

### III K 28491/2017

Prof. Dr. Boštjan M. Zupančič

bivši sodnik Ustavnega sodišča (1993-1998),

bivši sodnik Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourgu  
(1998-2016)

## PRAVNI MEMORANDUM

*V zadevi Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani*

*v.*

*dr. Tadej Strehovec in Zavod za družino in  
kulturo življenja*

Ljubljana, september 2018

# PRAVNI MEMORANDUM<sup>1</sup>

## V ZADEVI OKROŽNI DRŽAVNI TOŽILEC R.S. v. DR. TADEJ STREHOVEC & ZAVOD ZA DRUŽINO IN KULTURO ŽIVLJENJA

### Uvod

Že v samem začetku se postavlja vrsta vprašanj. Ta vprašanja mečejo zelo dvomljivo luč na sam obtožni akt (obtožni predlog). Tega je 5. aprila 2018 vložil okrožni državni tožilec (ODT) Marko Godec, na predobravnavnem naroku dne 24. avgusta 2018 pa zastopala ODT Ana Kirm.

Kot bomo videli, je ta obtožni akt, ki naj bi po obtožnem predlogu iniciral normalni kazenski postopek po obtožnem predlogu, arbitrarno dejanje ODT Marka Godca. Ne obstajajo niti materialnopravne podlage v 297. členu KZ RS, niti predpostavljani zakonski znaki (dejansko stanje k.d.).

Obtožni predlog tudi frontalno krši Navodilo Vrhovnega državnega tožilstva št. Ktr2/13-13-GHJ-T/vg z dne 27. 02. 2013 (Navodilo) in je z njim v opreki. Omenjeno Navodilo, kakor bomo videli, ni konstrukcija Vrhovnega državnega tožilstva. Navodilo za praktične potrebe slovenskih tožilcev povzema—ne da bi jo (razen enkrat) navajalo—judikaturu Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourgu ter Okvirni sklep EU 2008/913/PNZ, z dne 28. 11. 2008 (podrobneje glej spodaj).

Iz neskladja med obtožnim predlogom ODT Marka Godca in ODT Ane Kirm ter Navodilom VDT izhaja vnaprej očitna brezpredmetnost obtožnega akta. Ker je slednje moralo biti očitno tudi ODT (Godec in Kirm), iz tega izhaja, da je bil akt vložen najmanj arbitrarno.

Iz tega dalje izhaja utemeljeni sum, da sta ODT (Godec in Kirmova) storila kaznivo dejanje zlorabe uradnega dejanja ali uradnih pravic po 257. členu kazenskega zakonika Republike Slovenije (KZ RS).

---

<sup>1</sup> Copyright © 2018 Boštjan M. Zupančič. Memorandum je pisan za izključno rabo v kazenskem postopku III K28491/2017. Brez izrecnega pisnega dovoljenja avtorja se ne sme elektronsko razširjati in/ali objavljati.

# Predhodna ustavnopravna vprašanja

## Svoboda veroizpovedi

Predhodno je vprašanje, ali je v predmetni zadevi sploh šlo za “spodbujanje ali razpihovanje (1) sovraštva, (2) nasilja ali (3) nestrpnosti”.

Krščanski (katoliški) skupnosti pripisovati—implicitno ali eksplicitno—spodbujanje ali razpihovanje sovraštva in/ali nasilja, je absurd. Celotna krščanska vera kot doktrina itd. temelji na demonstrativnem spodbujanju medsebojne ljubezni in negaciji sovraštva/nasilja.

To je notorno dejstvo, ki ga ni treba dokazovati.

## Katoliška doktrina o splavu

Katoliška doktrina ni od včeraj—ima zdržema 2000 let tradicije—in ni lokalni slovenski fenomen.<sup>2</sup> Odklonilno stališče obdolženca do dopustnosti abortusa ni njegovo osebno stališče.

Za tem stoji pravno uveljavljeno tisočletno stališče Rimokatoliške cerkve (RKC) kot mednarodno priznane države in kot države, ki ima kot država z državo z Republiko Slovenijo sklenjen konkordat.<sup>3</sup>

V kontekstu Svêta Evrope v Strasbourgu imajo v svojem nacionalnem pravnem redu nekatere od držav članic podpisnic Konvencije do abortusa decidirano odklonilno stališče.

To pozitivnopravno ne-strpno (ne-tolerantno) stališče do splava kot umora nerojenega otroka je do te mere pravno uveljavljeno, da je a priori nemogoče govoriti, da je zagovarjanje takega stališča po svoji naravi “spodbujanje in/ali razpihovanje in/ali sovraštva in/ali nasilja in/ali nestrpnosti”.

