

Kriminalitetnopolitično razumevanje 297. člena KZ-1: Sovražni govor in dva koncepta svobode¹

Jan Stajanko², Sedin Kičin³, Luka Martin Tomažič⁴

Prispevek analizira kaznivo dejanje javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti, ki je v javnih razpravah pogosto poznano kot sovražni govor. Za izvedbo takšne analize predlaga novo metodološko orodje, ki temelji na Berlinovih dveh konceptih svobode. Razlikuje med pozitivno in negativno svobodo, ki sta predstavljeni v prispevku. Zatrjevano je, da posamična pravna pravila obstajajo na polju med tema dvema abstraktnima skrajnostma. Opravljena je tudi analiza kaznivega dejanja javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti, obravnavani pa so tako nedavni premiki v slovenski sodni praksi kot zakonodajne spremembe delikta. Nedavna sprememba v razumevanju kaznivega dejanja je analizirana z vidika dveh konceptov svobode in zdi se, da je sodba I Ips 65803/2012 Vrhovnega sodišča Republike Slovenije korak k politični vrednoti pozitivne svobode. Prispevek poudarja tudi možnost širše uporabe metodološkega orodja, katerega teoretična rigoroznost je obravnavana z upoštevanjem Hartove, Dworkinove in Finnisove pravne in politične teorije. Njegova uporabnost je široka, saj je primerno za analizo drugih pravnih norm s širšega področja kaznovalnega prava, njegov potencial pa sega tudi na področje primerjalnopravnih analiz in raziskovanja kolizije vrednot, ki so skrite za posameznimi pravnimi normami.

Gljučne besede: sovražni govor, svoboda izražanja, Isaiah Berlin, svoboda, Dworkin, Finnis

UDK: 343:342.727

1 Uvod

Kaznivo dejanje javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti iz 297. člena Kazenskega zakonika (KZ-1, 2012) je v kontekstu sovražnega govora pogosto v središču tako laičnih kot strokovnih javnih razprav, interpretativno drzne sodne presoje in intenzivne zakonodajne dejavnosti. Delikt je namreč povezan s problematiko kategorizacije, stereotipiziranja in diskriminacije kot presečišč kazenskega prava, kriminologije, filozofije (prava) in psihologije (Dežman, 2006; Šugman, 2006). Za žrtev je kaznivo dejanje še posebno uničujoče, saj že po sami naravi poseže v bistvo njene identitete (Mihajlova Stratilati, 2016: 120). Duhove buri zaradi povezanosti s tako imenovanim sovražnim govorom in zahtevnostjo tehtanja med različnimi (pravno varovanimi) dobrinami in interesi, ki so zaradi vprašanj glede pomena vrednot svobode in varnosti lahko še posebno kontroverzni. Podobno ugotavlja tudi

Bavcon (2012: 97): »[...] vprašanje iz naslova človekove svobode in/ali varnosti je, kolikor koli je na prvi pogled retorično in odgovor nanj razumljiv sam po sebi, v resnici nadvse težko in kontroverzno.«

Ta prispevek slovensko ureditev navedenega kaznivega dejanja obravnava z vidika Berlinovih (1969) dveh konceptov svobode. V prispevku se bomo ukvarjali z vprašanjem, ali je aktualna nacionalna ureditev bližje pozitivnemu ali negativnemu konceptu svobode. Kot bo prikazano, lahko takšna analiza prispeva k izboljšanju splošne ravni razprav o najstvu in biti,⁵ ki se pojavljajo glede pozitivne ureditve, sodne presoje in zlasti morebitnih prihodnjih kriminalitetnopolitičnih argumentov o obravnavanem kaznivem dejanju.⁶ Ob tem lahko prispeva tudi k zagotavljanju integritete pri interpretaciji in zakonodajni dejavnosti⁷ (Novak, 2011).

Najprej bo predstavljena Berlinova teorija dveh konceptov svobode, nato pa bo obravnavana določba 297. člena KZ-1 (2012) in z njim povezana sodna praksa. Za razumevanje ak-

¹ Stališča, izražena v tem članku, so stališča avtorjev in jih ni mogoče pripisati ustanovam, v katerih so avtorji zaposleni.

² Jan Stajanko, mag., asistent na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in doktorski študent Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: jan.stajanko@um.si

³ Sedin Kičin, okrajni državni tožilec na Okrožnem državnem tožilstvu v Ljubljani in doktorski študent Pravne fakultete Univerze v Mariboru, Slovenija. E-pošta: sedin.kicin@dt-rs.si

⁴ Dr. Luka Martin Tomažič, raziskovalec na Alma Mater Europaea – ECM, Slovenija. E-pošta: luka.tomazic@almamater.si

⁵ V tem smislu glede prava najstvo pomeni pravo, kot je, bit pa pravo, kot naj bi bilo. Glej tudi Hart (1958).

⁶ Seveda ima tovrstna analiza pomen tudi za boljše razumevanje strategij boja zoper kriminaliteto (Dvoršek, 2001: 345).

⁷ Termin integriteta je uporabljen v smislu Dworkinove teorije po objavi dela *Law's Empire* (Dworkin, 1986). Podrobno o tem še Waldron (2003).

tualne ureditve ne zadošča interpretacija relevantne norme, temveč je treba razumeti tudi, kako delikt razlaga sodna praksa. Prav sodniki so namreč tisti, ki opravljajo vrednostno sintezo in posamični primer ovrednotijo z vidika zakonskih določb. Pri tem zakon kot formalni pravni vir razlagajo glede na konflikt interesov, z oporo značilnih primerov in relevantnih pomenskih mest (Pavčnik, 2008: 557).

Na podlagi opravljene analize bomo podali oceno, kateremu konceptu svobode je bližja slovenska ureditev in v katero smer so delikt skozi čas potiskale številne zakonske in interpretativne spremembe. Ugotovitve bodo dodatno postavljene v kontekst Dworkinovega koncepta integritete pri interpretaciji in zakonodajni dejavnosti, ki zakonodajni in sodni diskurz pojmuje kot analogna literarni dejavnosti. Kot pravilno ugotavlja Meško (2008: 35), so namreč specifične vrednote in simbolični pomen preventivnih in represivnih praks prav tako pomembni kot njihov institucionalni okvir. Opisana obravnava se sicer ne bo vrednostno opredeljevala do politično-moralne zaželenosti ali nezaželenosti pozitivne ureditve. Ponudila bo konceptualno ogrodje, ki naj takšno opredeljevanje naredi razumljivejše in analitično rigoroznejše. Pri tem bo posebno poudarjen pomen ideje dveh konceptov svobode kot analitičnega orodja s potencialno širšo uporabno vrednostjo.

2 Dva koncepta svobode

Da bi ustrežneje razumeli Berlinovo formulacijo dveh konceptov svobode, je smiselno predhodno obravnavati njeno idejnozgodovinsko ozadje. Genealoško tako razlikovanje med pozitivno in negativno svobodo najdemo že pri Kantu (1788), ki v Kritiki praktičnega uma zapiše: »Namreč v odsotnosti vse materije zakona (namreč kateregakoli želenega objekta) in istočasno z določitvijo voljne odločitve s splošno zakonodajno obliko, katere vodilo mora biti zmožno, obstaja skupno načelo moralnosti. Ta neodvisnost pa je svoboda v negativnem, medtem ko je inherentna zakonodaja čistega, in kot takega, praktičnega uma, svoboda v pozitivnem smislu.«

Kantova formulacija je kompleksna in praktično manj uporabna, mogoče pa je trditi, da medtem ko je pri negativnem vidiku svobode bistvena odsotnost izkustvenih vzrokov (Hille, 2016: 73), je pri pozitivnem vidiku svobode bistvena avtonomnost. Slednjo Kant (1788) v grobem pojmuje kot zmožnost posameznika, da ima lastno voljo (Hille, 2016: 71). Pojem človekove avtonomije je v njegovem pisanju sicer treba razumeti precej restriktivno. Pri Kantu (1788) se je izrazil v njegovem kategoričnem imperativu in je povezan s pojmom človekovega dostojanstva, ki ga na tem mestu ne bomo obravnavali (Sandel, 2009).

