec protiv Hrvatske**,⁶¹ podnositeljicu zahtjeva i njezinog partnera, koji je bio romskog porijekla, napale su dvije osobe koje su izrekle uvrede protiv Roma neposredno prije i za vrijeme napada. Podnositeljica zahtjeva u ovom kaznenom predmetu nije tretirana kao žrtva zajedno sa svojim partnerom, premda su i njoj tom prilikom nanesene tjelesne ozljede i uvrede. Sud je utvrdio da su hrvatska tijela kaznenog progona koncentrirala istragu zločina iz mržnje na napad na podnositeljčinog partnera, a propustili su ispitati jesu li napadači i podnositeljicu percipirali kao Romkinju, kao i moguću povezanost između njezine veze s

⁶⁰ ESLJP, *Balasz protiv Mađarske*, zahtjev br. 15529/12, presuda od 20. listopada 2015. godine.

⁶¹ ESLJP, *Škorjanec protiv Hrvatske*, zahtjev br. 25536/14, presuda od 28. ožujka 2017.

napadnutim i rasno motiviranog napada na njih. Naime, Sud je zauzeo stajalište da se dužnost da se efikasno istraži i procesuiraju mogući motivi iz predrasuda primjenjuje i u slučajevima kada je žrtva ciljana ne zbog svog stvarnog ili percipiranog svojstva ili karakteristike, već zbog pretpostavljene povezanosti ili povezanosti s drugom osobom koja ima to stvarno ili percipirano svojstvo. Stoga država nije ispunila svoju dužnost da poduzme sve razumne korake za otkrivanje mogućih rasističkih motiva iza incidenta, čime je prekršila članak 14. u vezi s člankom 3. Konvencije

Činjenično stanje slučaja **Sabalić protiv Hrvatske**⁶² sastoji se u tome da je podnositeljicu zahtjeva fizički napao muškarac u noćnom klubu nakon što mu je otkrila svoju homoseksualnu orijentaciju. Od incidenta je zadobila lakše tjelesne ozljede, a policija je pokrenula prekršajni postupak protiv napadača zbog prekršaja iz čl. 13. st. 1. i 2. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira. Počinitelj je kažnjen novčanom kaznom od 300 kuna. Nakon što je shvatila da policija nije pokrenula kaznenu istragu protiv napadača, podnositeljica zahtjeva podnijela je kaznenu prijavu državnom odvjetništvu tvrdeći da je ona žrtva zločina iz mržnje. Međutim, državno odvjetništvo je odbacilo kaznenu prijavu s obrazloženjem da je napadač već procesuiran u prekršajnom postupku te da bi vođenje kaznenog postupka protiv njega bilo u suprotnosti s načelom *ne bis in idem*. Europski sud za ljudska prava je utvrdio povredu proceduralnog aspekta članka 3. u vezi s člankom 14. Konvencije. Pritom je Sud obrazložio da se nadležna tijela u ovom predmetu nisu bavila elementima kaznenog djela počinjenog iz mržnje, a trebala su, te da je napadaču izrečena neodgovarajuća i preblaga kazna, a sve protivno pozitivnoj obvezi države na temelju članka 3. Konvencije u vezi s člankom 14. Konvencije.

5.2. Odabrani slučajevi za radionicu

Slučaj 1

Dana 21. kolovoza 2019. godine u večernjim satima gosti kafića jednog malog mjesta u okolici Knina pratili su televizijski prijenos utakmice između klubova Crvena Zvezda iz Beograda (Srbija) i Young Boys iz Berna (Švicarska), pri čemu je

⁶² *Sabalić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 50231/13, presuda od 14. siječnja 2021. godine.

atmosfera bila uobičajena i nimalo navijačka, a gosti kafića nisu imali istaknuta nikakva klupska ili nacionalna obilježja. U kafiću se pored vlasnika kafića i njegove supruge nalazilo još osamnaest gostiju, među njima žene i djeca.

Oko 22:15 za vrijeme trajanja prijenosa utakmice u kafić je iznenada uletjelo 12 muškarca maskiranih fantomkama, majicama i maramom, a u rukama su imali štapove, mačetu te razne druge drvene i metalne predmete. Zatim su viknuli 'Šta je Srbi, delije, gledate Crvenu zvezdu, majku vam jebem četničku', nakon čega su počeli razbijati inventar te zatim i fizički nasrnuli na prisutne goste. Pritom su neutvrđenim predmetom udarili dijete pa vlasnika kafića i njegovu suprugu, kao i goste koji su zadobili tjelesne ozljede, dok je na inventaru kafića nastala šteta u iznosu od oko 25.000,00 kn. Nakon svega su se napadači udaljili osobnim automobilima u nepoznatom pravcu, pri čemu su ih 3 vozača čekala u vozilima.

Iste večeri su na mjesto događaja došli službenici Policijske uprave (PU) šibensko-kninske koji su obavili očevid, kriminalističku tehničku pretragu mjesta događaja i obavijesne razgovore. Ukupno pet osoba je hospitalizirano. Tijekom daljnjih radnji policije, privedeno je ukupno 14 osoba u svojstvu osumnjičenika – osoba koje su od ranije poznati policiji „zbog navijačkih nereda“.

Dana 5. rujna 2019., nakon dovršenog kriminalističkog istraživanja PU Šibensko-kninska je protiv 11-rice osumnjičenih podnijela kaznenu prijavu Općinskom državnom odvjetništvu (ODO) u Šibeniku (protiv svih osim trojice vozača) zbog osnova sumnje da su počinili kazneno djelo nasilničkog ponašanja iz čl. 323.a KZ-a, oštećenje tuđe stvari iz čl.235. st. 1. KZ-a, pet kaznenih djela tjelesne ozljede iz članka 117. stavaka 1. i 2. KZ/11, sve u svezi s člankom 87. stavkom 21. KZ-a. Pritom su 10-ricu osumnjičenih predali pritvorskom nadzorniku PU Šibensko-kninske, dok se za jednim osumnjičenikom još traga.

ODO u Šibeniku je prihvatilo pravnu kvalifikaciju PU Šibensko-kninske i odmah zatražilo istražni zatvor 6-orici osumnjičenika zbog opasnosti od ponovnog počinjenja/dovršenja kaznenog djela. Sudac istrage je rješenjem odbio prijedlog državnog odvjetništva za određivanjem istražnog zatvora, ali je povodom žalbe Županijski sud u Šibeniku 20. rujna 2019. preinačio rješenje i odredio im istražni zatvor u trajanju od mjesec dana.

ODO u Šibeniku je 17. listopada 2019. godine zatražilo produljenje istražnog zatvora, ali je sudac istrage rješenjem od 22. listopada 2019. to odbio i umjesto toga odredio mjere opreza zabrane dolaska i boravka u mjestu događaja, te jednom tjedno javljanje u nadležnu policijsku postaju. Naime, sudac istrage je na temelju provedenih dokaznih radnji ispitivanja svjedoka i žrtava ocijenio da ne postoji osnovana sumnja da bi podnositelji počinili kaznena djela koja im se stavljaju na teret iz mržnje u smislu članka 87. stavka 21. KZ-a/11. Također, sudac istrage ocijenio je da se primjenom blažih mjera opreza može postići ista svrha kao i istražnim zatvorom, a da je vrijeme koje su podnositelji proveli u istražnom zatvoru u trajanju od mjesec dana polučilo svoju svrhu koja se istražnim zatvorom nastojala postići. Pritom je u obrazloženju naveo da spominjanje „Crvene zvezde“ i „četničke majke“ ne znači osnovanu sumnju da je djelo počinjeno prema osobama „srpske nacionalnosti“ ili „pravoslavne vjere“, jer ima navijača Crvene zvezde, kao i Četnika kroz povijest, koji su drugih nacionalnosti i vjera.

Pitanja za raspravu:

1. Ocijenite radnje poduzete od strane policije u ovom predmetu
2. Ocijenite pravnu kvalifikaciju u ovom predmetu.
3. Radi li se po Vama o navijačkom nasilju ili zločinu iz mržnje? Da li bi Vaš odgovor bio drugačiji da je polovica gostiju kafića nosilo navijačke predmete Crvene zvezde (šalove, majice i sl.).
4. Koje indikatore mržnje prepoznajete?

Slučaj 2

Dana 12. listopada 2018. godine oko 22,10 sati u Zagrebu na tramvajskom stajalištu u Draškovićevoj ulici, nasuprot hotela Sheraton, četiri mladića (Krunoslav, Filip i dva nepoznata) su prišli oštećenima Marku i Akilu, te se Krunoslav obratio Marku tražeći sitan novac, a on je odgovorio da nema novca. Zatim se Filip obratio Akilu, te ga upitao da li govori hrvatski jezik, a kad je isti odmahnuo glavom pokazujući da ne

razumije, Filip ga je na engleskom upitao da li ima cigaretu. Marko je rekao da ne puše, nakon čega je Filip prišao Akilu te mu prebacio ruku preko desnog ramena unio mu se u lice i uputio riječi: „Hoćeš da ti iščupam mozak i da ti se popišam po njemu?“ Nakon što je Marko, inače albino osoba, intervenirao govoreći Filipu kako nije lijepo to što govori, Krunoslav je Marku povišenim tonom rekao: „Ne unosi mu se [Filipu] tako u lice“. Filip je potom Akilu rekao: „Ubit ću te“, pri čemu je svojom rukom prešao preko vrata Akila pokazujući kako će ga zaklati, a potom je jedna nepoznata muška osoba koja je bila u društvu s Krunoslavom i Filipom iz ruksaka izvadila preklopni nož, uslijed čega su Akil i Marko u strahu počeli bježati.

Za njima su potrčali i Krunoslav, Filip te ostale dvije muške osobe, a jedna od te dvije nepoznate osobe stigla je Marka prije nego li je uspio utrčati u obližnje kazalište, te ga udariti šakom u predjelu glave i nogom u predjelu trbuha. Marku je počela curiti krv iz uha.

Nakon što su se Marko i Akil uspjeli skloniti u kazalištu, Krunoslav, Filip i dvije NN muške osobe ostale su na terasi jer ih građani nisu htjeli pustiti u kazalište, nakon čega je Filip počeo vikati: „Di je taj crnac, dajte mi njega da ga razbijem, što on tu ima raditi“, te je s ulice uzeo kantu za smeće i istom razbio izlog obližnje trgovine.

Za to vrijeme su ostala trojica mladića razbacivala stolce, stolove, čaše i boce, a jedan od njih je u jednom trenutku uzeo „grlo“ razbijene boce te istim krenuo prema vrataru na ulazu kazališta koji ih nije htio pustiti unutra, no vratar ga je uspio spriječiti.

Policija je vrlo brzo došla na mjesto događaja te zaustavila tramvaj u koji su prema iskazima očevidaca ušla dvojica najagresivnijih mladića te prema opisima očevidaca izdvojili dva mladića – Krunoslava i Filipa.

Oba su imala izbrijane glave, bili su obučeni kako se inače oblače skinheadsi u uske hlače sa spuštenim naramenicama, Martens čizme i jaknu Spitfire. Kod Filipa je pronađen i lanac duljine 30 cm koji se može omotati oko ruke.

Iz zapisnika o prepoznavanju proizlazi kako su Marko i Akil prepoznali Krunoslava i Filipa sa 100% sigurnošću. Oba su porekla involviranost u incident.

Policija je državnom odvjetništvu prijavila Krunoslava i Filipa zbog kaznenog djela prijetnje iz čl. 139. st. 2. i 4. u svezi s čl. 87. st. 21. Kaznenog zakona na štetu Akila, kao prijetnju počinjenu iz mržnje zbor rasne pripadnosti i boje kože.

Državno odvjetništvo je rješenjem odbacilo kaznenu prijavu protiv Krunoslava navodeći kako iz provedenih dokaza proizlazi da je kazneno djelo prijetnje počinio

Filip i NN osoba s njima u društvu, dok se same radnje osumnjičenog Krunoslava, iako nedopustive, neprimjerene te za moralnu osudu, ne mogu okvalificirati kao ozbiljna prijetnja u smislu čl. čl. 139. st. 2. i 4. u svezi s čl. 87. st. 21. Kaznenog zakona.

Protiv Filipa državno je odvjetništvo pokrenulo postupak i isti je osuđen za djelo koje mu je stavljeno na teret kao maloljetnik na odgojnu mjeru posebnu obvezu – da se uključi u rad humanitarnih organizacija u trajanju od 60 sati kroz tri mjeseca i da se uključi u psihosocijalni tretman u savjetovalištu za mlade.

Pitanja za raspravu:

1. Koje indikatore mržnje ovdje prepoznajete?
2. Je li djelo ispravno kvalificirano u odnosu na obje žrtve napada?
3. Kako bi ste Vi kvalificirali djelo imajući u vidu sve okolnosti i sve doprinose više sudionika?

Slučaj 3

Dana 10. svibnja 2018. godine oko 14,20 sati u Splitu na križanju Vukovarske i Dubrovačke ulice skupina mladića presrela je oštećene Antu i Branimira koji su zajedno šetali ulicom te im prvo uputili prijetnje: „Ubit ćemo vas pederi, polomit ćemo vam sve kosti, jebat ćemo vas u guzicu, nema ovdje mjesta za pedere“ nakon čega su ih fizički napali zadavši im udarce u glavu i tijelo.

Oštećeni su isti dan, neposredno nakon napada prijavili događaj policiji, a zatražili su i liječničku pomoć. Dežurni liječnik je kod Ante ustanovio više ogrebotina na licu i tjemenu koje su predstavljale kontuzije i razderotine, a svaka od njih predstavlja tjelesnu ozljedu, te prijelom nosne kosti s pomakom, dok je kod Branimira utvrdio hematom na licu i nekoliko oguljotina, za koje je smatrao da su nanijete udarcima slabog i srednjeg intenziteta.