4

---

<sup>2</sup> Evolucijo katoliškega stališča do abortusa sem podpisani izdelal v predavanju za Pontificio Istituto Orientale, Rim, november 2017, v monografiji z naslovom, [“LEGAL SUBJECTIVITY OF THE NASCITURUS AND HIS RIGHT TO LIFE” BY DR. BOŠTJAN M. ZUPANČIČ, LL.M., S.J.D. \(HARV.\), PROFESSOR OF LAW, FORMER JUDGE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, \[AND “HUMAN DIGNITY AND THE RIGHT TO LIFE” BY PROF. ROBERT SPANO, THE JUDGE OF THE ECtHR, PRESIDENT OF SECTION\]](#)

<sup>3</sup> [SPORAZUM MED REPUBLIKO SLOVENIJO IN SVETIM SEDEŽEM O PRAVNIH VPRAŠANJIH](#), podpisan dne 14. decembra 2001, ratificiran 6. februarja 2004, Uradni list RS, št. 13/2004 z dne 12. 02. 2004. Glej zlasti čl. 3 (svoboda delovanja) in čl. 7 (pravica dostopa do vseh javnih sredstev obveščanja).

<sup>4</sup> *‘Aside from Ireland, Malta, Northern Ireland and Poland have the strictest abortion regulations in*

Zagovarjanja tega stališča ni mogoče izločiti iz mednarodnopravnega in primerjalnopravnega sobesedila, iz konteksta držav Svêta Evrope (CoE) in širše članic OZN (zlasti Južne Amerike). Obravnavanje vprašanja zgolj v samo-referenčnem—z jezikovno bariero varovanem—pravno-političnem kontekstu Slovenije in (celo Ljubljane) popači vprašanje, ali je zagovarjanje anti-abortivnega stališča samo po sebi sploh lahko sovražno in/ali nasilno in/ali nestrpno.

Drugače povedano, to ne more biti možno v situaciji, v kateri določeni pravni redi v Evropi in v svetu—da o RKC sploh ne govorimo—trdno stojijo na diametralno nasprotnem stališču. Zagovarjanje abortusa kot odpravljanja nerojenega otroka pa je *par excellence* sovražno, nasilno in nestrpno.

S stališča katoliške doktrine je abortus naklepni umor. Naklepni umor je v vsakem pravnem redu višek interpersonalnega nasilja s smrtno posledico. Kot bomo videli, je vsebinska opredelitev do vprašanja, ali je abortus umor, v pravu nasledek (ne)priznavanja pravne subjektivitete *nasciturusa*.

Ker ima vsak pravico do svojega verskega prepričanja (41. člen ustave<sup>5</sup>, 9. člen EKČP<sup>6</sup>), je irelevantno, da imajo drugi (npr. slovenski abortivni lobby) do vprašanja diametralno nasprotni odnos.

## Pravna subjektiviteta *nasciturusa*

Ključno za pravno vprašanje, ali je abortus umor še nerojenega človeka, je (ne)priznavanje njegove pravne subjektivitete.

---

European Union. *The Center for Reproductive Rights lists both Ireland and Poland in the category of allowing abortion only to save a woman's life or prohibiting it altogether based on an assessment of legislation. Northern Ireland allows abortion in cases of physical or mental health risks, while Poland currently permits terminations when the life of the foetus is under threat, when there is a grave threat to the health of the mother, or if the pregnancy resulted from rape or incest.* Glej

<http://www.euronews.com/2018/01/30/which-european-countries-have-the-strictest-abortion-rules>

<sup>5</sup> Ustava, čl. 41: (1) Izpovedovanje vere in drugih opredelitev v zasebnem in javnem življenju je svobodno.

<sup>6</sup> Art. 9: *Freedom of thought, conscience and religion* (1.) Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. (2.) Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Da je abortus "pravica ženske do lastnega telesa", je parola vseh abortivnih lobby-jev. Predpostavljajo, da *embrio/foetus* nima svoje ločene biološke eksistence. Mati in otrok sta eno telo. Noseča ženska, ko se odloči za splav, ne odloča o ničemer kot zgolj o lastnem telesu. Do svojega telesa ima suvereno pravico itd.

Ta izrazito post-komunistična družbeno-politična mantra abortivnih lobby-jev je za pravo irelevantna. Pravo se mora opredeliti samo do enega vprašanja: »Ali je *embrio/foetus* pravni subjekt« ? V vseh okoljih, v katerih je abortus legaliziran, pa je to odločilno vprašanje pravni tabu.

Tabu je zato, ker so taki pravni redi sami s saboj v protislovju.

Že od rimskega pravnika Gaja dalje je pravo tistemu, ki šele bo rojen (*nasciturus*), priznavalo najmanj dedno pravico. To je *praesumptio juris et de jure*, zoper katero ni možen nasprotni dokaz. Tudi slovensko pravo to presumpcijo priznava in obenem ureja pokop abortiranega embria/foetusa, prepoveduje rabo v znanstvene namene, kaznuje uboj embria/foetusa *in utero* itd.