Sorodno idejo najdemo pri von Humboldt (1851), ki razlikuje med negativno in pozitivno dobrobitjo. V njegovi teoriji je sicer pozitivna dobrobit povezana s posredovanjem države, negativna pa s tem, da država posamezniku dopušča svobodo in ne posega v njegovo sfero. Constant (1988) vpelje razlikovanje med antično in sodobno svobodo. Gre za pojma, sorodna Berlinovi pozitivni in negativni svobodi, vendar pa sta pri Constantu (1988) pojma antične in sodobne svobode zgodovinsko povezana (Coser, 2014).

Po Berlinu (1969: 123) je negativna svoboda stopnja, do katere se tretje osebe ali skupine ne vmešavajo v posameznikovo aktivnost. Ravnanje človeka je mogoče označiti kot svobodno le, če mu drugi ljudje ne preprečujejo, da bi počel, kar bi si sicer želel početi. To seveda ne pomeni, da pri tem abstraktnem idealu gre za neomejeno svobodo ravnanja, kajti če ne bi bilo prav nobenih družbenih omejitev in inkriminiranih ravnanj, bi to vodilo do družbenega kaosa, v katerem bi močni zatirali svoboščine šibkih. Pri ideji negativne svobode je tako v vsakem primeru pravo tisto, ki naj kar najmanj zameji relativno široko področje osebne svobode, v katero v nobenem primeru ni dopustno posegati.⁸

Positivna svoboda je na drugi strani zmožnost posameznika, da je sam svoj gospodar in da so njegovo življenje in odločitve odvisni od njega samega, ne pa od kakršnih koli zunanjih vplivov (Berlin, 1969: 131). Raz (1986) Berlinov koncept dodatno pojasni tako, da ga smiselno poveže z avtonomijo in obstojem zadostnega števila možnosti, kar ponazorji z analogijo preganjane ženske. Ta živi na majhnem otoku, polnem mesojedih zveri, ki jo ves čas poskušajo požreti (Raz, 1986: 374). Čeprav je svobodna v negativnem smislu, ni mogoče trditi, da je gospodarica lastnega življenja, in torej nima svobode v pozitivnem smislu. Slednja je ideal, pri katerem država poseže v zasebnost posameznika, vendar to naredi tako, kot naj bi bilo dobro zanj in za družbo nasploh.⁹

Čeprav Berlin (1969: 131) trdi, da gre načeloma za dva medsebojno izključujoča se tipa svobode, to ne pomeni, da obstajata ločeno, temveč da se v družbeni stvarnosti odražata v otenkih. Gre namreč le za dva abstraktna ekstrema, idealnotipska modela svobode, med katerima je mnogo možnih stopenj poseganja v sfero posameznika. To lahko pojasnimo na primeru inkriminiranja sovražnega govora. Tako se lahko država odloči, da sovražnega govora ne bo inkriminirala,

⁸ Razgledani procesualist bo takšno razumevanje svobode lahko povezal s pojmi *minimalne* oziroma *reaktivne* države in s slednjo povezanim postopkom za reševanje spora (Damaška, 1986: 78–80).

⁹ Takšno razumevanje svobode se lahko poveže s pojmi *maksimalne* oziroma *aktivistične* države in z njo povezanim postopkom za implementacijo (kriminalitetne) politike (Damaška, 1986: 147).

ali pa tudi, da ga bo, vendar njegov pomenski doseg določi restriktivno, lahko pa se odloči za ekstenzivno opredelitev, ki v kontekst sovražnega govora zajame širšo množico ravnanj. S povečevanjem ekstenzivnosti pomenskega dosega inkriminacije se vsakokratna pozitivna ureditev pomika od koncepta negativne h konceptu pozitivne svobode. Medtem ko skrajna negativna svoboda pomeni stanje hobbovskega *bellum omnia contra omnes* (Berlin, 1969: xlv), skrajna pozitivna svoboda pomeni nevarnost zapadanja v totalitarizem (Berlin, 1969), zato je zaželena določena stopnja zmernosti.

3 Javno spodbujanje sovraštva, nasilja ali nestrpnosti v slovenskem kazenskem pravu

3.1 Svoboda izražanja in njene meje

Temeljni nacionalni pravni akt, Ustava Republike Slovenije (URS, 1991), vsakomur zagotavlja enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katero koli drugo osebno okoliščino (URS, 1991: 14. člen). Izhodišče takšne določbe je ideja o svobodnem človeku, posamezniku, ki je edini pristojen odločati o tem, kaj bo mislil in počel. Čeprav se morda ta ideja zdi idealna in zato absolutna, ji ne moremo podeliti takšne razsežnosti. Človek je družbeno bitje in le delček družbenega mozaika, kot tak pa je ves čas vpleten v medsebojne odnose, zato so njegove temeljne pravice in svoboščine v skladu s 15. členom URS (1991) omejene s pravicami drugih. Prav zato je na svobodo izražanja, v povezavi s tako imenovanim sovražnim govorom kot kaznivim dejanjem, smiselno pogledati z vidika predstavljene teorije, s tem namenom pa tudi preučiti relevantne ustavne in zakonske določbe.

Na podlagi 39. člena URS (1991) vsakomur ni zagotovljena le svoboda misli, temveč tudi svoboda njihovega izražanja in s tem tesno povezana svoboda govora, javnega nastopanja, tiska in drugih oblik javnega obveščanja in izražanja. Hkrati navedena določba predpisuje, da lahko vsakdo svobodno zbira, sprejema ter širi vesti in mnenja.

V povezavi s tem in upoštevajoč predhodno pojasnjeno situacijo, ko lahko pride do kolizije pravic dveh subjektov, je treba glede sovražnega govora omeniti 63. člen URS (1991), ki določa, da sta protiustavna vsakršno spodbujanje k narodni, rasni, verski ali drugi neenakopravnosti ter razpihovanje narodnega, rasnega, verskega ali drugega sovraštva in nestrpnosti, protiustavno pa je tudi vsakršno spodbujanje k nasilju in vojni. Ta določba je tudi podlaga za inkriminacijo kaznivega dejanja javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti iz 297. člena KZ-1 (2012).

V nadaljevanju bomo najprej na kratko predstavili zgodovinski razvoj določb kazenskega zakonika, temu pa bo sledil povzetek aktualne sodne prakse. Razumevanje delikta je namreč mogoče le ob prikazu njegovih zgodovinskih razsežnosti in ob naporih pravosodja v zvezi z njegovo razlago, sicer tvegamo, da se popolnoma zamegli ločnica med 297. členom KZ-1 (2012) in tako imenovanim širšim konceptom sovražnega govora, kot ga razume javnost (Židanik, 2013: 16). Završnik (2007: 443) prav v tem smislu poudarja, da je določitev restriktivnih in objektiviziranih meril bistvo kazenskopravne prepovedi sovražnega govora, s katero je treba onemogočiti zlorabo kazenskega prava za nadzor misli.

3.2 Zgodovinski razvoj zakonske ureditve

Prvi Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ, 1994), sprejet po osamosvojitvi Slovenije, je v prvem odstavku 300. člena opredeljeval kaznivo dejanje *zbujanja narodnostnega, rasnega ali verskega sovraštva, razdora ali nestrpnosti*. Po tej določbi je storilec vsakdo, ki »izziva ali razpihuje narodnostno, rasno ali versko sovraštvo, razdor ali nestrpnost, ali širi ideje o večvrednosti ene rase nad drugo«. Opisano dejanje, storjeno s prisilo, grdim ravnanjem, ogrožanjem varnosti, sramotitvijo narodnostnih, etničnih ali verskih simbolov, poškodovanjem tujih stvari ali oskrunitvijo spomenikov, spominskih znamenj ali grobov, je bilo v drugem odstavku opredeljeno kot kvalificirani delikt, iz tega razloga pa je bila zanj predpisana višja kazen.