Ante je otvoreno homoseksualna osoba koja je policiji navela sljedeće: “Tog dana u posjet mi je došao prijatelj, koji nije istospolne seksualne orijentacije, i odlučili smo zajedno prošetati i otići na kavu. U blizini staračkog doma grupa mladića, njih petero-šestero su me prepoznali kao voditelja prošlogodišnjeg ‘Gay Pridea’ te su za nama

počele vikati 'Evo pederčine' a nakon toga nas počeli pratiti vičući: 'Ubit ćemo vas pederi, nema mjesta za pedere, jebat ćemo vas u guzicu.' Nismo se obazirali i ubrzali smo korak kako bi došli na mjesto gdje će biti više ljudi. U trenutku kad su nam prijetili, počinitelji su bili udaljeni 100-150 m, no ubrzo su nas sustigli i to u blizini caffe bara X u kojem je sjedilo 15-ak ljudi, no nitko nije reagirao. Počinitelji su ih okružili. Vidio sam da je jedan od počinitelja prijatelja iza leđa udario šakom u glavu. Radilo se o nižem momku, nižem od svih ostalih s bradicom i kovrčavom kosom. Tada je drugi počinitelj udario mene u rame, drugi šakom u bočnu stranu lica i nos te su mi odletjele naočale, a treći šakom u glavu i rebra. Počinitelji su se nakon toga skupili i otišli u smjeru juga, i dalje nam prijeteći: 'Nema mjesta za pedere, ubit ćemo vas, ne smijete ovo prijaviti policiji. 'Zbog svega sam ustrašen.'

Branimir je u obavijesti policiji u bitnome ponovio sve što je rekao Ante, ističući kako su se počinitelji i njemu obraćali kao „pederu“, vičući: „Evo i drugog pedera, nema mjesta za pedere“, iako on nije istospolne orijentacije, ali je upoznat s tim da je Ante homoseksualac i podržava ga u njegovom aktivističkom angažmanu s ciljem stvaranja tolerantnijeg i otvorenijeg društva.

Tri osumnjičenika uhićena su dva dana poslije, te je u policijskoj postaji izvršeno njihovo prepoznavanje. Oštećeni Ante je Marina prepoznao s 90% sigurnošću, Nenada sa 90 % sigurnošću, a Petra sa 100% sigurnošću kao počinitelje kaznenog djela. Oštećeni Branimir je Marina prepoznao sa 100% sigurnošću, Nenada sa 30 % sigurnošću, a Petra sa 100 % sigurnošću.

Iako su oba oštećenika prepoznala Petra sa 100% sigurnošću, policija ga je pustila, navodeći kao razlog da Petar ima alibi. Petar je priložio fotografije sa Krizme prijateljice Ane sačinjene u 12:52, 14:25 i 14:27 na kojima se nalazi u restoranu obučen u bijelu košulju s kravatom, a Ana je potvrdila da je bio na njenoj krizmi spornog dana.

Policija je drugu dvojicu osumnjičenika nakon uhićenja ispitala uz prisutnost (odabranih) branitelja. Oba su porekla počinjenje djela. Nenad je naveo da se toga dana digao ujutro i otišao kod prijatelja Zvonimira, koji je bio na praksi, pa ga je sačekao. Potom su zajedno otišli u kladionicu, pa su u kafiću pogledali utakmicu koje je završila 5:2. Ne zna kad se točno našao sa Zvonimirom. Marina poznaje, ali ne komuniciraju već mjesec dana jer su u svađi. Oštećene ne zna, niti zna njihovu spolnu orijentaciju, a ništa nema ni protiv homoseksualaca. Nije mu na kraj pameti

da nekoga napada zbog homoseksualne orijentacije jer i sam ima prijatelje homoseksualce. Cijelim je događajem šokiran.

Marin je iznoseći obranu iskazao kako zna Antu jer žive u istom kvartu, iako do sada nije znao kako se zove. U par navrata ga je vidio kako se drži za ruke s muškom osobom, a nekad se i ljubio u blizini škole, i zna da su se pojedini roditelji zbog toga bunili. Kritične prigode bio je na igralištu OŠ, te je s nekom djecom igrao nogomet. Oko 15:15 došao je kući gdje je bila njegova majka. Misli da je moguće da je prepoznat jer poznaje oštećenog Antu iz viđenja, mada se taj dan nisu vidjeli. Branimira ne poznaje. Nenada poznaje, a poznaje i Petra s kojim je išao u vrtić.

U razgovoru s policijom Zvonimir je naveo da je 10. svibnja 2018. godine kad se vratio s prakse u stanu zatekao prijatelja Nenada. U stanu, u kojem je bila i njegova majka boravili su od 13 do 16 sati, a nakon toga su otišli u kladionicu i pogledali zajedno utakmicu. Razišli su se oko 20 sati.

Na temelju rezultata izvida policija je 24. srpnja 2018. godine podnijela kaznenu prijavu protiv Marina i Nenada državnom odvjetništvu zbog kaznenog djela prijetnje počinjenog prema Anti iz mržnje, pri čemu je djelo kvalificirala kao „kazneno djelo iz čl. 139. st. 2. u svezi sa st. 4. Kaznenog zakona.“ U odnosu na Branimira, policija je uputila oštećenog da može podnijeti prijedlog državnom odvjetništvu da pokrene progon zbog kaznenog djela iz čl. 139. st. 2. Kaznenog zakona, budući da se isto progoni po prijedlogu.“

Istog je dana policija podnijela i optužni prijedlog Prekršajnom sudu u Splitu zbog prekršaja iz čl. 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira.

Državni je odvjetnik nakon provedenih dokaznih radnji ispitivanja obje žrtve u svojstvu svjedoka-oštećenika, ispitivanja dva okrivljenika (Marin i Nenad) te ispitivanja u svojstvu svjedoka prijatelja Zvonimira, pri čemu su svi u bitnome ostali pri prijašnjim iskazima/izjavama, 27. kolovoza 2018. rješenjem odbacilo kaznenu prijavu navodeći kako u konkretnom slučaju ne postoji osnovana sumnja da su okrivljeni Marin i Nenad počinili kazneno djelo prijetnje iz čl. 139. st. 2. u svezi sa st. 4. Kaznenog zakona na štetu Ante. U rješenju je državno odvjetništvo navelo: „osumnjičenici u svojim obranama u cijelosti negiraju počinjenje prijavljenog kaznenog djela, pri čemu obranu Nenada u cijelosti potvrđuje svjedok Zvonimir, dajući mu na taj način alibi. U konkretnom slučaju ne postoji razlog zbog kojeg svjedoku Zvonimiru ne bi trebalo pokloniti vjeru jer je isti prije davanja iskaza upozoren na posljedice lažnog iskazivanja, a pored navedenog je izjasnio kako prije

svjedočenja o predmetnom događaju nije razgovarao s Nenadom. S obzirom na navedeno, zapisnici o prepoznavanju, kao jedini dokaz, nisu vjerodostojni, niti se iz njih može izvesti nesporan zaključak o postojanju osnovane sumnje da su Marin i Nenad uistinu počinitelji predmetnog djela.

Prekršajni postupak okončan je u prvom stupnju u veljači 2020. godine. Prekršajni sud prihvatio je obranu alibijem Nenada i oslobodio ga, dok je Marin osuđen na novčanu kaznu u iznosu od 500,00 kuna. Visoki prekršajni sud odbio je žalbu i potvrdio u cijelosti prvostupanjsku presudu.

Pitanja za raspravu:

1. Smatrate li da je u ovom predmetu provedena učinkovita istraga? Jesu li nadležna tijela učinkovito ispitala homofobni napad od strane privatnih osoba?
2. Jesu li počinjeni neki propusti? Je li trebalo poduzeti još neke izvidne/dokazne radnje? Što bi Vi napravili da ste radili na ovom slučaju?
3. Je li napad na obje žrtve pravilno okvalificiran? Je li kazna izrečena Marinu u prekršajnom postupku dostatna reakcija na opisani napad? Obrazložite.
4. Što bi se dogodilo da je u prekršajnom postupku presuda donesena već početkom kolovoza 2018. godine?

5. Zaključno o zločinima iz mržnje

Da su zločini iz mržnje izuzetno štetni za bilo koje društvo prepoznao je i ESLJP, prema kojem bi jednako tretiranje nasilja i brutalnosti koje je motivirano rasnim i drugim diskriminatornim razlozima i onih koji nemaju takvu motivaciju predstavljalo zatvaranje očiju pred specifičnom prirodom zločina iz mržnje kao djela osobito destruktivnih za temeljna prava. Propust da se napravi razlika u načinu na koji se postupa u situacijama koje su bitno drugačije može dovesti do neopravdanog postupanja prema žrtvi koje je nespojivo s čl. 14. Konvencije.⁶³ Iako hrvatski pravni

⁶³ ESLJP, *Šečić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 40116/02, presuda od 31. svibnja 2007. godine, par. 67. V. i Turković, K., Definicija zločina iz mržnje u Kaznenom zakonu RH u svjetlu presude ESLJP-a Škorjanec protiv Hrvatske, u Turković, K.; Munivrana Vajda, M.; Dragičević Prtenjača, M.; Kazneno pravo: sinergija teorije i prakse. Liber amicorum Petar Novoselec, Zagreb, 2019, str. 504-506.

sustav načelno prepoznaje i izdvaja zločine iz mržnje kao posebnu kategoriju kažnjivih djela, ovaj rad pokazuje kako i u zakonodavnom uređenju ove materije i u primjeni postojećih odredbi ima mjesta za poboljšanja. Ovdje smo iznijeli više preporuka od kojih se neke odnose na zakonski okvir, a neke na postupanje u praksi.

U kontekstu kaznenih djela zakonodavni okvir ocjenjujemo načelno dobrim te su preporuke prvenstveno usmjerene na praksu. Prije svega, smatramo da bi, kada je riječ o zločinima iz mržnje, načelno trebalo odustati od predlaganja i izdavanja kaznenih naloga. Više pažnje bi općenito trebalo posvetiti obrazloženju mržnje kao diskriminatornog motiva djela koji djeluje daje posebnu težinu, bilo kroz kvalifikatorni oblik kaznenog djela kod kojeg mržnja predstavlja obilježje djela, bilo kroz utvrđivanje mržnje kao *ex lege* otegotne okolnosti. S obzirom na njihovu štetnost za društvo, važno je na zločine iz mržnje reagirati odlučno i pojačanim sankcijama.⁶⁴ Međutim, u drugo navedenoj situaciji suci nerijetko previđaju mržnju te ju ne navode kao otegotnu okolnost iako to zakonodavac od njih izrijekom traži. Ovaj očiti propust može se otkloniti kroz edukaciju, promjenu sudske prakse ili čak kroz zakonodavnu intervenciju,

Za razliku od kaznenopravnih normi, kada je riječ o prekršajima, problemi u praksi u velikoj mjeri su uvjetovani prekršajnim zakonodavstvom. Naime, pozitivno-pravni okvir eksplicitno ne omogućuje adekvatno izražavanje specifične težine prekršaja iz mržnje i smatramo kako bi *de lege ferenda* trebalo unijeti i taj institut u prekršajno zakonodavstvo. To bi bilo moguće učiniti kroz izmjene Prekršajnog zakona ili eventualno kroz novi Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira, koji se već godinama iščekuje. Do tada ovlaštenim tužiteljima i prekršajnim sucima ostaje da element mržnje izraze kroz činjenični i pravni opis te pravnu kvalifikaciju, odnosno kroz stjecaj odgovarajućeg prekršaja s prekršajem iz čl. 25. ZSD, a u svim drugim slučajevima kroz odgovarajuće odmjerenu kaznu, pri čemu bi mržnja trebala biti eksplicitno vrednovana kao negativna pobuda koja utječe da kazna bude teža za počinitelja – što i sada postojeći članak 36. st. 2. Prekršajnog zakona omogućuje. U protivnom, dolazi u pitanje konvencijska obveza da se raskrinka diskriminatorni motiv djela te da se bitno različite situacije (tzv. obični prekršaji protiv javnog reda i mira i prekršaji iz mržnje) tretiraju različito.

⁶⁴ Turković, K., *ibid*, str. 504.

Konačno, brzi prekršajni progon u nekoliko je promatranih predmeta doveo do odbačaja kaznene prijave ili odbijajuće presude na temelju primjene načela *ne bis in idem*. Ovakvo je postupanje naslijeđe presude ESLJP u predmetu Maresti, no smatramo kako u svjetlu novije presude u predmetu *A.B. protiv Norveške* postoji prostor za kazneni progon, osobito ako su u prekršajnom postupku djela kvalificirana isključivo kao prekršaji protiv javnog reda i mira, što je u promatranom uzorku prevladavajuća praksa.

II. GOVOR MRŽNJE

1. Uvodno o slobodi izražavanja i njenim ograničenjima

Pravo na slobodu izražavanja jedno je od temeljnih ljudskih prava, važno ne samo za razvoj i napredak svakog čovjeka, već i za postojanje demokratskog i pluralističkog društva.⁶⁵ Stoga ne čudi što je ovo 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.), te Povelje o temeljnim pravima Europske Unije iz 2000. odnosno 2009. godine (čl. 11. st.1).⁶⁶ Jamči ga i čl. 38. hrvatskog Ustava kao i Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: EKLJP).