Kako je torej logično, da pravo v vseh teh zadevah nerojenemu otroku priznava pravice in s tem njegovo pravno subjektiviteto, ne priznava pa mu pravice do življenja (17 čl. ustave, 2. člen EKČP)?

Evropsko sodišče za človekove pravice, ki sicer izrecno priznava, da je varstvo zarodkovega življenja legitimni cilj (*legitimate aim*), se je protislovju do pred nedavnim spretno izogibalo.

V zadevi *Vincent Lambert proti Franciji*<sup>7</sup> pa se je tudi ono ponevedoma zapletlo v isto protislovje. Vincentu Lambertu, ki je bil več let v nevrovegetativnem stanju, na koncu sicer ni priznalo pravice do življenja (po 2. členu EKČP), ga je pa obravnavalo kot nosilca te pravice. Pravno subjektiviteto je priznalo nekemu v popolnem nevrovegetativnem stanju tj. stanju, ki se na dražljaje iz okolja ne odziva. Vemo pa, da se zarodek na te dražljaje odziva in je (neprimerno bolj) živo bitje.

---

<sup>7</sup> [Lambert v. France](#), 46043/14, judgment of June 5, 2015

Pravno potemtakem sploh ne gre za (namerno in protislovno) poenostavljenje vprašanja, ali je mar abortus v neki državi dovoljen ali ne. Taka poenostavitev, ki je voda na mlin abortivnih lobby-jev, prikriva nelogično rešitev predhodnega vprašanja (*preliminary question*) o pravni subjektiviteti *embria/foetusa*.

## Splav in svoboda veroizpovedi

Žgoče je protislovje, ali bi pravo zarodku moralo (in od katere faze nosečnosti naprej<sup>8</sup>) priznavati pravno subjektiviteto. Tega protislovja slovensko pravo v dani ideološko obremenjeni mentaliteti zaenkrat ne bo razrešilo. Gre pa prav v tej smeri za svetovni trend. In prav to je socialno-politična razlaga za napade, katerih posledica je pričujoči montirani (pravno nemogoči) poskus kazenskega pregona.

Da je po 41. členu ustave izpovedovanje vere v javnem življenju svobodno, pomeni, da je katoliško stališče do abortusa najmanj toliko legitimno, kolikor je legitimno temu nasprotno stališče.

Slovensko pozitivno pravo se ne spušča—čeprav bi se moralo—v moralno vprašanje, katero od obeh stališč je bolj (ne)sprejemljivo.

A dejstvo je, da je z vidika ustave in prava sploh —kot neopredeljenega in nepristranskega družbenega merila v vseh sporih—stališče, češ da je abortus po doktrini RKC naklepni umor nerojenega otroka, legitimno in legalno (ni protipravno). Pravo in ustava sta nevtralna in v kontekstu svobode izražanja dopuščata obe stališči.<sup>9</sup> Stvar v konkretni kazenski zadevi torej ni v tem, kateri od obeh "ima prav". Stvar tukaj je točno in samo v tem—kot to opredeljuje 297. člen KZ RS—kako in *na kakšen način* katera od obeh strani izraža svoje sicer ne-protipravno prepričanje.

Celo v samoreferenčnem slovenskem pravnem kontekstu iz tega jasno sledi, da se pravo ne more postaviti na apriorno stališče, češ da je javno

---

<sup>8</sup> Glej [Roe v. Wade](#), 410 U.S. 113 (1973). Odločba VS ZDA postulira nosečnost v treh trimestrih s progresivnim povečevanjem varstva pravne subjektivitete zarodka. Odločba je zdaj na udaru ne le zaradi desetletja trajajoče kampanje anti-abortivnega lobby-ja, temveč tudi zato, ker se prav zdaj yudi v tem pogledu spreminja personalna sestava VS ZDA.

zatrjevanje samo po sebi—o tem, da je abortus naklepni umor—nekaj, kar spodbuja in/ali podpihuje sovraštvo, nasilje in/ali nestrpnost. Ker je tako stališče med drugim integralni del svobode vesti (izpovedovanja ene od prvin katoliške vere) in zato *expressis verbis* ustavno deklarirano kot svobodno –, je zato za pravo edino vprašanje, ali je to “izpovedovanje” v mejah pravno dopustne svobode izražanja itd.