S sprejetjem Zakona o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika (KZ-B, 2004) je zakonodajalec delikt preimenoval v kaznivo dejanje *zbujanja sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti*. Ob tem je prvi odstavek postal bogatejši za dve novi izvršitveni alternativni, po katerih je storilec kdor koli, ki »daje kakršno koli pomoč pri rasistični dejavnosti, ali zanika, zmanjšuje pomen, odobrava ali zagovarja genocid«. Pri tem je šlo za pomembno širitev dometa delikta, ki naj bi slovensko zakonodajo uskladila z viri mednarodnega javnega prava.¹⁰ Slovenska teorija sicer širitvi ni bila v celoti naklonjena. Tako na primer Korošec (2004: 16–18) navaja, da je bila novela kljub načelni nezdržljivosti s tradicionalnim kazenskopravnim razumevanjem udeležbe sprejeta pod subtilnim političnim pritiskom Odbora za od-

¹⁰ Pri širitvi na *dajanje kakršne koli pomoči* je šlo za poskus uskladitve z Mednarodno konvencijo (OZN) o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije z dne 21. decembra 1965, pri širitvi na *zanikanje, zmanjšanje pomena, odobravanje ali zmanjševanje pomena genocida človečnosti* pa je verjetno šlo za poskus približanja nacionalne zakonodaje Dodatnemu protokolu h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiki kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v računalniških sistemih z dne 28. januarja 2003 (Šepec, 2018: 321–322; Završnik, 2015: 39–40).

pravo rasne diskriminacije OZN. Tudi Dežman (2006: 321–323) v širšem smislu poudari, da ima kazenskoopravni odziv pri preprečevanju diskriminacije in izražanja diskriminatornih predsodkov vprašljiv preventivni pomen in mora zato biti le skrajno sredstvo kriminalitetne politike.

Izvršitvena ravnanja so v navedeni obliki in obsegu ostala predpisana vse do leta 2008,¹¹ ko je bil sprejet KZ-1 (2012), ki je prenesel tudi preštevilčenje in spremembo naziva kaznivega dejanja. Od takrat je v 297. členu KZ-1 (2012) opredeljeno kaznivo dejanje *javno spodbujanje sovraštva, nasilja ali nestrpnosti*, ki je bilo od takrat spremenjeno enkrat, in sicer z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B, 2011).

V nespremenjeni obliki (do novele KZ-1B (2011)) je KZ-1 (2012) predpisoval, da kaznivo dejanje stori, kdor javno spodbuja ali razpihuje narodnostno, rasno, versko ali drugo sovraštvo, razdor ali nestrpnost *ali spodbuja k drugi neenakopravnosti zaradi telesnih ali duševnih pomanjkljivosti ali spolne usmerjenosti* (prvi odstavek) in kdor javno širi ideje o večvrednosti ene rase glede na drugo ali daje kakršno koli pomoč pri rasistični dejavnosti ali zanika, zmanjšuje pomen, odobrava, *omalovažuje, smeši* ali zagovarja genocid, holokavst, hudodelstvo zoper človečnost, vojno hudodelstvo, agresijo ali druga kazniva dejanja zoper človečnost (drugi odstavek).¹²

Delikt je bil razširjen tudi z novim tretjim odstavkom, po katerem je v primerih, ko je bilo dejanje izvedeno z objavo v sredstvih javnega obveščanja, lahko kaznovan urednik oziroma tisti, ki ga je nadomeščal, razen če je šlo za prenos oddaje v živo in dejanj ni mogel preprečiti.¹³ Teorija kazenskega prava v zvezi s tem govori o tako imenovani *kaskadni odgovornosti*, ki jo je pozneje novela KZ-1B (2011) razširila še na objave na spletnih straneh.¹⁴ Naj razsežnosti širjenja delikta ponazorimo

mo z napotitvijo na izvajanja Beleta (1995: 40). Ta opozarja, da je kaskadna odgovornost že izhodiščno s splošnimi načeli združljiva le na podlagi obsežnih interpretativnih akrobacij: »Kaskadna kaznivost ni stranski poganjek splošne kaznivosti, marveč je to samostojna vzporedno rastoča bilka. Če hočemo eni od njiju omogočiti normalno rast, pač moramo drugo spodrezati, če že ne povsem izrjaviti.«

Večji represivni potencial je 297. člen KZ-1 (2012) pridobil tudi na podlagi kvalificiranega *delicta propria* iz novega petega odstavka. Tako je lahko po KZ-1 (2012) uradna oseba, ki delikt izvede z zlorabo uradnega položaja ali pravic, kaznovana z zapornom do petih let.

Ne da bi podrobneje obravnavali vsako izmed naštetih sprememb, lahko razberemo, da je KZ-1 (2012) podobno kot KZ-B (2004) prinesel razširitev dosega v deliktu zajetega nepravda. Takšno širjenje polja kriminalnosti je vsaj del teorije obsojal. V tem smislu je na primer Završnik (2008) navedel, da bi bilo namesto dodajanja novih izvršitvenih oblik primerneje obstoječe izvršitvene oblike vezati na nadaljnje pogoje. Tudi kazenskoopravna represija je namreč oblika nasilja, ki ga je nujno treba zmanjšati, če pristajamo na vrednoto mirnega družbenega sožitja in pravne države.

Zakonodajalec je kritike teorije uslišal in z novelo KZ-1B (2011) v 297. členu KZ-1 (2012) vnesel daljnosežne spremembe. Tako se prvi odstavek 297. člena po novem glasi: »Kdor javno spodbuja ali razpihuje sovraštvo, nasilje ali nestrpnost, ki temelji na narodnostni, rasni, verski ali etnični pripadnosti, spolu, barvi kože, poreklu, premoženjskem stanju, izobrazbi, družbenem položaju, političnem ali drugem prepričanju, invalidnosti, spolni usmerjenosti ali katerikoli drugi osebni okoliščini, in je dejanje storjeno na način, ki lahko ogrozi ali moti javni red in mir, ali z uporabo grožnje, zmerjanja ali žalitev, se kaznuje z zapornom do dveh let.«

Zakonodajalec je torej na eni strani domet delikta razširil tako, da je vključil nove varovane skupine in jim podelil status potencialne žrtve sovražnega govora kot kaznivega dejanja, na drugi strani pa je delikt zamejil z dodatnimi pogoji. Delikt je tako lahko od KZ-1B (2011) podan le takrat, ko je alternativno izpolnjen eden izmed navedenih pogojev: ogrožanje ali motenje javnega mira oziroma uporaba grožnje, zmerjanja ali žalitve. Na te pogoje je zakonodajalec vezal tudi drugi odstavek, ki se nanaša na javno širjenje ideje o večvrednosti ene rase glede na drugo, dajanje pomoči pri rasistični dejavnosti ter zanikanje, zmanjševanje pomena, odobravanje,

¹¹ Določbe 300. člena KZ-1 (2012) so se sicer spremenile tudi tako, da je bil z Zakonom o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika Republike Slovenije (KZ-A, 1999) dodan še tretji odstavek, ki je predpisoval, da se materiali in predmeti, ki nosijo sporočila iz prvega odstavka tega člena, kot tudi pripomočki, namenjeni za njihovo izdelovanje, razmnoževanje in razpečevanje, vzamejo. Citirana novela KZ-B (2004) je vpeljala možnost, da se njihova uporaba ustrezno onemogoči.

¹² Novela KZ-1 (2012) je sicer ukinila tudi izvršitveno alternativo *izzivanja* sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki je bila uvedena z novelo KZ-A (1999), a je bila ta brez pomena, ker se je vsebinsko prekrivala z izvršitveno alternativo *razpihovanja* sovraštva, razdora ali nestrpnosti (Završnik, 2008).

¹³ V tem delu je sicer šlo predvsem za prenos določb iz splošnega v posebni del KZ (1994).

¹⁴ Odgovornost urednika oziroma tistega, ki ga je nadomeščal, je v tem primeru izključena za objavo na spletnih straneh, ki uporab-

nikom omogočajo objavo vsebin v dejanskem času oziroma brez predhodnega nadzora.

opravičevanje,¹⁵ smešenje ali zagovarjanje kaznivih dejanj zoper človečnost.