Prema čl. 10. EKLJP, 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 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, već i na one koje „vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju“.⁶⁷ Upravo kod potonjeg, govora koji vrijeđa, šokira ili preispituje uspostavljeni poredak, zaštita slobode izražavanja je krucijalna, jer ta sloboda ne postoji ako ne uključuje i onaj govor koji izaziva zgražanje i moralnu osudu drugih, pa možda čak i većine.⁶⁸ Takav šokantni i drugima često uvredljiv govor testira pluralizam, toleranciju i slobodoumnost, značajke „bez kojih nema demokratskog društva“⁶⁹.

Pa ipak, ovo pravo, nije apsolutno. Već sam čl. 10. st. 2. EKLJP 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.

⁶⁵ ESLJP, *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7. prosinca 1976, § 49.

⁶⁶ Više o povijesnom razvoju u Schabas, W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, str. 444. et seq.

⁶⁷ „...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“, ESLJP, *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7. prosinca 1976, § 49.

⁶⁸ Sesardić, N., *Smrt komunizmu, verbalni delikt narodu (Zašto kriminalizirati mržnju i hoće li ljudi prestati govoriti)*, Jutarnji list, 21. svibnja 2016., str. 60-61.

⁶⁹ V. npr. ESLJP, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, 21279/02 i 36448/02, 22. listopada 2007, [GC], § 45.

10. st. 2. EKLJP.⁷⁰ Jedno od načelno dopuštenih ograničenja prava na slobodu izražavanja predstavlja sankcioniranje tzv. govora mržnje i Europski sud za ljudska prava (ESLJP) je u nizu predmeta ocjenjivao razmjernost mjera usmjerenih ka ograničavanju govora mržnje.⁷¹ Osim kroz prizmu čl. 10. st. 2. EKLJP, najteže oblike tzv. govora mržnje ESLJP je promatrao i kao zlouporabu prava (čl. 17. EKLJP,⁷² osobito u svezi s čl. 14. EKLJP koji zabranjuje diskriminaciju). Na tom tragu je i nezavisni odvjetnik u kontekstu čl. 11. Povelje EU 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”.⁷³ Slično tome, i preambula Okvirne odluke o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava od 28. studenog 2008. godine (dalje: **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”.⁷⁴ 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 uvijek su u znatnoj mjeri sporni, kako na međunarodnom nivou, o čemu svjedoči niz recentnijih dokumenata,⁷⁵ tako i u RH, u

⁷⁰ Razlozi zbog kojih se zakonom i u mjeri u kojoj je to nužno sloboda izražavanja može ograničiti su 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 nepristranosti sudbene vlasti.

⁷¹ „...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.

⁷² Prema čl. 17. EKLJP [„n]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“.

⁷³ 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.

⁷⁴ Okvirna odluka 2008/91/JHA o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava od 28. studenog 2008. godine.

⁷⁵ O aktualnosti teme na međunarodnom nivou govori i niz tzv. *soft law* dokumenata posvećenih ovoj 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),

kojoj je sa stručno znanstvenog aspekta ova materija marginalizirana, usprkos relativno velikom interesu javnosti i nizu medijski eksponiranih slučajeva.⁷⁶ Probleme koji postoje u praksi prilikom progona tzv. govora mržnje zorno je prije nekoliko godina ilustriralo i priopćenje Državnog odvjetništva Republike Hrvatske, kojim se ukazalo na pogrešne odluke u pojedinim predmetima javnog poticanja na nasilje i mržnju, te najavila analiza svih predmeta i rad na ujednačavanju postupanja.⁷⁷

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“.⁷⁸ 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.⁷⁹

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

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf Rasprava o ovoj materiji je posljednjih godina aktualizirana uslijed pojave tzv. *online hate speecha*, tj. govora mržnje koji se (uglavnom anonimno) distribuira 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>

⁷⁶ Pionirski o ovoj 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 Znete li koliko je ljudi kažnjeno zbog ustaškog pozdrava 'Za dom spremni'? Rezultati su poražavajući!“, od 9. rujna 2015. godine.

⁷⁷ 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/PriopcenjaDORH-a>

⁷⁸ Recommendation No. R 97/20 on “hate speech” adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997.

⁷⁹ Alaburić, V., *op.cit.*, str. 63.

stranaka zahtijeva ne samo da zabrane,⁸⁰ već da propišu kao kažnjivo djelo (eng. *offence punishable by law*)⁸¹ neke pojavne oblike (rasističkog) govora mržnje.⁸² Prema čl. 4. Konvencije kažnjivo, između ostalog, 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.⁸³ Pritom valja istaknuti da, iako bi pojam rasne diskriminacije na prvi pogled upućivao na vrlo uski 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,⁸⁴ te nacionalno i etničko podrijetlo.⁸⁵ 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).⁸⁶ S druge, strane, Konvencija snažno zadire u slobodu izražavanja jer zahtijeva kažnjivost ne samo poticanja na nasilje i diskriminaciju, već 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**

⁸⁰ 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.“

⁸¹ Dakle, nije nužno da je riječ o kaznenoj, dostaje i prekršajna odgovornost.

⁸² Republika Hrvatska je država stranka konvencije, notifikacijom o sukcesiji (NN MU br-12/93).

⁸³ To potvrđuje i CERD/C/GC/35, *op.cit.*, 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.)

⁸⁴ 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 njihovog porijekla, takve osobe ili grupe osoba mogu biti podvrgnute mržnji ili nasilju.“ V. para. 7. Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. Riječ podrijetlo 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*.

⁸⁵ Stoga je i ranije 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.

⁸⁶ Mehanizam za provedbu Konvencije, Odbor za uklanjanje svih oblika rasne diskriminacije (prema engleskom akronimu dalje: CERD) je otklonio nastojanja da se čl. 4. interpretira progresivno, te je govor mržnje usmjeren prema Muslimanima i imigrantima smatrao govorom 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 Quereshi v. Denmark*, U.N. Doc. CERD/C/66/D/33/2003 (2005).

slučajeve, uzimajući u obzir narav i mjeru utjecaja na ciljane osobe i grupe te načela zakonitosti razmjernosti i nužnosti.⁸⁷ 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 bi trebali biti kažnjivi samo onda kada jasno predstavljaju poticanje na rasnu mržnju ili nasilje.⁸⁸

Neke od navedenih nedostataka, makar unutar zajedničkog europskog prostora slobode, sigurnosti i pravde, nastojala je otkloniti **Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji**.⁸⁹ 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 kakvog 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 njenom članu kada je radnja počinjena na način koji je podoban potaknuti nasilje ili mržnju prema toj skupini ili njenom članu (čl. 1. st. 1.(c) i (d)).⁹⁰

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 i ksenofobiji ipak ne teži potpunoj harmonizaciji europskih nacionalnih kaznenih zakonodavstava, već kroz neke ponuđene alternative daje državama mogućnost da

⁸⁷ CERD/C/GC/35, *op.cit.*, par. 12.

⁸⁸ *Ibid*, par. 14.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.

u određenoj mjeri prilagode zabranu govora mržnje vlastitim pravnim sustavima u okviru kojih važan položaj ima sloboda izražavanja kao jedno od temeljnih ljudskih prava.⁹¹ 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 ovog 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 **podoban**⁹² **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, već 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, vjeroispovijesti, 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.⁹³

3. Hrvatski pravni okvir

Govor mržnje u hrvatskom pravnom sustavu inkriminiran je kroz niz odredbi. Ni jedna ne nosi naziv „govor mržnje“ niti pristupa ovom pojmu cjelovito, već 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 je **javno poticanje na nasilje i mržnju iz čl. 325. KZ**. Povrh toga, KZ (strože) inkriminira i neke specijalne oblike govora mržnje: izravno i javno poticanje na genocid (čl. 88. st. 3. KZ), izravno i javno poticanje na zločin agresije (čl. 89. st. 3.

⁹¹ 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.

⁹² 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).

⁹³ 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.

KZ) te javno poticanje na terorizam (čl. 99. KZ).⁹⁴ Konačno, govor mržnje adresira **niz prekršajnih zakona**, među kojima svakako valja spomenuti Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima,⁹⁵ Zakon o suzbijanju diskriminacije,⁹⁶ Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira,⁹⁷ Zakon o javnom okupljanju,⁹⁸ te tzv. medijsko zakonodavstvo.⁹⁹ 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 su uređeni kroz niz propisa, među kojima često nema jasne crte razgraničenja što, kao što će analiza pokazati, također može predstavljati izvor problema.

3.1. Javno poticanje na nasilje ili mržnju

Javno poticanje na nasilje ili mržnju iz čl. 325. KZ-a je novo kazneno djelo u glavi XXX. KZ-a koja nosi naziv *Kaznena djela protiv javnog reda i mira*. Ovim člankom, kao što je već rečeno, Hrvatska je u svoje zakonodavstvo transponirala čl. 1. Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. Pritom je, kao i ranije,¹⁰⁰ 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, već i poticanja na mržnju** prema pripadniku skupine ili čitavoj skupini. Djelo je kažnjivo neovisno o načinu na koji se javno potiče odnosno na koji

⁹⁴ S obzirom da je praktična važnost ovih 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.

⁹⁵ 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 rase, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti (uz što vezuje novčanu kaznu od 2,000 do čak 15,000 kuna ili kaznu zatvora do 30 dana), dok je prema al. 7 kažnjivo (novčanom kaznom od 5,000 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 rase, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti.

⁹⁶ NN 85/08, 112/12. Prema čl. 4. već se samo poticanje na diskriminaciju smatra oblikom diskriminacije.

⁹⁷ NN 5/90, 30/90, 47/90, 29/94. Osobito je relevantan čl. 5. ovog zakona koji se odnosi na javno izvođenje, reproduciranje pjesmi, skladbi 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.

⁹⁸ NN 128/99, 90/05, 139/05, 150/05, 82/11, 78/1. Prema čl. 3. sloboda govora na javnim okupljanjima ograničena je, između ostalog, 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 3.000,00 kuna prema čl. 37. st. 2.

⁹⁹ 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.). Ovi zakoni ne propisuju individualnu prekršajnu odgovornost, već ukazuju na zabranjene programske sadržaje koji obuhvaćaju i tzv. govor mržnje.

¹⁰⁰ Više o zakonodavnom uređenju govora mržnje od osamostaljenja do danas u Alaburić, V., *op.cit.*

se javnosti čine dostupnim letci, 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, već 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 podstrekačko, 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 ova 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.¹⁰¹

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). 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 kažnjiv.¹⁰² S obzirom na, kako analiza sudske prakse pokazuje, malu praktičnu važnost ovih odredbi, sljedeći dio rada biti će posvećen analizi spornih pitanja vezano prvenstveno uz st. 1.

Hrvatski KZ ne koristi dvije 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*

¹⁰¹ 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 kazneno-pravnim sredstvima od 27. siječnja 2014, str. 5.

¹⁰² Upitno je koliko će uopće ova odredba biti primjenjiva s obzirom na narav djela. Okvirna odluka ne propisuje kažnjivost pokušaja.

koji su utvrđeni pravomoćnom presudom domaćeg, hrvatskog ili pak međunarodnog suda.¹⁰³ 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 niti u Hrvatskoj niti pred nekim međunarodnim sudom.¹⁰⁴

Još se važnijom može smatrati činjenica da kažnjivost govora mržnje iz čl. 325. st. 1. KZ 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,¹⁰⁵ a i ESLJP je pri ocjenjivanju je li konkretno ograničenje slobode izražavanja bilo opravdano često promatrao reakciju javnosti i procjenjivao da li su izjave o kojima je riječ uopće mogle dovesti do nasilja i utjecati na javni red u zajednici.¹⁰⁶

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.

3.2. *Praksa hrvatskih sudova - pregled*

U okviru istraživanja s kraja 2016. godine prikupljene su pravomoćne presude za kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. KZ-a, donesene u razdoblju od 1. siječnja 2013., kada je u KZ uvedeno kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. KZ, pa do 30. lipnja 2016., dakle u razdoblju od tri i pol godine. Prema dostavljenim podacima, u tom je razdoblju doneseno **devetnaest pravomoćnih presuda, u odnosu na ukupno dvadeset i četiri osobe**, od čega je

¹⁰³ U kontekstu ovog 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. *Gesamttat*), 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 svog pravnog sadržaja uopće promatrati kao općepoznate činjenice, no to pitanje nadilazi okvire ovog rada.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ V. § 130(1) njemačkog StGB („*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören...*“).

¹⁰⁶ 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 oslonio na činjenicu da su objavljeni crteži doveli do reakcije javnosti, koja je mogla potaknuti nasilje i imati značajan utjecaj na javni red u Baskiji. V. i Weber, A., *Manual on Hate Speech*, Strassbourg, 2009, str. 40.

u odnosu na dvadeset i tri osobe donesena pravomoćna osuđujuća presuda, dok je samo jedna osoba pravomoćno oslobođena.¹⁰⁷

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

Promatrajući profil počinitelja ovih kaznenih djela, uočava se da se u najvećem broju radi o pripadnicima mlađe populacije, pa je tako od dvadeset i četiri osobe, četrnaest osoba rođeno nakon 1980. godine. Što se spolne zastupljenosti tiče, među dvadeset i četiri presuđene osobe samo je jedna osoba ženskog spola.¹⁰⁸

Što se načina počinjenja tiče, od dvadeset i četiri osobe, sedamnaest osoba predmetno kazneno djelo je počinilo putem Facebooka, pet osoba grafitima, dok je jedna osoba kazneno djelo počinila na ulici.¹⁰⁹ Jedna osoba, i to u oslobađajućoj presudi, teretila se da je kazneno djelo počinila putem sredstava priopćavanja odnosno gostujući u radijskoj emisiji.¹¹⁰

Od navedene osuđene dvadeset i tri osobe, 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

¹⁰⁷ 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 tamo gdje bi trebalo navoditi veći broj presuda. Relevantne presude biti će istaknute prvenstveno u dijelu u kojem se sadržajno analiziraju otvorena pitanja.