Predlagatelj novele KZ-1B (2011) je pojasnil, da je na podlagi sprememb želel delikt omejiti le »na tak način izrečene besede, ki sprožijo dejansko možnost nastanka oziroma konkretno navzočo nevarnost za mir, strpnost in sožitje med ljudmi kot varovano dobrino«. Takšna omejitev naj bi bila namreč v skladu z Okvirnim sklepom Sveta 2008/913/PNZ z dne 28. novembra 2008 o boju proti nekaterim oblikam in izrazom rasizma in ksenofobije s kazenskopravnimi sredstvi. Slednji dopušča kaznovanje le tistih oblik sovražnega govora, ki so izvedene tako, da motijo javni red in mir oziroma pomenijo grožnje, zmerjanje in žaljenje (Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika – posebni del, 2011: 47–48).

Kot se je izkazalo po sprejemu KZ-1B (2011), so prav navedene spremembe¹⁶ pri že tako kompleksnem deliktu popolnoma razdvojile teorijo in prakso glede vprašanja polja kriminalnosti, ki naj bi ga ta sploh zajemal. Za razumevanje tega se bomo v nadaljevanju posvetili argumentom sodne prakse, državnega tožilstva in teorije kazenskega (v delu tudi ustavne) prava. Prikaz teh stališč je namreč nujen za razumevanje nadaljnega razvoja obravnavanega delikta.

3.3 Vpliv sodne prakse, državnega tožilstva in pravne teorije na razumevanje delikta

Pred sprejetjem KZ-1B (2011) je sodna praksa delikt iz 300. člena KZ (1994) oziroma 297. člena KZ-1 (2012) obravnavala kot tako imenovani dejavnostni delikt. To pomeni, da v konkretnem primeru ni iskala prepovedane posledice kaznivega dejanja. Tako na primer Višje sodišče v Ljubljani v sklepu V Kp 127/2010 (2010) zapiše, da »iz zakonskega opisa kaznivega dejanja po 1. odst. 300. člena KZ ne izhaja, da bi v opisu dejanja sploh morala biti navedena konkretna škodljiva posledica, saj je ta dovolj razvidna že iz samega izvršitvenega dejanja [...]«.

Novi pogoji v 297. členu KZ-1 (2012) so povzročili dvom o dotedanji široki interpretaciji delikta, kar se je najprej odrazilo v pravnem stališču Vrhovnega državnega tožilstva Republike Slovenije (2013) o pregonu kaznivega dejanja

javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti po 297. členu KZ-1. Tožilstvo je v stališču med drugim navedlo, da »mora biti spodbujanje ali razpihovanje storjeno na način, ki lahko ogrozi ali moti javni red in mir. Taka zahteva vključuje določeno raven konkretizacije sovraštva, nestrpnosti ali nasilja, tako da vodi do stopnje konkretne nevarnosti za javni red in mir. Podana mora biti objektivna možnost in tudi verjetnost njegove kršitve, abstraktna nevarnost ni dovolj.«

Državno tožilstvo je torej zavzelo stališče, da je 297. člen KZ-1 (2012) vedno treba razumeti kot tako imenovani konkretni ogrožitveni delikt, za katerega je značilna konkretna ogrožitev pravne dobrine (v primeru 297. člena KZ-1 (2012) sta to javni red in mir). *Konkretna ogrožitev* (skoraj poškodba) mora pri tej vrsti deliktov temeljiti na konkretni nevarnosti, ki neposredno grozi, da se bo sprevrgla v poškodbo zavarovane dobrine (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož in Filipčič, 2013: 176). Nemška kazenskopravna teorija govori o akutni eksistencialni krizi kazenskopravne dobrine (Rengier, 2016: 51). Nastop nevarnosti je pri takšnih deliktih značilno del bi-stva kaznivega dejanja, zaradi česar je sodniku prepuščeno, da glede na konkretne okoliščine presoja, ali je kazenskopravna dobrina zares bila ogrožena (Schröder, 1967: 7–8).

Stališču o 297. členu KZ-1 (2012) kot konkretnem ogrožitvenem deliktu je hitro sledila tudi sodna praksa. Tako je na primer Višje sodišče v Ljubljani v sodbi II Kp 65803/2012 (2013) zapisalo, da morajo biti »dejanja spodbujanja ali razpihovanja [...] take narave, da v okolju in razmerah, v katerih so storjena, do kršitev javnega reda in miru ne privedejo le zato, ker so pravočasno posredovali pristojni organi ali posamezni udeleženci oziroma druge navzoče osebe ali zaradi pravočasne prenehanja sovražnega govora«.

Na potrebo po upoštevanju načela *ultima ratio* pri kaznovanopravnih obravnavi sovražnega govora je opozorila tudi Vlada Republike Slovenije (2016: 4), v teoriji pa je bilo mogoče najti celo stališča, da bi bilo treba sovražni govor popolnoma dekriminalizirati in področje urejati s prekrškovnim pravom (Rovšek, 2012: 13). Opozarjalo se je, da moramo biti kot družba previdni, da se meja pravno dopustnega ne premakne (pre)globoko na stran nedopustnega omejevanja legitirnega govora (Peršak, 2016: 57–58; Teršek, 2012: 13; Vuksanović, 2016: 13). V tem smislu je šlo za obdobje, ko je država v svobodo izražanja najmanj intenzivno posegala z instrumenti kazenskega prava.

Relativno hitro so se začeli dvigovati glasovi tistih, ki so menili, da je KZ-1B (2011), sploh v povezavi z restriktivnim stališčem državnega tožilstva in sodne prakse, problematiko sovražnega govora uredil preveč liberalno. Na podcenjevanje družbene nevarnosti sovražnega govora je opozarjal že

¹⁵ Zakonski znak *omalovaževanja* je bil na podlagi novele KZ-1B (2011) zamenjan z zakonskim znakom *opravičevanja*. Prvi je bila izpuščen zaradi redundantnosti, drugi dodan zaradi Okvirnega sklepa Sveta 2008/913/PNZ (Čeferin, Kogovšek Šalamon in Korošec, 2019: 421; Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika – posebni del, 2011: 48).

¹⁶ Ob navedenih je KZ-1B (2011) posegel še v nekatere druge zakonske znake kaznivega dejanja po 297. členu KZ-1 (2012). Te zaradi jasnosti in omejitve obsega prispevka puščamo ob strani.

Krivic (2012: 6). Tudi empirične analize so kazale na to, da manko ukrepanja države v primerih sovražnega govora v širšem smislu moti splošno javnost (Vehovar, Motl, Mihelič, Berčič in Petrovčič, 2012: 182). Nadalje je leta 2015 in 2016 Slovenijo najbolj neposredno prizadela tudi migrantska kriza, ki je pomembno zaznamovala družbeni diskurz tako na državni kot na lokalni ravni (Bučar-Ručman in Šulc, 2019). Družbene okoliščine so se torej spremenile – v Sloveniji se je *de facto* znašla nova marginalna skupina in s tem potencialne žrtve sovražnega govora. V porastu naj bi bil predvsem sovražni govor zoper muslimane (Bajt, 2015: 10; Pucelj in Šabec, 2017: 138).

Takšna družbena klima je gotovo prispevala k temu, da je pomemben del pravne teorije začel čedalje intenzivneje iskati načine, kako razširiti polje kriminalnosti 297. člena KZ-1 (2012) (Vuksanović, 2018: 6). Tako na primer Kogovšek Šalomon (2015: 8) kritizira stališče državnega tožilstva, ker to bistveno spreminja besedilo zakonske določbe 297. člena. Tudi širše je teorija temu stališču pritrčila vsaj zaradi tega, ker je državno tožilstvo pogoj konkretnega ogrožanja javnega reda in miru vezalo tudi na primere, ko izvršitveno ravnanje hkrati pomeni tudi razžalitev ali grožnjo.¹⁷ Slednje iz zakonskega besedila ni razvidno – KZ-1B (2011) je nove pogoje za omejevanje 297. člena KZ-1 (2012) navedel alternativno (Čeferin et al., 2019: 429).

Za nekoliko večjo težavo, kot je problematika alternativnega navajanja pogojev za omejevanje, se je izkazalo vprašanje, kako obravnavati vse tiste primere, ko razžalitev ali grožnja ni podana. Za te primere namreč KZ-1 (2012) jasno navaja, da je lahko kaznivo dejanje podano le takrat, ko storilčevo ravnanje »lahko ogrozi ali moti javni red in mir«. Nekateri so ob poudarjanju tega, da naj bi bilo »čedalje pomembnejše krepiti splošno in specialno prevencijo pred kaznivimi dejanji s ksenofobično in rasistično motivacijo tudi z [...] ustreznim kazenskim pregonom«, predlagali *de facto* zanemarjenje tega pogoja (Završnik in Zrimšek, 2017: 71–72). Takšna obravnava 297. člena KZ-1 (2012) kot golega abstraktnega ogrožitvenega delikta pa se ne glede na družbene spremembe zdi nekoliko radikalna, saj bi popolnoma izničila pomen novih pogojev, ki jih je na podlagi KZ-1B (2011) (ob podpori teorije kazenskega prava) le nekaj let prej vpeljal zakonodajalec. *Abstraktna ogrožitev* je namreč v slovenski kazenskopравни teoriji opredeljena kot takšna ogrožitev, pri kateri obstaja samo oddaljena, teoretična oziroma hipotetična možnost, da bo prišlo do poškodbe kazenskopravno varovane dobrine (Bavcon et al., 2013: 176).

V tem smislu že Ambrož (2017: 92–94) navaja, da bi bilo bolj smiselno poiskati kompromisno rešitev, ki naj bi bila umeščena nekje med abstraktno in konkretno ogrožitvijo. Eno izmed takšnih rešitev prepozna v konstrukciji *abstraktno-konkretnega* oziroma *potencialnega ogrožitvenega delikta*. Ta naj bi bil podan takrat, ko je mogoče izkazati, da je na podlagi konkretnega izvršitvenega ravnanja potencialno mogoče povzročiti prepovedano posledico. Čeprav Ambrož takšne interpretacije 297. člena zaradi pomislekov glede pravne varnosti¹⁸ in učinkovitosti kazenskopravne represije za zatiranje sovražnega govora ni zagovarjal, so možnost drugačne interpretacije delikta izkoristili drugi. Tako na primer Križnar (2018: 8) ob poudarjanju učinkovitosti kazenskopravne represije za namene zagotavljanja civilizacijske zrelosti slovenske družbe in zaščite človekovega dostojanstva predlaga, naj tožilci in sodišča 297. člen KZ-1 (2012) razumejo kot potencialni ogrožitveni delikt.

Glede na opisano družbeno klimo ne more presenetiti, da je generalni državni tožilec Šketa septembra 2018 zagotovil, da se bo zavzel za ostrejši pregon sovražnega govora (Petrovčič, 2018). Tako je Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije vložilo zahtevo za varstvo zakonitosti zoper sodbo Višjega sodišča v Ljubljani, ki je ugodilo pritožbi obrambe zoper ob sodilno sodbo in obdolženega oprostilo obtožbe, da naj bi storil kaznivo dejanje po 297. členu KZ-1 (2012). V sodbi I Ips 65803/2012 (2019) je Vrhovno sodišče Republike Slovenije pritrnilo zastopanemu stališču državnega tožilstva in vsem drugim, ki so pozivali k represivnejši obravnavi sovražnega govora. Najprej je poudarilo, da je pritožbeno sodišče napačno izhajalo »iz podmene, da mora tudi pri drugi od alternativno naštetih oblik storitve z uporabo grožnje, zmerjanja ali žalitev priti do že tako konkretnega ogrožanja ali motenja javnega reda in miru, da ga lahko prepreči le ustrezna zunanja intervencija«. Vrhovno sodišče je tako opozorilo, da so novi pogoji iz KZ-1B (2011) navedeni alternativno – oženje inkriminacije s postavljanjem dodatnih pogojev ni sprejemljivo.

Glede interpretacije pogoja možnosti ogrožitve javnega reda ali miru se je sodišče zateklo k prej omenjeni konstrukciji abstraktnega ogrožitvenega delikta: »Iz zakonskega besedila prvega odstavka 297. člena KZ-1 je razvidno, da mora biti podana zgolj potencialna, in ne konkretna možnost ogrožanja ali motenja javnega reda in miru. Ne zahteva se, da bi do neposredne ogrožitve dejansko tudi prišlo, ampak zadošča, da je dejanje po vsebini, naravi, kraju ali drugih okoliščinah, v katerih je bilo storjeno, sposobno povzročiti konkretno nevarnost, ki se kaže v ogrožitvi oziroma motenju javnega reda in miru. Gre za potencialno, abstraktno-konkretno ogrožanje, tako da

¹⁷ Problematiko smiselnosti in upravičenosti ločevanja med *grožnjo in razžalitvijo* na eni ter *zmerjanjem* na drugi strani zaradi jasnosti argumenta puščamo ob strani.

¹⁸ Na podobne pomisleke v zvezi s pravno varnostjo je opozorila tudi Wedam Lukić (2017: 350).

ni treba, da je konkretna nevarnost dejansko nastopila, pač pa mora sodišče v okviru opisa dejanja ugotoviti, ali je bilo storilčevo ravnanje sposobno pripeljati do konkretne nevarnosti.«

Prispevek ni namenjen temu, da bi obravnavali posrečenost sodne odločbe ali vse teoretične zagate abstraktnih ogrožitvenih deliktov. Naj zadošča ugotovitev, da je Vrhovno sodišče Republike Slovenije v sodbi bistveno razširilo polje kriminalnosti 297. člena KZ-1 (2012). Vse kaže, da bo navedenim stališčem sledilo tudi državno tožilstvo. Takšne so vsaj namere, ki jih je na kolegiju 23. avgusta 2019 izrazilo Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije (Mlakar in STA, 2019).

4 Analiza pozitivne ureditve in *de lege ferenda* uporabnost predstavljenе metode

V Republiki Sloveniji je bilo vse do novele KZ-1B (2011) prisotno postopno zaostrovanje represije, in to predvsem na podlagi vzpostavljanja novih izvršitvenih alternativ, odstopa od ustaljenega razumevanja udeležb v teoriji kazenskega prava in širjenja kaskadne odgovornosti na urednike objav v sredstvih javnega obveščanja oziroma (pozneje) na svetovnem spletu. S sprejetjem novele KZ-1B (2011), ki ji je sledila restriktivna razlaga delikta pri sodni praksi in državnem tožilstvu, se je trend zaostrovanja represije obrnil. Ugotovimo lahko, da je bil potencial represivnega delovanja države glede obravnavanega kaznivega dejanja na nižji stopnji vse do sodbe I Ips 65803/2012 (2019), ki je bila prelomna v smislu, da gre za ponovno širjenje neprava delikta. Za pregon spornega izražanja v javnosti ali na svetovnem spletu tako ne bo več treba izkazati skoraj poškodbe javnega reda in miru – zadoščalo bo že *potencialno ogrožanje* kazenskopravno varovane dobrine. Za to sta si laična in del strokovne javnosti prizadevala praktično že od sprejetja novele KZ-1B (2011), kar nekateri povezujejo tudi s pretirano vero v zmožnost kazenskega prava kot orodja za reševanje družbenih težav (Ambrož, 2017: 99; Vuksanović, 2018: 8).

Če navedene trende obravnavamo z vidika Berlinovih dveh konceptov svobode, je citirana sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije premik k pozitivni svobodi. Sodišče je namreč s svojo interpretacijo v kontekstu tega kaznivega dejanja razširilo doseg delikta. Področje kriminalnosti se zdaj razteza tudi na takšna ravnanja, ki bi prej bila (potencialno) zajeta le s prekrški po Zakonu o varstvu javnega reda in miru (ZJRM-1, 2006).¹⁹ Višja stopnja paternalizma države povečuje zmožnost posameznikov, da so sami svoj gospodar. To počne tako, da

spodbuja dobre možnosti. Varovanje dobrin javnega reda in miru, strpnosti ter enakosti ne glede na osebne okoliščine namreč ni le v interesu žrtev, temveč tudi storilca. Država s takšnimi posegi povečuje tudi njegovo pozitivno svobodo. Na drugi strani je s tovrstnim posegom države zmanjšana stopnja negativne svobode. Država namreč rigorozneje posega v ravnanja pravnih subjektov.