¹⁰⁸ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu broj Kovm-137/2016.

¹⁰⁹ No u pogledu ovog kaznenog djela na temelju analize izreke, odnosno činjeničnog opisa smatramo da je na navedeni način počinjeno drugo kazneno djelo, a ne kazneno djelo iz čl. 325. st. 1. KZ, za koje je počinitelj osuđen. Presudom Općinskog suda u Osijeku broj K-164/2013-2, počinitelj je osuđen da je 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 da li želi da ga ubije te da bi to učinio zato što je crnac te ga s obje ruke uhvatio za vrat i počeo stiskati.

¹¹⁰ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu broj 18 KO-1328/13.

državnog odvjetništva. U jedinoj oslobađajućoj presude okrivljenik je oslobođen temeljem čl. 453. toč. 3. ZKP-a, odnosno da nije dokazano da je počinio predmetno kazneno djelo.

Od deset osoba u odnosu na koje je sud donio presudu nakon provedene rasprave, samo je jedna osoba, i to ona koje je oslobođena, poricala počinjenje navedenog kaznenog djela, dok je preostalih devet osoba priznalo počinjenje kaznenog djela odnosno očitovalo se krivim na raspravi na sudu. Stoga se sud u odnosu na tih devet osuđenih osoba nije ni upustio u detaljniju analizu elemenata ovog kaznenog djela, odnosno krivnje osuđenika. Osim toga, pet osoba se 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 kojem 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 ga je sud prihvatio i temeljem istog donio presudu.

Iz analiziranih presuda proizlazi kako je u odnosu na svih dvadeset i troje osuđenih počinitelja **izrečena uvjetna osuda**, što jest podudarno izuzetno često primjeni uvjetne osude u sudskoj praksi,¹¹¹ iako se izricanje novčane kazne, a posebice novčane kazne ili kazne zatvora koju bi sud zamijenio **radom za opće dobro, kod ovih kaznenih djela možda ukazuje primjerenijim i efikasnijim**. Niti u jednom predmetu uz uvjetnu osudu nisu izrečene ni posebne obveze prema čl. 62. KZ. 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, od sigurnosnih mjera samo zabrana upravljanja motornim vozilom te oduzimanje predmeta, slijedom čega je mogućnost izricanja drugih kazni te sigurnosnih mjera ostavljena samo za redoviti postupak.

Kod same primjene uvjetne osude, politika kažnjavanja hrvatskih sudova je vrlo raznolika, što je djelomično posljedica i neujednačenih prijedloga u optužnim aktima državnih odvjetništava. Naime, iako je u odnosu na sve dvadeset i tri

¹¹¹ Prema podacima Državnog zavoda za statistiku u 2015. godini kada je riječ o punoljetnim počiniteljima kaznenih djela uvjetna osuda je daleko najzastupljenija kaznenopravna sankcija (76.8%). V. Priopćenje „Punoljetni počinitelji kaznenih djela prema vrsti odluke u 2015“, Zagreb 27. travnja 2016.

osuđene osobe izrečena uvjetna osuda, visina izrečene kazne zatvora, kao i roka provjeravanja, bitno se razlikuju, pa čak i kod vrlo sličnih 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,¹¹² s rokom kušnje od jedne do tri godine. Pri tome pokušaj analize okolnosti i kriterija koje su sudovi uzimali u obzir prilikom individualiziranja kazne u svakom pojedinom predmetu nije moguć, budući da visina izrečene kazne i utvrđenog roka kušnje u obrazloženju predmetnih presuda u pravilu nije posebno obrazlagana, već 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.¹¹³

Uz dvadeset i tri izrečene uvjetne osude, od jedne je osobe, koja je djelo počinila putem Facebooka, temeljem čl. 79. Kaznenog zakona, oduzeta majica s natpisom "Crna legija opet se vraća još bolja, još jača" i zastava Republike Hrvatske sa šahovnicom i ispisanim znakom "U" u šahovnici.¹¹⁴ Od šesnaest drugih osoba u drugim predmetima koja su djelo počinila putem Facebooka samo su prema dvjema osobama primjenom odredbe čl. 79. Kaznenog zakona oduzeta dva računala koja su uporabljena za počinjenje kaznenog djela te koja su kao takva i navedena u činjeničnom opisu kaznenog djela,¹¹⁵ jer je sud, a što samo možemo samo pretpostavljati jer obrazloženja u odnosu na tu okolnost izostaju, očito smatrao kako ne postoji opasnost da će se isti ponovno uporabiti za počinjenje kaznenog djela. U još tri predmeta u dispozitivu presude izrijekom navedeno da je djelo okrivljenik

¹¹² 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, dok su kazna zatvora kao i uvjetna osuda kojom je zamijenjena (očito pogrešno) utvrđene prema KZ97. Sud je pritom prihvatio istovjeran prijedlog DO u optužnici s kaznenim nalogom. Presuda Općinskog suda u Puli, broj K-670/13.

¹¹³ U nekolicini predmeta daljnja obrazloženja kreću se od zaključka da je okrivljenik shvatio štetnost svog ponašanja, da je obećao da neće više činiti kaznena djela i da nakon počinjenog djela iz čl. 325. KZ 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).

¹¹⁴ Počinitelj je osuđen zato što je na svom Facebook profilu objavio, između ostalog, 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.

¹¹⁵ Presuda Općinskog suda u Vukovaru broj K-285/13, presuda Općinskog suda u Vinkovcima broj 14-K-460/13.

počinio sa svog računala ili mobilnog telefona, međutim, sud u tim predmetima nije primijenio čl. 79. te nije oduzeo iste predmete.¹¹⁶

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, odnosno putem Facebooka, niti prema jednoj osobi sud nije izrekao spomenutu sigurnosnu mjeru, za koju se, kao i za oduzimanje predmeta, traži ispunjenje dodatnih uvjeta, tj. postojanje opasnosti da će zluporabom Interneta ponovo počiniti kazneno djelo. Da li je razlog tomu nemogućnost izricanja te mjere u slučaju prihvaćanja kaznenog naloga ili upitna provedivost spomenute sigurnosne mjere kada ju sud u redovitom postupku može izreći,¹¹⁷ ili je, pak, sud smatrao da niti u jednom od navedenih predmeta ne postoji opasnost od ponavljanja kaznenog djela zluporabom Interneta, analizom pravomoćnih presuda nije moguće utvrditi, jer je tek u jednoj od analiziranih pravomoćnih presuda sud u obrazloženju naveo da nije okrivljeniku izrekao sigurnosnu mjeru zabrane pristupa internetu na temelju čl. 75. KZ budući da je ocijenio kako je već samo vođenje kaznenog postupka u dovoljnoj mjeri utjecalo na okrivljenika da ne čini istovrsna kaznenog djela, kao i da je isti shvatio štetnost svojeg ponašanja i obećao sudu da više neće činiti kaznena djela.¹¹⁸

S obzirom na gore spomenuti izostanak obrazloženja ključnih spornih pitanja¹¹⁹, na temelju analize naše sudske prakse ne može se zaključiti zašto su u osuđujućim presudama zauzeta određena stajališta u odnosu na pojedina otvorena pitanja, odnosno kako naša sudska praksa prihvaća i tumači pojedina obilježja ovog kaznenog djela (npr. javno poticanje); koji je način počinjenja kaznenog djela; zašto smatra da se pojedine skupine ljudi imaju uvrstiti u oštećene skupine predviđene tim kaznenim djelom te zašto izriče odnosno ne izriče pojedine sigurnosne mjere ili primjenjuje odnosno ne primjenjuje institute predviđene kaznenim zakonodavstvom. Stoga nam preostaje na temelju analize prikupljenih presuda ukazati na nekonzistentnosti i prepoznati neka otvorena pitanja te ponuditi moguća objašnjenja i smjernice za buduće postupanje naših državnih odvjetništava i sudova.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Presuda Općinskog suda u Koprivnici broj 1 K-174/14-16.

¹¹⁹ Osim u oslobađajućoj presudi Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13.

3.3. Neka otvorena pitanja

Javno poticanje

Jedno od krucijalnih obilježja kada je riječ o tumačenju ovog kaznenog djela je „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 kakvog karaktera, uopće bile 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“.¹²⁰

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), 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 aktivno nastoji druge potaknuti da prema skupini/pripadniku ... osjećaju mržnju ili čine nasilje.“¹²¹ 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, ukazivanje na povoljne prilike, uključujući i netipične oblike poticanja).¹²² Bitno je samo da je radnja poticanja učinjeno **javno**.¹²³ 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

¹²⁰ 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.

¹²¹ No ne možemo se složiti u dijelu u kojem se traži da počinitelj istovremeno potiče druge ne samo da osjećaju, već i da izražavaju mržnju. Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13.

¹²² Novoselec, P.; Bojanić, I., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2013., str. 344.

¹²³ Suprotno Vukušić, I., Mišić Radanović, N., Javno poticanje na nasilje i mržnju kao oblik diskriminacije – kaznenopravni i građanskoopravni 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.

rasističkih simbola ili nošenje određenih znakova, uniformi i slično.¹²⁴ Istovremeno se, kao i kod poticanja općenito, kod ovog kaznenog djela ne traži postupanje s ciljem izazivanja mržnje ili nasilja;¹²⁵ 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), već 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,¹²⁶ već prvenstveno 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 **poticanje na mržnju ne sadrži nužno i poziv na čin nasilja ili drugo kazneno djelo.**¹²⁷ 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 poticanjem se ne potiče određena osoba ili širi krug individualiziranih osoba, već se ovim djelom obuhvaća poticanje šireg kruga

¹²⁴ 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 kvalificirala kao radnje koje vrijeđaju javni red i mir odnosno kao poticanje/raspirivanje mržnje. U prekršajnom postupku, presuda PS u Sl. Brodu broj Pp 5.J-375/14-2, okrivljenik je osuđen što 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, presuda broj Pp-89.J-D-789/13, osudio je okrivljenika koji je imao na glavi kapu s vidno 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.

¹²⁵ Suprotno Vukušić, I., Mišić Radanović, *op.cit.*, str. 143.

¹²⁶ Naravno, i kod poticanja na nasilje to može biti slučaj, ako je primjena sile konkretizirana.

¹²⁷ ESLJP, *Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, [§ 55](#). U tom smislu napadi na osobe počinjeni vrijeđanjem, ismijavanjem i klevetanjem određenih skupina mogu biti dovoljni.

ljudi koji se ne mogu individualizirati.¹²⁸ Stoga se ovdje ne radi o sudioničkom poticanju, već o općem, neodređenijem poticanju.¹²⁹

Imajući sve navedeno u vidu, smatramo kako puko oslanjanje na institut poticanja kao oblik sudioništva nije dostatno pri analizi ovog obilježja iz čl. 325.st.1. KZ, već treba uzeti uz obzir specifičnosti konteksta i posljedice na koju se potiče (mržnja ili nasilje), a koja se ne mora ostvariti da bi djelo bilo dovršeno.¹³⁰ 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 diskriminatornim, mrzilačkim, šikanirajućim.“¹³¹ Smatramo kako se pod određenim uvjetima, imajući u vidu niz kriterija kao što su, primjerice, kontekst i društveni utjecaj konkretnog počinitelja,¹³² već i „puko iznošenje“ mrzilačkih i šikanirajućih stavova može podvesti pod pojam javnog poticanja.

Nasilje i/li mržnja

Slijedeće sporno pitanje koje se može uočiti u analiziranim presudama je razgraničenje između javnog poticanja na nasilje i javnog poticanja na mržnju. Naime, u zakonskom opisu članka 325. st. 1. KZ posljedica koja se poticanjem želi izazvati (a koja je izvan bića kaznenog djela) je postavljena alternativno – ili nasilje prema određenoj skupini odnosno pripadniku skupine ili pak mržnja. U većini presuda sudovi su vodili računa o ovom razgraničenju te postupanje počinitelja označavali uglavnom kao poticanje na mržnju,¹³³ ali i kao poticanje na nasilje¹³⁴ ili kao poticanje na mržnju i nasilje (ovisno o tome što bi iz opisanog postupanja doista i proizlazilo).¹³⁵ No, u nekim je presudama navedeno da je počinitelj na opisani način „javno poticao na mržnju“ iako se eklatantno radilo o pozivanju na nasilno ponašanje

¹²⁸ Vukušić, I.; Mišić Radanović, N., *op.cit.* str. 137.

¹²⁹ Bačić, F.; Pavlović, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, 2004, str. 611. u kontekstu pozivanja i poticanja na agresivni rat iz čl. 157.st.4.KZ97.

¹³⁰ U tom smislu u pravu su Vukušić, I.; Mišić Radanović, N., *op.cit.*, kada tvrde da je riječ o formalnom kaznenom djelu, str. 143.

¹³¹ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13., str. 7.

¹³² O čemu više *infra*, u 4. poglavlju.

¹³³ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu broj Kovm-137/2016-5 („Vukovar je srpski“ i slični grafiti).

¹³⁴ Presuda Općinskog suda u Požezi broj K-26/2016-2.