Zanimivo je, da trenda sodne in zakonodajne veje oblasti, vsaj v smislu zadnjih sprememb, kažeta v različno smer. Pomik k pozitivni svobodi je v slovenskem pravnem redu nastal kot posledica ravnanja sodne veje oblasti. Kot tak je nasproten zadnji, za konkretno kaznivo dejanje relevantni novelaciji kazenskega zakonika, ki je bila pomik k negativni svobodi. Novela KZ-1B (2011) je namreč glede javnega spodbujanja sovražstva, nasilja ali nestrpnosti zmanjšala stopnjo represije. Tako subjektom, ki jih norma zadeva, v manjši meri preprečuje, da počnejo, kar bi tudi sicer želeli početi. Ali gre pri sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije za odraz globljih trendov v družbi in bo tudi zakonodajna veja oblasti temu sčasoma sledila s spremembo pravnega pravila v smeri večje represije, bo pokazal čas.

Povsem smiselno je, da se negativna in pozitivna svoboda kot analitična koncepta uporabljata za analizo poseganja države v posameznika, in ne za analizo samih razmerij med posamezniki. Povedano drugače, vrsta svobode se s tem analitičnim orodjem presoja z vidika storilca in ne z vidika žrtve. Kazensko pravo namreč kot zakonodajalčevo poslednje sredstvo za urejanje družbenih razmer (*ultima ratio*) opredeljuje prepovedi, ki se nanašajo neposredno na storilce in potencialne storilce kaznivih dejanj. Gre torej za analizo oblastnega in represivnega ravnanja države z vidika njene zakonodajne in sodne prakse.

Primerjalnopravno analizo ureditve sorodnih kaznivih dejanj v ZDA je opravil že Završnik (2007: 445–446), zato ne bo podrobneje povzeta. Ugotoviti je mogoče le, da je slovenska ureditev precej značilna za kontinentalne pravne rede in v tem smislu bližje koncepciji pozitivne svobode. Nasprotno velja za ureditev v nekaterih anglosaških pravnih redih, pri čemer lahko izpostavimo zlasti ameriškega (Bleich, 2011: 922–923; Rosenfeld, 2003). Čeprav je zgodovinsko gledano takšna koncepcija relativno sodobnega izvora, je ureditev tovrstnega kaznivega dejanja v ameriškem pravu precej bližje idealu negativne svobode (Soutphommasane, 2014).

Zapisano pokaže, da je ideja dveh abstraktnih konceptov svobode, ki ju je mogoče prenesti na konkretne zakonske ureditve in sodno prakso, uporabna vsaj v dveh kontekstih. Z njo je mogoče analizirati trende pri zakonskih spremembah in spremembah v stališčih sodne prakse. Mogoče je tudi po-

¹⁹ Opozorili bi, da je razmejevanje med kaznivim dejanjem po 297. členu KZ-1 (2012) in prekrški iz 20. člena ZJRM-1 (2006) notorno težavno in vzbujala veliko pomislekov glede ustavnosti obstoječe ureditve (Krivic, 2012; Križnar, 2019).

samezen pravni red primerjati z drugimi pravnimi redi. S tem se lahko ugotovi, kateremu idealu je posamezen pravni red bližje. Dodatno se lahko razjasnijo posebnosti posamezne nacionalne ureditve. Potencial uporabe tega analitičnega orodja je sicer širši od analize v tem prispevku obravnavanega kaznivega dejanja. Vendarle je izbrano kaznivo dejanje za tovrstno analizo posebno primerno. Pri njem se namreč posebno jasno kaže vprašanje poseganja v svobodo izražanja in nasploh vrednostnega razumevanja svobode posameznika, ki se kaže v večjem ali manjšem dosegu inkriminacije.

Ko je z uporabo idej pozitivne in negativne svobode razjasnjeno, kje v polju je *de lege lata* ureditev kaznivega dejanja javnega spodbujanja sovraštva, nasilja in nestrpnosti, je mogoče z večjo stopnjo jasnosti razpravljati tudi o tem, kakšna naj bi bila ureditev *de lege ferenda*. V javnem in strokovnem diskurzu se razprave o obstoječi (kakršna *je*) in prihodnji pravni ureditvi (kakšna *naj bo*) glede obravnavanega kaznivega dejanja pretirano prosto prepletajo. S tem se zamegljuje za družbo sicer vrednostno izjemno pomembno soočenje različnih stališč. Gre zlasti za vprašanje ustrezne stopnje represije glede javnega spodbujanja sovraštva, nasilja in nestrpnosti. Tudi razumevanje slednjega je torej povezano z vprašanjem, kako zakonodajalec razume pojem svobode in v kakšnem smislu bi ga rad širil oziroma krčil.

V tem smislu lahko uporaba ideje dveh konceptov svobode prispeva tudi k višji stopnji integritete pri sodnem odločanju in zakonodajni dejavnosti. Integriteto pri tem razumemo tako, kot jo je zagovarjal Dworkin v svojem delu *Imperij prava* (Dworkin, 1986). Dworkin (1986: 176) razločuje integriteto pri razsojanju in integriteto pri zakonodajni dejavnosti. Obe sta povezani z razumevanjem spreminjanja pravnega sistema (v smislu sprememb sodne prakse ali zakonodaje) kot analognega literarni dejavnosti. Sodnik ali zakonodajalec, ki sprejema določeno odločitev ali pravno pravilo oziroma načelo, je v podobnem položaju kot pisec nedokončanega romana. Po Dworkinu (1986: 226) naj bi stremel k temu, da s svojo odločitvijo pravni sistem, v katerem deluje, prikaže v najbolj možni podobi.

Pri iskanju najboljše možne interpretacije naj *pisec romana* išče ravnotežje med upoštevanjem preteklih ureditev ali odločitev in možnostjo izboljšanja trenutnega sistema. Ta zeleni ideal Dworkin imenuje integriteta. Zakonodajalec ali sodnik naj bi pri presoji integritete (ki je osrednja) upošteval tudi pomembna vprašanja politične poštenosti, materialne pravičnosti in postopkovnih pravil (Dworkin, 1986: 177; Novak, 2011: 67). Razumevanje Berlinovih dveh konceptov svobode lahko v kazenskem pravu prispeva k prizadevanju za doseg ideala integritete. Deluje namreč kot pomagalo pri razumevanju sedanjega in potencialnega prihodnjega stanja

pravnega reda, znotraj katerega sodnik ali zakonodajalec deluje. Povsem v nasprotju z integriteto bi bilo, denimo, če bi se zakonodajalec odločil neargumentirano, z ureditvijo kaznivega dejanja javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti, drastično spremeniti njegovo dotedanje razumevanje v slovenskem pravnem redu. Pri tem bi bila posledica eksces bodisi pozitivne bodisi negativne svobode za subjekte, na katere se norma nanaša.

Predstavljeno metodološko orodje je mogoče umestiti tudi v kontekst sodobnih naravnopravnih razumevanj. Dodatno lahko namreč pomaga pri prizadevanju za doseg *občega dobrega*, kot ga razume Finnis, ki trdi, da pravo obstaja v odtenkih (Finnis, 2011: 10), v svojem osrednjem pomenu pa koristi občemu dobremu (Finnis, 2011: 23). Bolj je ureditev posameznega družbenega vprašanja skladna z obćim dobrim, bližje je takšna norma osrednjemu pomenu prava. Medtem ko je nacistično ali stalinistično pravo po Finnisu (2011) komajda pravo, so sodobni pravni redi, ki spoštujejo vladavino prava in uveljavljajo temeljne vrednote, bližje namenu prava – uveljavljanju občega dobrega. Finnis v zvezi s tem opredeli in zagovarja sedem temeljnih vrednot, in sicer življenje, znanje, igro, estetsko izkušnjo, prijateljstvo, praktični razum in vero (Finnis, 2011).

Če sprejmemo Finnisovo (2011) zatrjevanje, da je obće dobro spoznavno, moramo, da bi lahko pravni sistem približali njegovemu osrednjemu pomenu, najprej ugotoviti razliko med takšnim *osrednjim pomenom* in pozitivno ureditvijo. To sicer presega vsebino tega članka, ki se do vrednostnih vprašanj ureditve obravnavanega kaznivega dejanja ne opredeljuje, je pa takšna morebitna sprememba v smeri občega dobrega mogoča le ob predpostavki čim bolj poglobljenega razumevanja različnih implikacij zakonodajne ureditve in sodne prakse za svobodo pravnih subjektov v družbi. Glede na to, da je svoboda pomembna za razumevanje vseh sedmih temeljnih dobrin, ki po Finnisu (2011) sestavljajo obće dobro, je uporabnost predstavljenega metodološkega orodja v kontekstu njegove teorije toliko očitnejša.

5 Sklep

Glede kaznivega dejanja javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti je v slovenskem pravnem redu mogoče ugotoviti premik k pozitivni koncepciji svobode. Ta sprememba v pojmovanju izhaja zlasti iz odločitve Vrhovnega sodišča Republike Slovenije v zadevi I Ips 65803/2012 z dne 4. julija 2019. Zakonodajna veja oblasti za zdaj temu trendu ni sledila. Čas bo pokazal, ali gre za dolgoročen trend ali le za posamezno odločbo.

Najpomembnejši prispevek tega članka je morda vpeljava metodološkega orodja za analizo pojmovanja svobode pri represivni zakonodajni in sodni dejavnosti države. To temelji na Berlinovih dveh konceptih svobode in razlikuje med pozitivno in negativno svobodo. Ta, sicer abstraktna, ideala je v stiku s konkretnim pravnim pravilom ali sodno odločitvijo mogoče uporabiti tako, da se takšno pravilo ali odločitev kvalitativno umesti kot bližje enemu ali drugemu konceptu svobode. Uporabiti ga je mogoče tudi za širšo analizo sprememb in stanja posameznega pravnega reda.

Da je mogoče dva koncepta svobode kot orodje za analizo konkretnih zakonskih ureditev in sodne prakse uporabiti v kontekstu razumevanja treh velikih sodobnih šol pravne teorije, kaže na teoretsko rigoroznost ideje. Z večjo jasnostjo o vrsti svobode, za dosego katere si prizadeva zakonodajalec ali odločevalec, je olajšana razprava med pravom *de lege lata* in *de lege ferenda*. Razlikovanje lahko prispeva k zagotavljanju integritete pri zakonodajni in razsojevalni dejavnosti. V pomoč je lahko tudi pri ugotavljanju skladnosti obstoječega prava z osrednjim pomenom prava, ki naj si po mnenju nekaterih teoretikov prizadeva za obče dobro.

Prikazano odpira možnost številnih nadaljnjih raziskav. Podobno, z uporabo ideje dveh konceptov svobode, je mogoče analizirati tudi druga kazniva dejanja, koncepta pa se lahko prenese tudi na prekrškovnopravne inkriminacije. Uporabiti ju je mogoče za potrebe primerjalnopravnih analiz pravnih redov različnih držav, mogoče pa je tudi razumevanje kolizije vrednot, kot se izražajo s pravnimi pravili ali načeli. Interpretacija v korist posamezne vrednote je lahko pri tem premik k negativni ali pozitivni svobodi.

Ugotoviti je torej mogoče, da gre pri konceptih pozitivne in negativne svobode za pojmovni kategoriji, ki imata veliko uporabno vrednost v različnih fazah nastajanja in uporabe prava. Omogočita lahko boljše razumevanje politične moralnosti, ki je podlaga kriminalitetnopolitičnemu odločanju o obsegu inkriminacije na področju tako imenovanega sovražnega govora in širše, glede drugih prepovedanih ravnanj.

Izbira med koncepcijami pomembnih vrednot, kot sta pozitivna in negativna svoboda, ima trajni pomen. Je namreč del človeškega bitja in misli ter občutja o lastni identiteti. Je tisto, kar nas dela človeške (Berlin, 1969: 172). Morda je to razlog, zakaj imajo vprašanja o najprimernejši ureditvi obravnavanega kaznivega dejanja v javnem diskurzu posebno mesto. Upamo, da bo članek vsaj malo prispeval k razjasnitvi te kompleksne razprave.

Literatura

1. Ambrož, M. (2017). Sovražni govor kot ogrožitveno kaznivo dejanje. V S. Splichal (ur.), *Zagovor javnosti: Med svobodo izražanja in sovražnim govorom* (str. 90–100). Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti.
2. Bajt, V. (2015). Ksenofobni sovražni govor. V A. Mlekuž (ur.), *Zakaj misliti »begunsko krizo«: Populizem, ksenofobija in sovražni govor* (str. 10). Ljubljana: Pedagoški inštitut.
3. Bavcon, L. (2012). Človekova sloboda i/ili bezbednost. *Temida: časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, 15(2), 95–104.
4. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M. in Filipčič, K. (2013). *Kazensko pravo: Splošni del* (6. izd.). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
5. Bele, I. (1995). Kaskadna kaznivost v kazenskem pravu. *Zbornik znanstvenih razprav*, 55, 29–42.
6. Berlin, I. (1969). *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press.
7. Bleich, E. (2011). The rise of hate speech and hate crime laws in liberal democracies. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37(6), 917–934.
8. Bučar-Ručman, A. in Šulc, A. (2019). Medijsko (so)ustvarjanje »begunske in varnostne krize« in njen odsev na državni in lokalni ravni. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 70(1), 5–19.
9. Constant, B. (1988). The liberty of the ancients compared with that of the moderns. V B. Fontana (ur.), *The political writings of Benjamin Constant* (str. 309–328). Cambridge: Cambridge University Press.
10. Coser, I. (2014). The concept of liberty: The polemic between the neo-republicans and Isaiah Berlin. *Braslian Political Science Review*, 8(3), 39–65.
11. Čeferin, R., Kogovšek Šalamon, N. in Korošec, D. (2019). Javno spodbujanje sovražstva, nasilja ali nestrpnosti: 297. člen. V D. Korošec, K. Filipčič in S. Zdolšek (ur.), *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1): Knjiga 3: 257. do 374. a člen* (str. 417–438). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
12. Damaška, M. R. (1986). *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven; London: Yale University Press.
13. Dežman, Z. (2006). Predsodki in njihov diskriminatorni pomen. *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, 2(2), 307–325.
14. Dvoršek, A. (2001). Razmerje med kriminalistično strategijo in kriminalitetno politiko. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 52(4), 340–348.
15. Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press.
16. Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights* (2. izd.). Oxford: Oxford University Press.
17. Hart, H. L. A. (1958). Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, 71(4), 593–629.
18. Hille, F. R. (2016). The deductions of freedom/morality as autonomy and the categorical imperative in groundwork iii and their problems. *Tópicos, Revista de Filosofía*, 50, 61–94.
19. I Ips 65803/2012, Vrhovno sodišče Republike Slovenije (2019).
20. II Kp 65803/2012, Višje sodišče v Ljubljani (2013).
21. Kant, I. (1788). *Critic der practischen Vernunft*. Riga: Hartknoch.
22. Kazenski zakonik (KZ-1). (2012). *Uradni list RS*, (50/12).
23. Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ). (1994). *Uradni list RS*, (63/94).