¹³⁵ 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“).

prema određenoj skupini, pa je tako trebalo i kvalificirati.¹³⁶ Konačno, u nekim se presudama navodi da je počinitelj poticao „na nasilje ili mržnju“, a što smatramo da nije pravilno.¹³⁷ 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 kako **poticanje na mržnju ne sadrži nužno poticanje na nasilje**.¹³⁸ Sam pojam mržnje Kazneni zakon 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.¹³⁹ 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“.¹⁴⁰ 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*.¹⁴¹ 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.“¹⁴² 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...“.¹⁴³

¹³⁶ Npr. u presudi Općinskog suda u Osijeku, broj 25.K-770/2013-2 sud je javni poziv okrivljenika da se udari po oštećenicima 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“).

¹³⁷ V. npr. Presuda Općinskog suda u Slavanskom 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.

¹³⁸ ESLJP, *Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9. veljače 2012, § 55.

¹³⁹ V. Hrvatski jezični portal, <http://hjp.znanje.hr/index.php?show=search> [7.10.2016.]

¹⁴⁰ Derenčinović, D. u Derenčinović, D.(ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013., str. 68.

¹⁴¹ Bačić, F.; Pavlović, Š., *op.cit.*, 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. ESLJP, *Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9. veljače 2012, § 55.

¹⁴² Bačić, F.; Pavlović, Š., *op.cit.*, str. 649.

¹⁴³ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, 18 KO-1328/13, str.2.

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 ovog kaznenog djela čini se kako za počinjenje nije nužno da počinitelj sam postupa motiviran mržnjom,¹⁴⁴ iako će to najčešće biti slučaj. Dovoljno je da počinitelj svjesno poziva na nasilje ili mržnju prema pripadniku skupini ili skupini zbog njihovih karakteristika. Smatramo stoga kako ni prilikom kvalifikacije kaznenog djela iz čl. 325. KZ nije potrebno u zakonskom i pravnom opisu povezivanje s čl. 87. st. 21. KZ, koji definira zločin motiviran mržnjom.¹⁴⁵ 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, već je dostatno dokazati da je počinitelj odabrao svoju žrtvu zbog njene stvarne ili presumirane povezanosti s određenom skupinom.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷ Nije nužno ni da izraženi animozitet „ovisi samo o pripadnosti oštećenika nacionalnoj skupini u koju ga svrstava okrivljenik“.¹⁴⁸ 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)...“¹⁴⁹

Odnos javnog poticanja i pozivanja

Jedan od načina počinjenja predmetnog kaznenog djela je javno poticanje na nasilje i mržnju, a drugi **činjenje javnosti dostupnima letaka, slika ili drugih**

¹⁴⁴ Na to upozorava i Alaburić, V., *op.cit.*, str. 65

¹⁴⁵ U tom smislu je pogrešna kvalifikacija u presudi Općinskog suda u Slavanskom 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...“.

¹⁴⁶ *Prosecuting Hate Crimes, A Practical Guide*, OSCE, 2014, str. 50. Čak i kada je riječ o zločinu iz mržnje (čl. 87. st. 21. KZ), kod kojeg mržnja predstavlja (nisku) pobudu zbog koje je djelo počinjeno, njeno prisustvo nije nužno vještačiti, već će djelo kvalificirati kao zločin iz mržnje na temelju objektivnih kriterija, tzv. indikatora predrasuda kao što su okolnosti vezane uz žrtvu (npr. njena pripadnost određenoj skupini), okolnosti vezane uz objekt radnje (npr. funkcija određenog predmeta), okolnosti vezane uz počinitelja (npr. pripadnost određenoj skupini kao što su skinheads), ponašanje počinitelja (izjave, simboli, odijevanje), okolnosti vezane uz mjesto i vrijeme počinjenja (npr. religijski praznik, crkva), percepcija žrtva da je riječ o zločinu od mržnje te odsustvo drugih motiva. *Ibid.*, str. 46-47.

¹⁴⁷ Suprotno presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, broj 18 KO-1328/13, str. 8.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Alaburić, V., *op.cit.*, str. 65.

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 i mržnju usmjereno prema skupini ljudi zbog",¹⁵⁰ 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",¹⁵¹ 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...",¹⁵² 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...".¹⁵³ Držimo kako **objava inkriminirajućih komentara na društvenim mrežama predstavlja javno poticanje na nasilje i/ili 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 Facebook stranicama, *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 između pojmova 'poticanje' i 'pozivanje' nema bitne sadržajne razlike,¹⁵⁴ smatramo kako bi sudsku praksu u ovom smislu valjalo ujednačiti. Nadalje, kada je riječ o činjenju dostupnim javnosti materijala kojima se

¹⁵⁰ Npr. Presuda Općinskog suda u Splitu broj K-890/2014.

¹⁵¹ Presuda Općinskog suda u Slavonskom brodu broj 3 K-361/14-2.

¹⁵² Presuda Općinskog suda u Puli broj K-670/13.

¹⁵³ Presuda Općinskog suda u Vinkovcima broj 14-K-460/13.

¹⁵⁴ Bačić, F.; Pavlović, Š., *op.cit.*, str. 611-612. u kontekstu „pozivanja i poticanja“ na agresivni rat, koji u pokušaju razgraničenja pojmu pozivanja daju nešto širi i neodređeniji karakter, dok poticanje definiraju kao poziv na djelovanje čiji su smjerovi i sadržaji nešto određeniji.

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 širenju izjava drugih osoba putem intervjuja, moglo odvratiti tisak od učešća u javnoj raspravi o pitanjima od legitimnog javnog interesa, pa se ne može podržati, osim ako za to ne postoje osobito važni razlozi.“¹⁵⁵

Ciljana društvena skupina

Članak 325. st. 1. i 4. KZ 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, sankcionira i govor mržnje usmjeren protiv nekih drugih skupina (ili njihovih pripadnika), koje se mogu identificirati na temelju „kakvih drugih osobina“ (**generalna klauzula**). Ovakav pristup zakonodavca očito je motiviran težnjom da pruži zaštitu i drugim viktimiziranim skupinama, no istovremeno ostavlja prostor za nedoumice, na što ukazuje i naša sudska praksa.¹⁵⁶

Iz analiziranih presuda razvidno je da su najčešće oštećene skupine ljudi odnosno oštećenici zbog njihove nacionalne pripadnosti. Slijedeća 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.¹⁵⁷

¹⁵⁵ ESLJP, *Jersild v. Denmark*, 15890/89, 23. rujna 1994, § 35.

¹⁵⁶ Zanimljivo je primijetiti da definicija zločina iz mržnje čl. 87. st. 21. KZ 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.

¹⁵⁷ 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.

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 ukazuje vrlo spornim ulaze li u krug osoba koje se štite ovim kaznenim djelima, a to su **branitelji i policajci**.¹⁵⁸ U presudama u kojima su kao oštećenici navedeni policijski službenici i branitelji, pripadnost tim skupinama označena je kao „**druge osobine**“, no upitno je predstavljaju li navedene kategorije uopće zaštićeni objekt 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. 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,¹⁵⁹ u pravilu je riječ o tzv. **ranjivim društvenim skupinama** (*vulnerable groups*), koji imaju svijest o svom posebnom identitetu na temelju određenih zajedničkih objektivnih značajki.¹⁶⁰ 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,¹⁶¹ a to kada je riječ o braniteljima i policajcima nije slučaj.

Nadalje, pregledom presuda vidljivo je kako se neke osobe podvode pod pojedine skupine oštećenika. Tako se, primjerice, poticanje na nasilje ili mržnju usmjerenu prema Romima podvodi pod mržnju usmjerenu prema "skupini ljudi zbog njihove nacionalne pripadnosti",¹⁶² iako bi bilo ispravnije kvalificirati isto kao "etničku pripadnost".

Važno je u konačnici istaknuti kako da bi bilo ostvareno biće ovog kaznenog djela nije potrebno da izjava bude upućena cijeloj skupini („srpskom nacionalnom

¹⁵⁸ Presude Općinskog suda u Puli broj K-1220/15 i broj K-136/15-8.

¹⁵⁹ *Prosecuting Hate Crimes, A Practical Guide*, OSCE, 2014, str. 21.

¹⁶⁰ Alaburić, V., *op. cit.*, 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.*.

¹⁶¹ O odnosu generalnih klauzula sa zabranom analogije, Novoselec, P.; Bojanić, I., *op.cit.*, str. 72.

¹⁶² Presuda Općinskog suda u Čakovcu broj 4 K-169/14-12.

korpusu ili manjini tog etniciteta u RH“).¹⁶³ Dovoljno je da je izjava upućena pojedincu ukoliko je to učinjeno zbog njegove pripadnosti određenoj skupini.

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, uočava se kako se radi o vrlo sličnim, podudarnim i preklapajućim inkriminacijama, pa se postavlja pitanje razgraničenja ovog kaznenog djela od prekršajnih djela koji 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.¹⁶⁴

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,..).

¹⁶³ Za suprotno v. presudz 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 ne samo Jovanoviću, kao pojedincu, pripadniku određene skupine, iako bi i u tom slučaju bilo ostvareno biće tog kaznenog djela.

¹⁶⁴ Tako primjerice kod FB komentara 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 „doć, popit, poist, bacit kamen“ (presuda Prekršajnog suda u Splitu, Pp 4 J-734/14).

4. Standardi Europskog suda za ljudska prava

Prilikom procjene potpada li konkretan govor pod inkriminaciju iz čl. 325. KZ ili bi njegovo sankcioniranje ipak zadiralo u slobodu izražavanja, određene smjernice našim sudovima nudi i praksa ESLJP. 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 šire, potiču, promiču i opravdavaju mržnju koja se temelji na netoleranciji.¹⁶⁵ 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** 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.“¹⁶⁶ Drugim riječima, “opća svrha članka 17. je spriječiti pojedince ili grupe s totalitarnim ciljevima da iskorištavaju za vlastite interese načela koja su formulirana u Konvenciji.”¹⁶⁷ U takvim će iznimnim situacijama, kada je odmah jasno da je sloboda izražavanja korištena za ciljeve koji su očito protivni vrijednostima Konvencije,¹⁶⁸ sud zahtjev podnositelja (osuđene osobe) proglasiti nedopustivim (*inadmissible*) i neće se ni upuštati u ocjenu je li ograničenje slobode izražavanja bilo zakonom propisano i neophodno radi zaštite legitimnih ciljeva prema čl. 10. st. 2. EKLJP. Ovakvom postupanju Sud je bio sklon kada je riječ o negiranju Holokausta¹⁶⁹, osobito snažnom verbalnom napadu na neku etničku skupinu,¹⁷⁰ ali i u slučajevima iznimno oštre antimuslimanske propagande.¹⁷¹

U svim ostalim slučajevima, Sud je prema **čl. 10.st.2. EKLJP** 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 zahtjev se smatra

¹⁶⁵ ESLJP, *Erbakan v. Turkey*, 59405/00, 6. srpnja 2006, § 56,

¹⁶⁶ ESLJP, *Seurot v. France*, 57383/00, 18. svibnja 2004.

¹⁶⁷ ESLJP, *Norwood v. UK*, 23131/03, 16. studenog 2004.

¹⁶⁸ ESLJP, *Paksas v. Litva*, GC, 34932/04, 6. siječnja 2011, § 88.

¹⁶⁹ ESLJP, *Garaudy v. France*, 65831/01, 24. lipnja 2003, *W.P. and others v. Poland*, 42264/98, 2. rujna 2004.

¹⁷⁰ Osobito kada govor predstavlja cijelu skupinu/zajednicu u uznemirujućem svjetlu koje može dovesti do osjećaja odbacivanja i neprijateljstva (ESLJP, *Pavel Ivanov v. Russia*, 35222/04, 20. veljače 2007).

¹⁷¹ Npr. karikatura tornjeva u plamenu s natpisom „Islam out of Britain – Protect the British People“, ESLJP, *Norwood v. UK*, 23131/03, 16. studenog 2004.). Slično i ESLJP, *Le Pen V. France*, 18788/09, 20. travnja 2010.

ispunjenim kada je iz izričaja odredbe moguće zaključiti, pa makar i uz pomoć sudskog tumačenja, koja činjenja i propusti uz sebe vežu kaznenu odgovornost.¹⁷² 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 je da nema nenadane i nepredvidljive promjene sudske prakse.¹⁷³

2. **ima legitiman cilj**, odnosno postoji li koji od ciljeva koji se navode u stavku 2. članka 10. U ovom kontekstu osobito su značajni ciljevi sprečavanje nereda ili zločina te zaštita ugleda ili prava drugih. Sprečavanja nereda valja tumačiti restriktivno na način da u postupku pred ESLJP vlada treba dokazati kako su tvrdnje podnositelja zahtjeva *mogle dovesti ili su stvarno dovele do nereda*.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵ Još jedno od značajnih konvencijskih prava s kojim pravo na slobodu izražavanja može doći u koliziju je pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti iz čl. 9. EKLJP. 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. Ovo 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

¹⁷² ESLJP, *Kononov v. Latvia* [GC], 36376/04, 17. svibnja 2010, § 185.

¹⁷³ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, §138.

¹⁷⁴ U predmetu *Perincek*, Veliko je vijeće smatralo kako švicarska vlada nije dokazala takvu opasnost. *Ibid.*, § 152.

¹⁷⁵ ESLJP, *Aksu v. Turkey* [GC], 4149/04, 41929/04, 15. ožujka 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 svog dostojanstva koje obuhvaća i identitet konstruiran oko viktimizacije, ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, §§ 156-157.

da je takvo ograničenje bilo nužno prema okolnostima konkretnog slučaja.¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷ Najšire polje slobodne procjene je državama ostavljeno kada je riječ o pitanjima javnog morala, pristojnosti i religije, jer u Europi 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 intima osobna uvjerenja iz sfere morala ili religije“.¹⁷⁸ Međutim, u situacijama kada je riječ o pitanjima od nedvojbenog javnog interesa u demokratskom društvu, ograničenja slobode izražavanja moraju se tumačiti restriktivno, čak i kada se sporne izjave tiču religijskih pitanja.¹⁷⁹

U praksi ESLJP, kao i u nekim relevantnim neobvezujućim dokumentima,¹⁸⁰ 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 ovih kriterija nije moguće unaprijed odrediti, već ponajviše ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja (*highly context specific*).¹⁸¹ U svakom slučaju, neki od čimbenika o kojima svakako treba voditi računa su:

¹⁷⁶ ESLJP, *Sunday Times v. UK*, 26. travnja 1979, §. 65, ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, §. 275.

¹⁷⁷ ESLJP, *Feret v. Belgium*, 15615/07, 16. srpnja 2009.

¹⁷⁸ V. ESLJP, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 13470/87, 20. rujna 1994, § 50, ESLJP, *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, 10. srpnja 2003, § 67.

¹⁷⁹ U predmetu *Giniewski v. France*, 64016/00, u presudi od 7. lipnja 2005, ESLJP je našao povredu čl. 10. EKLJP 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.

¹⁸⁰ Akcijski plan iz Rabata o zabrani zagovaranja nacionalne, rasne ili religijske mržnje koja predstavlja poticanje na diskriminaciju, mržnju ili nasilje, *op.cit.*, para. 22. CERD/C/GC/35, *op.cit.*, par. 15.

¹⁸¹ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, § 208.

- a) **Sadržaj i cilj izjava.** U obzir treba posebno uzeti način na koji su argumenti 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.¹⁸² Pri procjeni može li se sadržaj neke izjave nepristrano tumačiti kao poziv na nasilje ili opravdanje nasilja, mržnje ili netolerancije, ESLJP je osobito vodio računa o tome da li sporne izjave napadaju odnosno bacaju negativno svjetlo na čitavu etničku, vjersku ili kakvu drugu skupinu.¹⁸³ 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 furthering progress in human affairs*).¹⁸⁴ 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).¹⁸⁵ Važno je konačno istaknuti kako izjave kojima se zalaže za zaštitu ljudskih prava pojedinaca ili skupina nikad ne bi trebalo podvrgnuti sankcijama.¹⁸⁶
- 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.¹⁸⁷ Isto tako, pluralistička izborna debata na televiziji gdje su suprotstavljena različita stajališta umanjila je štetne učinke spornih izjava, pa je ESLJP u takvom slučaju smatrao da ograničenje slobode izražavanja nije bilo nužno.¹⁸⁸ S druge strane, distribucija diskriminatornih i mrziteljskih izjava putem letaka koji su došli do velikog broja ljudi, u više je

¹⁸² ESLJP, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, 21279/02 and 36448/02 22. listopada 2007, [GC], § 57.

¹⁸³ ESLJP, *Pavel Ivanov v. Russia*, 35222/04, 20 February 2007, ESLJP, *Le Pen V. France*, 18788/09. 20. travnja 2010.

¹⁸⁴ V. presudu u predmetu ESLJP, *Otto-Preminger-Institut V. Austria*, 13470/87, 20. rujna 1994, § 49; i ESLJP, *Gündüz v. Turkey*, 35071/97, 14. lipnja 2004, § 37. Tako je, primjerice, zalaganje za uvođenje šerijatskog prava u Turskoj pitanje od javnog interesa, te se ne može smatrati govorom mržnje.

¹⁸⁵ ESLJP, *Garaudy v. France*, 65831/01, 24. lipnja 2003.

¹⁸⁶ CERD/C/GC/35, *op.cit.*, par. 15.

¹⁸⁷ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, § 207, gdje sud citira vlastitu odluku u predmetu *Karatas v. Turkey*[GC].

¹⁸⁸ ESLJP, *Gündüz v. Turkey*, 35071/97, 14. lipnja 2004, § 37.

navrata navelo Sud na zaključak kako je uistinu postojala neodložna društvena potreba za ograničenjem slobode izražavanja.¹⁸⁹ Važno je i je li izjava dana jednokratno ili je više puta ponavljana u medijima.¹⁹⁰

- 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 njenom doseg, 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 nikakvog stvarnog utjecaja, čak ni lokalno, pa stoga njena okupljanja nisu bila pogodna postati platforma za propagiranje nasilja i netolerancije.¹⁹¹ Nasuprot tome, u predmetu *Radio France and Others* Sud je primijetio da su izjave emitirane na nacionalnom radiju šezdeset i dva puta.¹⁹² Pri tome je jasno kako do posljedica stvarno ne treba doći, no potrebno je utvrditi stupanj rizika za nastanak određene štete.¹⁹³
- 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.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ Važan je i povijesni

¹⁸⁹ U predmetu ESLJP, *Feret v. Belgium*, 15615/07, 16. srpnja 2009, letci sa sloganima kao što su „Zaustavite Islamifikaciju Belgije“ te „Pošaljite ne-europske 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 ESLJP, *Case of Vejdeland and others v. Sweeden*, 1813/07, 9. veljače 2012, § 56-57, Sud je osobito spornim smatrao što su letci sa homofobnim sadržajem distribuirani u školi, tj. ostavljeni u školskim ormarićima.

¹⁹⁰ U predmetu ESLJP, *Radio France and Others v. France*, 53984/00 of 30. ožujka 2004, §§ 35, 39, difamirajuće izjave puštene su u eter čak šezdeset i dva puta.

¹⁹¹ ESLJP, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 29225/95 & 29221/95, 2. listopada 2001, §§ 101-03 and 110, preuzeto iz ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, § 218.

¹⁹² ESLJP, *Radio France and Others v. France*, 53984/00 of 30. ožujka 2004, §§ 35, 39.

¹⁹³ Rabat plan of action, *op. cit.*

¹⁹⁴ CERD/C/GC/35, *op. cit.* O ovome je osobito bilo govora u vezi s poticanjem na genocid. Međunarodni kazneni sud za Ruandu je naglašavao kako predstavlja li neki govor poticanje na genocid valja procjenjivati uzimajući u obzir kulturni i lingvistički kontekst sredine u kojoj je izjava dana (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2. rujna 1998, §§556-558).

¹⁹⁵ Usp. ESLJP, *Soulas and others v. France*, 15948/03, 10. srpnja 2008, § 38-39; ESLJP, *Le Pen V. France*, 18788/09, 20. travnja 2010; ESLJP, *Balsyte-Lideikiene v. Lithuania*, 72596/01, 4. studenog 2008, § 78.

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.¹⁹⁶ U okviru ovog kriterija, osobito upravo u kontekstu negiranja međunarodnih zločina valja uzeti u obzir i **protek vremena** i **zemljopisnu udaljenost**.¹⁹⁷ 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,¹⁹⁸ kao i kada se radi o negiranju geografski udaljenih zločina.¹⁹⁹

- e) **Uloga i status govornika u društvu i publika kojoj je govor upućen.** Osobito je važna uloga koju imaju političari kao kreatori javnog mišljenja²⁰⁰. Stoga je sud isticao važnost da se političari kada se izražavaju u javnosti, suzdrže od komentara koji promiču netoleranciju.²⁰¹ U ovom kontekstu smatramo kako valja naglasiti i ulogu javnih osoba, čije izjave ponekad mogu imati i jači učinak od izjava političara. Što se publike tiče, ESLJP je, među ostalim, ukazivao kako osobito osjetljivu publiku čine djeca, budući da se na mlade ljude u osjetljivoj dobi može lako utjecati.²⁰²
- f) **Sankcija.** Ograničenje slobode izražavanja u formi kaznene osude neizostavno 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.²⁰³

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

¹⁹⁶ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, § 243.

¹⁹⁷ Ibid., §§ 219, 242-250.

¹⁹⁸ ESLJP, *Lehideux and Isorni*, 24662/94, 23. rujna 1998, § 55.

¹⁹⁹ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, § 246.

²⁰⁰ CERD/C/GC/35, *op.cit.*

²⁰¹ ESLJP, *Feret v. Belgium*, 15615/07, 16 July 2009.

²⁰² Već spominjani predmet *Vejdeland* u kojem su distribuirani leci u školi (ESLJP, *Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9. veljače 2012, § 56-57).

²⁰³ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, §. 273.

izjava, način na koji je relevantna država nastojala opravdati osudu govora,²⁰⁴ te konačno, postoje li norme međunarodnog prava koje reguliraju predmetnu materiju.²⁰⁵ 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, je kompleksan odnos između oslanjanja na ove kriterije i primjene načela zakonitosti u smislu određenosti obilježja kaznenog djela.

5.1. Odabrana praksa Europskog suda za ljudska prava

Prema činjeničnom stanju slučaja **Šimunić protiv Hrvatske**,²⁰⁶ podnositelj zahtjeva je kao igrač na nogometnoj utakmici hrvatske reprezentacije 2013. godine na stadionu Maksimir u Zagrebu gledateljima utakmice uzviknuo "Za dom", a kad su mu gledatelji odgovorili "Spremni", podnositelj zahtjeva ponovio je to još tri puta. Dana 8. prosinca 2015. godine u prekršajnom postupku je Prekršajni sud u Zagrebu donio prvostupanjsku presudu kojom je podnositelja osudio za prekršaj iz članka 4. stavka 1. podstavka 7. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima na novčanu kaznu od 5.000 kuna, a Visoki prekršajni sud potvrdio je prvostupanjsku osuđujuću presudu 27. siječnja 2016., pri čemu je novčanu kaznu povisio na 25.000 kuna. Sudovi su smatrali da je navedeni izraz, bez obzira na izvorno hrvatsko književno i pjesničko značenje, također korišten kao službeni pozdrav ustaškog pokreta i totalitarnog režima Nezavisne Države Hrvatske te je bio prisutan u svim službenim dokumentima te države. Sudovi su također smatrali da je ustaški pokret potekao iz fašizma, temeljen, između ostalog, na rasizmu, te je tako simbolizirao mržnju prema ljudima različitog vjerskog ili etničkog identiteta i očitovanje rasističke ideologije. Ustavni sud je također odbio podnositeljevu ustavnu tužbu protiv navedene presude. Europski sud je odbio prigovor podnositelja o povredi članka 6. Konvencije s obrazloženjem da dvije (različite) presude domaćih sudova vezane uz kažnjivost navedenog pozdrava koje je podnositelj priložio, ne predstavljaju dokaz očite i duboke diskrepancije u sudskoj praksi. Sud je odbio i prigovor podnositelja da

²⁰⁴ Da li zbog neslaganja s pravnom kvalifikacijom ili s dominantnim shvaćanjima u konkretnoj državi, što ESLJP smatra sankcioniranjem različitog mišljenja i stoga neprihvatljivim, ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, §§269-271.

²⁰⁵ ESLJP, *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, 15. listopada 2015, § 258 *et seq.*

²⁰⁶ ESLJP, *Šimunić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 20373/17, odluka (o nedopuštenosti zahtjeva) od 22. siječnja 2019. godine.

inkriminirani izraz nije zabranjen niti jednim domaćim zakonom niti propisom – zbog toga što podnositelj u tom pogledu nije iscrpio niti jedno domaće pravno sredstvo kojim bi tvrdio povredu članka 7. Konvencije. Sud nije ulazio u ocjenu predstavlja li izraz „Za dom“ prekršaj koji se temelji na mržnji prema nekoj manjini, već je naglasio da su domaći sudovi u ovom predmetu proveli temeljit postupak i utvrdili sve relevantne činjenice te da su oni sami utvrdili da taj izraz ima značenje i kontekst koje je upereno protiv prava koja štiti Konvencija. Osuđujuća presuda u prekršajnom postupku je miješanje države u podnositeljevo pravo na slobodu izražavanja, ali koje je bilo utemeljeno na zakonu (Zakonu o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima) imalo je legitiman cilj i bilo je nužno u demokratskom društvu u smislu dopuštenih ograničenja slobode izražavanja iz članka 10. stavka 2. Konvencije. Konačno, Sud je posebno cijenio činjenicu da je podnositelj, kao poznati nogometaš i uzor mnogim ljubiteljima nogometa, trebao biti svjestan mogućeg negativnog utjecaja takvog provokativnog skandiranja na ponašanje gledatelja te se trebao suzdržati od takvog ponašanja. Ostale prigovore podnositelja koji su se odnosili na njegovu navodnu diskriminaciju, Sud je proglasio očigledno neosnovanima.

Prema činjeničnom stanju slučaja **Jersild protiv Danske**,²⁰⁷ u svibnju 1985., jedan medij je objavio priču o rastu ksenofobične i rasističke skupine Greenjackets („Zelene jakne“). Dva mjeseca kasnije objavio je i intervju s tri člana Greenjacketsa, koji je vodio danski novinar Jens Olaf Jersild. Petosatni intervju skraćen je na nekoliko minuta, tijekom kojih su tri mlada člana grupe dali pogrdne izjave o rasnim manjinama i imigrantima u Danskoj i cijelom svijetu. Zbog tog intervjua, na inicijativu jednog biskupa, sva tri mladića su prijavljena zbog počinjenja kaznenog djela iz članka 266. Danskog Kaznenog zakona, a g. Jersild je prijavljen zbog diseminacije spornog intervjua po istom članku danskog Kaznenog zakona, kao i g. Jensen koji je bio voditelj informativnog programa. Sud je utvrdio da su Jersild i Jensen bili svjesni rasističkih stavova Greenjacketsa te su potakli članove grupe da izraze svoje stavove tijekom cijelog plaćenog intervjua. Obojica su proglašeni krivim i novčano kažnjeni s 1.000 i 2.000 danskih kruna ili alternativno s pet dana zatvora, a njihove žalbe su bile odbijene. Europski sud za ljudska prava je, imajući u vidu da mediji igraju vitalnu ulogu u društvu kao „javni nadzornik“, utvrdio da se informacije u emisiji dotiču pitanja koje je važno i unutar i izvan Danske, a to je rasna mržnja. Sud je

²⁰⁷ ESLJP, *Jersild protiv Danske*, br. zahtjeva 15890/89, presuda od 23 rujna 1994.

utvrdio povredu slobode izražavanja podnositelja jer Danska nije na odgovarajući način pokazala da je ograničenje izražavanja bilo opravdano legitimnim ciljem, pa stoga ovakvo ograničenje novinarskih sloboda nije bilo „potrebno u demokratskom društvu“ kako se zahtijeva člankom 10 Konvencije.