24. Kogovšek Šalomon, N. (2015). Sovražni govor v kazenskem zakonu. V A. Mlekuž (ur.), *Zakaj misliti »begunsko krizo«: Populizem, ksenofobija in sovražni govor* (str. 8). Ljubljana: Pedagoški inštitut.
25. Korošec, D. (2004). O razsežnostih spreminjanja kaznivega dejanja zbujanja narodnostnega, rasnega ali verskega sovraštva, razdora ali nestrpnosti v KZ (1994). *Pravnik*, 59(1/3), 3–20.
26. Krivic, M. (2012). Kje je meja med svobodo govora in sovražnim govorom? *Pravna praksa*, 31(1), 6.
27. Križnar, P. (2018). Poskus drugačne interpretacije 297. Člena KZ-1. *Pravna praksa*, 37(35), 6–8.
28. Križnar, P. (2019). Spodbujanje sovraštva ali nestrpnosti: Meja med prekrškom in kaznivim dejanjem. *Pravna praksa*, 38(17/18), 11–13.
29. Meško, G. (2008). Prenos kriminalitetnih politik - sodobne kulture odzivanja na kriminaliteto in vloga kriminologov v procesih oblikovanja nadzorstvenih politik. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59(1), 31–38.
30. Mihajlova Stratilati, E. (2016). Hate crimes as discriminatory violations. *LeXonomica*, 8(2), 115–123.
31. Mlakar, L. in STA. (1. 9. 2019). Vrhovno državno tožilstvo v celoti zadovoljno s sodbo glede sovražnega govora. *SiolNET*. Pridobljeno na <https://siol.net/novice/slovenija/vrhovno-drzavno-tozilstvo-v-celoti-zadovoljno-s-sodbo-glede-sovraznega-govora-506069>
32. Novak, A. (2011). Alkimija prava: Ronald Dworkin in sodnikovo ustvarjanje pravičnosti. V V. Lamut (Prev.), *Izbrane razprave* (str. 11–81). Ljubljana: GV Založba.
33. Okvirni sklep sveta 2008/913/PNZ z dne 29. novembra 2008 o boju proti nekaterim oblikam in izrazom rasizma in ksenofobije s kazensko-pravnimi sredstvi. (2008). *Uradni list Evropske unije*, (328/55).
34. Pavčnik, M. (2008). Das »Hin- und Herwandern des Blickes«: zur Natur der Gesetzesanwendung. *Rechtstheorie*, 39(4), 557–572.
35. Peršak, N. (2016). Sovražni govor v perspektivi človekovih pravic ter nekatera odprta vprašanja kriminalizacije in pregona. *Pravosodni bilten*, 37(3), 45–62.
36. Petrovič, P. (14. 9. 2018). Intervju: Drago Šketa, generalni državni tožilec. *Mladina*. Pridobljeno na <https://www.mladina.si/187326/drago-sketa-generalni-drzavni-tozilec/>
37. Pravno stališče o pregonu kaznivega dejanja Javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti po 297. členu KZ-1, Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije (2013).
38. *Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika – posebni del: (KZ-1B) : 1. osnutek*. (2011). Pridobljeno na <https://e-uprava.gov.si/.download/edemokracija/datotekaVsebina/38134?disposition=inline>.
39. Pucelj, M. in Šabec, K. (2017). Sovražni govor proti beguncem in migrantom, muslimanom in zakritim muslimanskim ženskam v Sloveniji. *Časopis za kritiko znanosti*, 45(268), 122–142.
40. Raz, J. (1986). *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press.
41. Rengier, R. (2016). *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (8. izd.). München: C. H. Beck.
42. Rosenfeld, M. (2003). Hate speech in constitutional jurisprudence: A comparative analysis. *Cardozo Law Review*, 24(4), 1523–1568.
43. Rovšek, J. (2012). Še o sovražnem govoru – Dekriminalizirajmo ga! *Pravna praksa*, 31(2), 13.
44. Sandel, J. M. (2009). *Justice: What's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux.
45. Schröder, H. (1967). Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? *Juristen Zeitung*, 22(17), 522–525.
46. Soutphommasane, T. (2014). *A Tale of two freedoms: Freedom of expression and freedom from racial vilification, Alice Tay lecture on law and human rights*. Canberra: Australian National University.
47. Šepec, M. (2018). *Kibernetski kriminal: Kazniva dejanja in kazensko-pravna analiza*. Maribor: Univerzitetna založba Univerze v Mariboru.
48. Šugman, K. (2006). Kategorizacija in stereotipiziranje ter njun pomen za kriminologijo. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 57(1), 15–27.
49. Teršek, A. (2012). Ustavno-pravno nedorečeno javno izražanje o javnem izražanju. *Pravna praksa*, 31(13), 13.
50. Ustava Republike Slovenije (URS). (1991). *Uradni list RS*, (33-91-1).
51. V Kp 127/2010, Višje sodišče v Ljubljani (2010).
52. Vehovar, V., Motl, A., Mihelič, L., Berčič, B. in Petrovič, A. (2012). Zaznava sovražnega govora na slovenskem spletu. *Teorija in praksa*, 49(1), 171–189.
53. Vlada Republike Slovenije. (2016). *Mnenje o Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu javnega reda in miru, (ZJRM-1A), skrajšani postopek, EPA 990-VII, opravilna št. EVA 2014-1211-0990*. Pridobljeno na <http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C12565D400354E68C12571170043127C&db=konzak&mandat=IV&tip=doc>
54. Von Humboldt, W. (1851). *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staatszubesimmen*. Pridobljeno na http://www.deutschestextarchiv.de/humboldt_grenzen_1851/7.
55. Vuksanović, I. (2016). Nekatera tveganja omejevanja svobode govora v aktualnih družbenih razmerah. *Pravna praksa*, 35(24), 12–13.
56. Vuksanović, I. (2018). Je res treba širiti pojem prepovedanega sovražnega govora? *Pravna praksa*, 37(36–37), 6–8.
57. Waldron, J. (2003). Legislating with integrity. *Fordham Law Review*, 72, 373–394.
58. Wedam Lukić, D. (2017). Sovražni govor in svoboda izražanja. *Pravnik*, 134(5–6), 333–355.
59. Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B). (2011). *Uradni list RS*, (91/11).
60. Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-A). (1999). *Uradni list RS*, (23/99).
61. Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-B). (2004). *Uradni list RS*, (40/04).
62. Zakon o varstvu javnega reda in miru (ZJRM-1). (2006). *Uradni list RS*, (70/06).
63. Završnik, A. (2007). Koncept »sovražnega govora« in inkriminacija »zbujanja sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« (300. Člen KZ). V A. Šelih (ur.), *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava* (str. 427–452). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
64. Završnik, A. (2008). Sovražni govor po predlogu KZ-1. *Pravna praksa*, 27(4), VI–VIII.
65. Završnik, A. (2015). *Kibernetska kriminaliteta*. Ljubljana: IUS Software, GV založba in Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
66. Završnik, A. in Zrimšek, V. (2017). Sovražni govor po slovenski kaznovalni zakonodaji in sodni praksi: Neustaven položaj. *Časopis za kritiko znanosti*, 45(268), 59–73.
67. Židanik, N. (2013). Sovražni govor in kaznivo dejanje javnega spodbujanja sovraštva, nasilja in nestrpnosti. *Pravna praksa*, 32(10), 16–18.

Jan Stajnko, Sedin Kičin, Luka Martin Tomažič: Kriminalitetnopolitično razumevanje 297. člena KZ-1: Sovražni govor in dva koncepta svobode

Criminal-Political Understanding of Article 297 of Criminal Code (CC-1): Hate Speech and Two Concepts of Liberty

Jan Stajnko, M.A., Assistant at Faculty of Law, University of Maribor, Doctoral Student at Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia. E-mail: jan.stajnko@um.si

Sedin Kičin, Local State Prosecutor at District State Prosecutor's Office in Ljubljana, Doctoral Student at Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia. E-mail: sedin.kicin@dt-rs.si

Luka Martin Tomažič, L.L.M., Researcher at Alma Mater Europaea – ECM, Slovenia. E-mail: luka.tomazic@almamater.si

This paper analyses the criminal act of public encouragement of hate, violence or intolerance, which is often referred to as hate speech in public discourse. A new methodological tool is proposed for such analysis to be performed, which is based on Berlin's Two concepts of liberty. A differentiation is made between positive and negative liberty, and both concepts are presented and discussed. It is claimed that individual legal rules exist on a spectrum between these two abstract extremes. An in-depth analysis of the criminal act of public encouragement of hate, violence or intolerance is then performed. It considers recent changes in Slovenian legislation and court practice, and the latest shift in the understanding of the researched criminal act is analyzed in light of the two concepts of freedom. Judgment I Ips 65803/2012 of the Supreme Court of the Republic of Slovenia seems to entail a step in the direction of the political value of positive freedom. The usefulness of the broader used methodological tool is emphasized. Its theoretical rigorousness is discussed considering Hart's, Dworkin's and Finnis' legal and political theories. Its usefulness is broad, as it could be used to analyze other legal norms in the broader field of punitive law. Its potential reaches to the areas of comparative analysis and in order to research the collision of values, which are hidden behind individual legal norms.

Keywords: hate speech, freedom of speech, Isaiah Berlin, liberty, Dworkin; Finnis

UDC: 343:342.727