U slučaju **Delfi protiv Estonije**,²⁰⁸ podnositelj zahtjeva bio je vlasnik jednog od najvećih internetskih portala s vijestima u Estoniji. Na web stranici portala čitatelji su mogli anonimno objavljivati komentare ispod članaka, a tvrtka podnositelja ih je mogla ukloniti pomoću prethodnog sustava za automatsko filtriranje riječi ili na upozorenje čitatelja. Podnositelj zahtjeva je 2006. godine objavio kritički članak o jednoj trajektnoj kompaniji, ispod kojeg su se pojavili brojni komentari čitatelja sadržavali prijetnje i uvrede usmjereni protiv vlasnika trajektne tvrtke. Premda je podnositelj zahtjeva uklonio te komentare šest tjedana kasnije na inzistiranje trajektne tvrtke, vlasnik trajektne tvrtke pokrenuo je postupak zbog povrede njegove časti i ugleda protiv tvrtke podnositelja zahtjeva, a kojoj je na kraju naloženo da plati 320 EUR odštete. Europski sud za ljudska prava je u ovom predmetu presudio da je ometanje slobode izražavanja podnositelja zahtjeva bilo zakonito u smislu članka 10. Konvencije, jer su domaći propisi i sudska praksa bili jasni u pogledu odgovornosti urednika medija za bilo kakve uvredljive ili klevetničke izjave objavljene u njegovom mediju. Sud je zaključio i da je miješanje bilo potrebno u demokratskom društvu, iako se članak koji je doveo do klevetničkih komentara ticao pitanja od javnog interesa. Međutim, prethodni sustav automatskog filtriranja i obavještanja i uklanjanja koji je koristila tvrtka podnositelja nije osiguralo dovoljnu zaštitu prava trećih strana. Osim toga, nije postojala realna mogućnost za pokretanje građanskih tužbi protiv stvarnih autora komentara jer se njihov identitet nije mogao lako utvrditi pa se bez odgovornosti tvrtke ne bi mogla ostvariti učinkovita zaštita prava oštećenika na poštivanje privatnog života. Drugim riječima, time što je dopustila komentare neregistriranih korisnika, tvrtka je preuzela određenu odgovornost za takve komentare pa je i ograničenje slobode bilo i opravdano i razmjerno u smislu članka 10. Konvencije.

5.2. Odabrani slučajevi za radionicu

²⁰⁸ ESLJP, *Delfi v. Estonia*, br. zahtjeva 64569/09, presuda od 16. lipnja 2015.

Slučaj 1

Zahtjev Europskom sudu podnijelo je dvoje podnositelja zahtjeva koji su u Republici Hrvatskoj osuđeni za kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. st. 4. Kaznenog zakona.

Podnositelji zahtjeva kažnjeni su novčanom kaznom u iznosu od 150 dnevnih dohodaka na temelju izjava koje su višekratno davali tijekom 2013. i 2014.g. i to putem:

- web portala: „Novija istraživanja – utemeljena na autentičnim dokumentima iz arhiva, izjavama svjedoka i analizi objavljenih knjiga – pokazuju da taj logor od 1941. do 1945. nije bio „logor smrti“ kako je to godinama tvrdila jugoslavenska, komunistička historiografija. Bio je to radni logor za protivnike Nezavisne Države Hrvatske (u najvećem broju komuniste i njihove suradnike) te za skupinu Židova koji su bili izuzeti iz deportacija u njemačke logore. Deportacije Židova iz NDH bile su provedene po njemačkom diktatu. U hrvatskoj javnosti prevladava tvrdnja da je u logoru ubijeno oko 80.000 ljudi. To je višestruko preuveličan broj. Stalno je u logoru bilo oko 2000 zatočenika, dok je kroz njega prošlo još nekoliko tisuća osoba. Postoje svjedočanstva da je logor nastavio s radom i nakon 1945., a zatočenici su bili protivnici komunističkog režima i pobornici Staljinovog Informbiroa.
- knjige: u knjizi se opisuje logorska svakodnevnica, prehrana zatočenika, vođenje kartoteke i različiti radovi koji su se ondje obavljali. Donose se dokumenti o amnestijama i puštanjima velikog broja zatočenika na slobodu, o čemu se šutjelo gotovo 70 godina. Zatočenici su imali zdravstvenu zaštitu, a mogli su od kuće primiti pakete s hranom i lijekovima. Nakon isteka kazne, puštani su kućama (osim Židova). U nekoliko amnestija, iz logora je i prije kraja određene kazne pušteno na slobodu više od 1600 zatočenika.
- TV emisije: Ustaški pokret nije bio fašistički. Logor u J. nije bio namijenjen sustavnom ubijanju ljudi – bio je vrlo produktivan radni logor. Tomu svjedoče i podaci o prodaji proizvedene robe posredstvom trgovačkih putnika diljem Njemačke.
- intervju jednog listu: ” ‘Za dom spremni’, među kršćanskim i domoljubnim pozdravima jedan je od ljepših, oni kojima smeta protiv su obitelji i domovine

hrvatskog naroda. (...) Mit o Jasenovcu komunistička je optužba cijelog hrvatskog naroda. Mi moramo dokazati da masovnih zločina nije bilo. (...) Pobjednici su vlastite zločine pripisali svojim neprijateljima.”

Podnositelji zahtjeva po pravomoćnosti presude i iscrpljenju svih pravnih sredstava u RH obratili su se ESLJP smatrajući da je povrijeđeno njihovo pravo na slobodu izražavanja.

*Iz presude VSRH u predmetu DŠ iz 2000.g. (potvrđena osuda za ratni zločin protiv civilnog stanovništva):

„prvostupanjski sud iznio je pravilan zaključak o približnom broju žrtava navodeći da se radi o više desetaka tisuća žrtava. Za taj zaključak iznio je valjane razloge, koje prihvaća i Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao drugostupanjski sud. Naime, ocjenom iskaza svjedoka I.G., V.Ž. i J.J., koji su ispitani o toj okolnosti, prvostupanjski sud zaključio je da se ozbiljnije procjene žrtava logora J. kreću između 15.000 stradalih u tom logoru samo s područja bivše Republike Hrvatske do 77.200 žrtava logora J.. Slijedom toga prvostupanjski sud zaključio je da je u logoru J. kroz navedeno razdoblje od 1941. do 1945. stradalo više desetaka tisuća zatočenika kako je navedeno i u izreci presude.“

Pitanja za raspravu:

- 1) Ispituje li ESLJP usklađenost zakonskog rješenja s Konvencijom ili se ograničava na činjenice konkretnog slučaja?
- 2) Koji mehanizam bi sud upotrijebio (čl. 17./čl 10.st.2)?
- 3) Koje bi kriterije sud uzeo u obzir?
- 4) Da li je došlo do povrede čl. 10. EKLJP?

Slučaj 2

Okrivljenici su 19. ožujka 2013. ok 22:50 sati u Zagrebu, u blizini zgrade Ekonomskog fakulteta, a neposredno po završetku nogometne utakmice Dinamo-

Hajduk koja se tu večer igrala na stadionu Maksimir, svjesni da se na obližnjim ulicama nalazi veći broj osoba, zaustavili vozilo kojim su upravljali (II okrivljeni, I okrivljeni je sjedio na mjestu suvozača, dok je otraga sjedilo još nekoliko NN osoba), nakon čega su izašli iz osobnog automobila te uslijed netrpeljivosti prema osobama koje ne dijele njihove navijačke sklonost prišli oštećenom XY govoreći „Ej momak stani, od kuda ideš, jel ideš s juga“, misleći pritom da li se vraća s utakmice Dinamo – Hajduk koja je neposredno prije završila, odnosno da li je bio na južnoj tribini stadiona, na što je XY budući da je znao na što aludiraju, odgovorio da ide iz kafića, da bi potom I okrivljeni ostalim osobama koje su se nalazile na stražnjem sjedalu automobila rekao „da, da s juga je“, nakon čega je bez ikakvog stvarnog povoda i razloga stisnutom šakom udario u predjelu stražnje strane glave dok ga je II okrivljeni također počeo udarati rukama u predjelu leđa, u čemu su ime se onda obzirom na ranije iznesene tvrdnje da se radi o osobi s juga pridružile i druge NN osobe koje su bile s njima u automobilu, nakon čega su svi zajedno oštećenog nastavili udarati, pa i nakon što je pao na tlo zadajući mu udarce rukama i nogama po cijelom tijelu, a najviše po glavi i gornjem dijelu tijela, što su sve mogli vidjeti ostali prolaznici, a pri čemu su cijelo vrijeme psovali i vrijeđali oštećenika koji je uslijed takvog njihovog ponašanja doveden u stanje bespomoćnosti i straha zbog čega je i prišao prvoj policijskog ophodnji,

- dakle, na drugi način javno poticali na nasilje i mržnju usmjerenu prema pripadniku skupine zbog njegovog podrijetla i drugih osobina,
- čime su počinili kazneno djelo protiv javnog reda – javnim poticanjem na nasilje i mržnju
- opisano i kažnjivo po članku 325 stavak 1 Kaznenog zakona.

Pitanja za raspravu:

1. Radi li se ovdje o govoru mržnje?
2. Radi li se ovdje o zločinu iz mržnje?
3. Kako biste kvalificirali ovo djelo?

Slučaj 3

Okrivljeni ZM oslobađa se optužbe da bi dana, tijekom gostovanja u radijskoj emisiji u nakani izazivanja netrpeljivosti i nesnošljivosti kako prema aktualnom ministru znanosti obrazovanja i sporta, tako i prema pripadnicima srpske nacionalnosti, između ostalog izjavio: "... on je najveći hrvatmrzac poslije Khuena Hedervarya, jer sve što počinje sa „hrvatskim“, da li je to HM, ili je to HAZU, da li je to hrvatska prosvjeta, učitelji i nastavnici, da li je to HOO, da li je to HNS, da li je to HNK Dinamo, on jednostavno ima krvna zrnca u sebi koja pretežu na ono što mrzi sve hrvatsko i to je njegov osobni problem i pogledajte, kad je on stupio na dužnost ja sam rekao „Taj čovjek kad te pogleda, iz njegovih očiju šikla krv“, ali vidjeli ste njegov osmijeh, nije prirodan kao Vaš. Njegov osmijeh he, vidite samo očnjake, zube, koji su spremni za klanje.... Mislim, žalosno je da ministar Valde RH. To je uvreda za hrvatski um, za hrvatski mozak, za hrvatskog čovjeka, zamislite, da je čovjek koji je Srbin i čovjek koji nikada u životu nije radio u znanosti, u prosvjeti, u športu, osim što je bio dizač tegova, on je ministar tako najvažnijeg resora u državi... i onda to daš takvom čovjeku bez ikakvog iskustva i takvom jednom hrvatmržnjom.

Iz obrazloženja:

Da bi konkretnu izjavu bilo moguće prepoznati kao kd iz čl. 325. st. 1. KZ, nedostaje više objektivnih i subjektivnih kvaliteta....Radnja počinjenja označena je kao pozivanje ili poticanje ... mora se raditi o javnom poticanju drugih (apstraktno adresiranih) osoba na način da ih poziva, ohrabruje, nagovara, upućujem da im se obećava nagradu, ukazuje na povoljnu priliku, upućuje zapovijed, želju, molbu, ili na drugi način učvršćuje u njih odluku da se prema pripadniku neke skupine ili prema pojedincu kao njenom članu, primijeni nasilje ili izrazi mržnju, bolesno neprijateljstvo, ultimativnu odbojnosti spram skupine ili njenog člana....

Dakle, nije dovoljno da počinitelj samo drugima priopći svoja mišljenja i stavove o skupini ili njenom pripadniku,... nego je potrebno da počinitelj aktivno nastoji druge potaknuti da prema skupini/pripadniku izražavaju i osjećaju mržnju ili čine nasilje, motivirano upravo takvom pripadnošću. Radnja okrivljenika u ovom je predmetu manjkava upravo u tom elementu – ona je lišena svakog imperativa,.. njegova je osobna impresija.

Pitanja za raspravu:

1. Slažete li se s prvostupanjskom odlukom?
2. Da li bi podnijeli žalbu (kao DORH)?

Slučaj 4

Za dan 27. srpnja 2014. je najprije SNV prijavio javno okupljanje pod naslovom „*Dan ustanka*“ u Srbu od 10.00 do 17.00 sati, s očekivanih 1.500 posjetitelja.

Zatim je prijavljena kontra-demonstracija pod nazivom „*Prosvjed povodom veličanja četničkih*

zločina u Srbu“. Plan navedenog prosvjeda je predvidio: okupljanje u Bruvnu u 09.30, polazak u Srb u 10.00, dolazak u Srb u 11.00 te trajanje okupljanja do 15.30 sati, s očekivanih 150 posjetitelja.

U odluci o snimanju javnog okupljanja Ministarstva unutarnjih poslova, Policijske uprave zadarske, od 24. srpnja 2014. godina piše da su predmetna javna okupljanja „*srednjeg rizika*“ te da se uz 1500 posjetitelja SNV-ovog mirnog okupljanja očekuje mirni kontra prosvjed s „*oko 200 prosvjednika, među kojima se nalaze pripadnici udruga koji su skloni činjenju kaznenih djela i prekršaja iz djelokruga javnog reda i mira.*“

U Planu osiguranja navedenih okupljanja koji je donijela Policijska uprava zadarska 23. srpnja 2014. godine se kontra prosvjed naziva imenom pod kojim nije prijavljen, već pod nazivom „*prosvjed protiv veličanja ustanka naroda Like*“- , što indicira da je policijska uprava bila svjesna da se radi o problematičnom i rizičnom okupljanju, a koju činjenicu je u svojim aktima zatim nastojala prikriti. Nadalje, prema Planu osiguranja kontra prosvjed A-HSP-a će se održati na mjestu koje se nalazi „*cca 50 metara udaljeno od mjesta gdje se odvija javni skup. Moguće je da članovi stranke, odnosno prosvjednici budu nosili određena obilježja koja su zabranjena*“. U istom dokumentu je istaknuto da je kontra prosvjed „*javni skup povećanog rizika. Navedeno možemo uzeti u obzir iz razloga što se prilikom održavanja javnog prosvjeda može očekivati dolazak članova skupine „Hrvatski nacionalisti“ (tzv. Skinheads), čije se aktivnosti očituju poticanjem na diskriminaciju, činjenje KD-a*

zločina iz mržnje opisano u čl. 87. st. 21. KZ te prekršaja iz čl. 5. ZPJRiM te odredbi zakona o javnom okupljanju i zakona o diskriminaciji ... Tom prilikom postoji velika vjerojatnost izazivanja provokacija pojedinaca obaju skupova, kao i mogućeg sukoba između istih. Planom osiguranja je na više mjesta određena zadaća policijskih službenika: „*preventivno djelovati na zaprečivanju vršenja kaznenih djela i prekršaja, pratiti ponašanje i izgled posjetitelja, u cilju uočavanja odora, dijelova odora, oznaka i dr. obilježja kojima se poziva ili potiče na rat, uporabu nasilja, na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti...*“ Navedene procjene rizika ukazuju da je udaljenost od 50 metara između dva javna okupljanja nedovoljna za mirno odvijanje navedenih prosvjeda.

Štoviše, uvidom u audio-video zapis uočeno je da ograde (tzv. gelenderi) između dva prosvjeda nisu bile međusobno udaljene niti 20 metara. Nadalje, propušteno je preventivno djelovanje policije jer su sudionici kontra prosvjeda puštali pjesme na velikim zvučnicima za javne koncerte usmjerenim prema okupljanju u organizaciji SNV-a, čime su očito ometali navedeno okupljanje. U trenutku kada nije bilo pjesme, sudionici kontra prosvjeda su najmanje tri puta uzvikivali ustaški pozdrav „Za dom spremni!“, pri čemu je u posljednjem jasno vidljivo uzdizanje ispružene desne ruke prilikom uzvikivanja. Pojedini sudionici su nosili majice na kojima je pisalo „ZA DOM SPREMNI“ - neki uz obilježja „HOS“, a neki bez njih. Zatim je glasno puštena pjesma „Evo zore, evo dana“, a nakon toga je započela pjesma „Jasenovac i Gradiška stara“ u izvedbi Marka Perkovića Thompsona koja veliča zločine NDH, kada je policija intervenirala i prekinula pjesmu i kontra prosvjed.

Pitanja za raspravu:

1. Postoji li osnova za prekršajnu odgovornost nekih od osoba navedenih u ovom činjeničnom stanju?

1. Postoji li osnova za kaznenu odgovornost nekih od osoba navedenih u ovom činjeničnom stanju?

Slučaj 5

Dana 20. listopada 2020. godine Internetom je počeo kružiti video snimak „POZIV NA PROSVJEDNI SKUP U VUKOVARU“ objavljen tog dana na Youtube kanalu *Autohtone - Hrvatske stranke prava (A-HSP)*, u trajanju od nešto manje od 1 minute, uz zvuke 'ratoborne' glazbe. U prvom kadru predsjednik A-HSP-a Dražen Keleminec, uz sudjelovanje tri neidentificirane osobe odjevene u crno, od kojih za jednu postoji sumnja da drži zastavu ustaške Nezavisne države hrvatske (NDH), spaljuje tjednik „Novosti“, čiji je izdavač Srpsko narodno vijeće (SNV), uz naslov „POZIVAMO VAS NA PROSVJED U VUKOVAR“ s potpisom „DRAŽEN KELEMINEC“. U drugom kadru se na crnom polju nalazi grb političke stranke A-HSP uz tekst ispisan bijelom bojom: „POZIVAMO DOMOLJUBE I PRAVAŠE NA PROSVIJEDNI SKUP POD NAZIVOM 'ZLOČINCI SLOBODNO ŠETAJU VUKOVAROM““. U trećem kadru se ponavlja grb političke stranke A-HSP na crnoj pozadini uz tekst: „AUTOHTONA - HRVATSKA STRANKA PRAVA POZIVA HRVATICE I HRVATE DANA 18.11.2020. OKUPLJANJE OD 16:30 DO 17:00 SATI ISPRED AUTOBUSNOG KOLODVORA U VUKOVARU“. U četvrtom kadru se ponavlja grb političke stranke A-HSP na crnoj pozadini uz tekst: „AUTOHTONA - HRVATSKA STRANKA PRAVA POZIVA HRVATICE I HRVATE: ZAJEDNIČKI ODLAZIMO DO STANA VOJISLAVA STANIMIROVIĆA I ĐURĐE ĆURČIĆA.²⁰⁹ BOG I HRVATI! ZA DOM SPREMNI!“ U šestom kadru se ponovo nalazi isti list papira iz prethodnog kadra s rukom nepoznate osobe koja pokazuje na ime iz prezime „ĐORĐE ĆURČIĆ“, a u desnom dijelu kadra su velikim tiskanim slovima ispisan tekstovi naizmjenično crvenim i bijelim slovima na crnom polju: „ZAŠTO NIJE U OVOJ GRUPI PRIVEDEN I ĐORĐE ĆURČIĆ“, „SVI DRUGI DOSTUPNI ZLIKOVCI S OVOG POPISA SU PRIVEDENI“, „JE LI PUPOVČEVA MOĆ ISPRED DRŽAVNIH SLUŽBI“, „GLAVNA DRŽAVNA ODVJETNICA GOSPOĐA ZLATA HRVOJ-ŠIPEK DO SADA SE POKAZALA KAO TVRDI ORAH HOĆE LI POPUSTITI MILORADU PUPOVCU I PLENKOVIĆU“. U sedmom, ujedno i posljednjem, kadru se ponavlja grb političke stranke A-HSP na crnoj pozadini uz tekst: „DRAŽEN KELEMINEC AUTOHTONA - HRVATSKA STRANKA PRAVA 'HRVATSKA NIJE SLOBODNA - OSLOBODIMO HRVATSKU“

Pitanja za raspravu:

²⁰⁹ Vojislav Stanimirović je bivši predsjednik SDSS-a, a Đorđe Ćurčić je zamjenik župana Vukovarsko srijemske Županije iz redova srpske nacionalne manjine.

1. Postoji li osnova za prekršajnu odgovornost nekih od osoba navedenih u ovom činjeničnom stanju?
2. Postoji li osnova za odgovornost za kazneno djelo iz članka 325. Kaznenog zakona nekih od osoba navedenih u ovom činjeničnom stanju?

7. Zaključno o govoru mržnje

Često se ističe kako govor mržnje predstavlja uvertiru za nasilje i kako je kao takav potencijalno društveno opasan, pa stoga treba biti zabranjen.²¹⁰ S druge strane, zagovaratelji tzv. američkog modela i gotovo apsolutne slobode izražavanja u sankcioniranju govora mržnje vide relikat tzv. verbalnog delikta i komunističkog vremena,²¹¹ 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“.²¹² 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.²¹³ S druge strane, slažemo se, „granice su prijeđene 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.“²¹⁴ Republika Hrvatska dio je

²¹⁰ 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].

²¹¹ Sesardić, N., op.cit.

²¹² „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.

²¹³ 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.

²¹⁴ Kostadinov, B., *Granice slobode izražavanja u izvanrednim stanjima*, Odvjetnik 7-8/16, str. 39.

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 o rasizmu i ksenofobiji,²¹⁵ koju je RH implementirala u hrvatski pravni sustav. Iako je zbog dužnosti prihvaćanja pravne stečevine EU prostor za posve samostalnu regulaciju ove 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, prvenstveno kada je riječ o razgraničenju kaznenih djela od prekršaja. Zbog toga se zalažemo za sužavanje kaznenopravne zone kroz adekvatnu konstrukciju ovog djela kao tzv. delikta podobnosti kao podvrste delikata apstraktnog ugrožavanja. Drugim riječima, kazneno djelo javnog poticanja na nasilje i mržnju trebalo bi već u zakonskom tekstu jasno vezati uz potencijalnu opasnost za javni red i mir.²¹⁶ Javni red i mir se može smatrati narušenim prvenstveno 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.²¹⁷ No da bi ovo djelo bilo dovršeno, ne treba uistinu i doći do spremnosti dijela populacije na agresivno ponašanje ili do odgovarajućeg straha pripadnika ranjive skupine, već je dovoljno da postoji opravdana zabrinutost da će javni red i mir biti narušeni. Naravno, podobnost remećenja javnog reda i mira najlakše će biti utvrditi prema javnom odjeku, 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 važnosti pri procjeni je i predispozicija javnosti, posebice mladeži, za nasilje te prethodni, manje ili više

²¹⁵ Naravno, nije moguće govoriti o jedinstvenom pristupu europskih država ovoj materiji, što pokazuje i analiza Europske komisije koja ukazuje na raznolikosti i manjkavosti pri implementiranju Okvirne odluke.

²¹⁶ 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 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., para 10). Govor mržnje čak i kad ne može ugroziti javni red i mir duboko zadire u psihu 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, ESLJP, Case of Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07, 9 February 2012, § 9.). Premda, prihvatili se naš prijedlog, svi oblici destruktivnog govora mržnje neće predstavljati kazneno djelo, u ovakvim slučajevima u obzir će i dalje dolaziti prekršajna odgovornost.

²¹⁷ V. Joecks, W.; Miebach, K., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2012. StGB § 130 Rn. 22-26.

ugroženi položaj skupine protiv koje je usmjeren govor mržnje u određenom društvu.²¹⁸ Pri tome osobno ne smatramo da bi drugi oblici tzv. govora mržnje, tj. javnog poticanja na nasilje ili mržnju koje objektivno nije bilo podobno stvoriti opasnost za javni red i mir trebali biti dekriminalizirani. Niz zakona, kako je objašnjeno ranije, propisuje kažnjivost iskazivanja mržnje i poticanja na mržnju kao prekršaja, što imajući u vidu sudsku praksu (u prekršajnim postupcima), potencijalno predstavlja 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, no treba ju vezati uz one uistinu društveno opasne izričaje imajući u vidu *ultima ratio* narav kaznenog prava. Osim toga, i nedavne nedoumice u pogledu primjenjivosti Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira na uzvikivanje pozdrava 'Za dom spremni' (barem u okviru pjesme u slučaju Thompson) ukazuju na potencijalnu potrebu za revidiranjem i prekršajnog okvira i donošenjem novog zakona koji bi jasnije inkriminirao ovu materiju.

Što se kaznenog djela tiče, iako zakonski opis čl. 325. KZ-a eksplicitno ne sadrži takvo ograničenje, govor mržnje bi i sada u Hrvatskoj trebalo smatrati kaznenim djelom samo ako je riječ o govoru koji može poremetiti javni red i mir. Takvo (restriktivno) tumačenje djela u skladu je i s dominantno zaštićenim pravnim dobrom – javnim redom i mirom – koje ovo kazneno djelo, s obzirom na svoj smještaj u glavu XXX. kao i *ratio* inkriminacije, štiti.²¹⁹ Osim toga, takvim tumačenjem ne ide se na štetu počinitelja, pa se ne krši načelo zakonitosti,²²⁰ 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 ranije navedenim prekršajnim zakonima.

Pregled dostupne sudske prakse pokazuje da se naši sudovi uglavnom nisu bavili detaljnom analizom svih obilježja čl. 325. KZ. Izostanak obrazloženja ili kratkoća istih u presudama koje su donesene temeljem optužnica nažalost

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ 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.*, StGB § 130 Rn. 22-26 – beck-online

²²⁰ 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.

onemogućuju zaključivanje o sudskim stajalištima u vezi pojedinih obilježja 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 policajce, branitelje i slične kategorije ne bi trebalo smatrati zaštićenom skupinom u smislu ovog djela. Nadalje, sudska praksa, tj. praksa državnog odvjetništva i policije (kada ovlašteni tužitelj) neujednačena je i u pogledu razgraničenja kaznenog djela i prekršaja. Smatramo kako se mogu problematizirati i 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 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. Ovakav pristup već na prvi pogled dovodi u pitanje odnos djela iz čl. 325. KZ i načela zakonitosti, no s druge strane, ovaj problem nije imanentan samo ovom kaznenom djelu, već se pojavljuje uvijek kada treba vagati između suprotstavljenih pravnih dobara odnosno različitih temeljnih ljudskih prava.