## Svoboda veroizpovedi (svoboda vesti), svoboda izražanja, svoboda združevanja in pravica do zbiranja in združevanja (čl. 39, čl. 41, čl. 42 Ustave RS)

### 39. člen

*(svoboda izražanja)*

*Zagotovljena je svoboda izražanja misli, govora in javnega nastopanja, tiska in drugih oblik javnega obveščanja in izražanja.*

*Vsakdo lahko svobodno zbira, sprejema in širi vesti in mnenja.*

### 41. člen

*(svoboda vesti)*

*Izpovedovanje vere in drugih opredelitev v zasebnem in javnem življenju je svobodno.*

### 42. člen

*(pravica do zbiranja in združevanja)*

*Zagotovljena je pravica do mirnega zbiranja in do javnih zborovanj.*

*Vsakdo ima pravico, da se svobodno združuje z drugimi.*

*Zakonske omejitve teh pravic so dopustne, če to zahteva varnost države ali javna varnost ter varstvo pred širjenjem nalezljivih bolezni.*

*Poklicni pripadniki obrambnih sil in policije ne morejo biti člani političnih strank.*

## Ustavne in konvencijske določbe ter načelo sorazmernosti

S stališča končne obravnave pred ESČP in tudi sicer po ustavnopravni analizi je relevantna razlika med svobodo izražanja in veroizpovedi na eni ter relativizirano svobodo združevanja na drugi strani.

Ustava postulira zakonsko rezervo k svobodi združevanja (npr. zbiranja in molitev pred ginekološko kliniko), če to zahteva varnost države ali javna varnost ter varstvo pred širjenjem nalezljivih bolezni. Kaj bo to pomenilo v konkretni situaciji, ni samo stvar podustavnih zakonskih predpisov.

Po doktrini sorazmernosti posega v ustavno pravico mora biti (1) cilj posega v svoboščino legitimen (sprejemljiv: *legitimate aim*) (2) sredstvo (*means*), s katerim država posega v svoboščino, mora biti predvideno v zakonu (da ni protipravno) in (3) obstajati mora ustavnopravno in mednarodnopravno sorazmerje (*proportionality*, ravnotežje, *balancing*) med prvino posega (*interference*) na eni ter prvino cilja (*aim*) na drugi strani. Tako na primer ni mogoče prepovedati mirnega shoda—ki ne ogroža nikogar—molečih pred ginekološko kliniko.

V EKČP pa imajo—za razliko od Ustave RS—odgovarjajoči členi v svojih drugih odstavkih določbe, ki dopuščajo relativizacijo zagotovljenih konvencijskih svoboščin –, kot jo ima le gornja slovenska svoboda združevanja. Kadar določbe EKČP nimajo teh drugih odstavkov, velja, da gre za *jus cogens*, kot npr. pri pravici do življenja (2. člen), pravici ne biti predmet mučenja (3. člen) itd.

Za primerjavo med Ustavo RS in EKČP navajamo predmetne določbe EKČP (po slovenskem, ki ni uradni, prevod):

#### 9. člen EKČP

*Svoboda mišljenja, vesti in vere*

(1) Vsakdo ima pravico do svobode misli, vesti in veroizpovedi. Ta pravica vključuje svobodo spremembe vere ali prepričanja ter svobodo, da človek bodisi sam ali skupaj z drugimi ter zasebno ali javno izraža svojo vero ali prepričanje v bogoslužju, pouku, praksi ali verskih obredih.

(2) Svoboda izpovedovanja vere ali prepričanja se sme omejiti samo v primerih, ki jih določa zakon, in če je to nujno v demokratični družbi zaradi javne varnosti, za zaščito javnega reda, zdravja ali morale ali zaradi varstva pravic in svoboščin drugih ljudi.

#### 10. člen EKČP

*Svoboda govora*

(1) Vsakdo ima pravico do svobodnega izražanja. Ta pravica obsega svobodo mišljenja ter sprejemanja in sporočanja obvestil in idej brez vmešavanja javne oblasti in ne glede na meje. Ta člen ne preprečuje državam, da zahtevajo dovoljenje za delo radijskih, televizijskih in kinematografskih podjetij.

(2) Izvrševanje teh svoboščin vključuje tudi dolžnosti in odgovornosti in je zato lahko podvrženo obličnostim pogojem, omejitvam ali kaznim, ki jih določa zakon in ki so nujne v demokratični družbi zaradi varnosti države, njene



ozemeljske celovitosti, zaradi javne varnosti, preprečevanja neredov ali zločinov, za zavarovanje zdravja ali morale, za zavarovanje ugleda ali pravic drugih ljudi, za preprečitev razkritja zaupnih informacij ali za varovanje avtoritete in nepristranskosti sodstva.

#### 11. člen EKČP

##### *Svoboda zbiranja in združevanja*

(1) Vsakdo ima pravico, da mirno zboruje in se svobodno združuje, vključno s pravico, da ustanavlja sindikate in se jim pridruži, da bi zavaroval svoje interese.

(2) Izvrševanje teh pravic je mogoče omejiti samo z zakonom, če je to nujno v demokratični družbi zaradi državne ali javne varnosti, za preprečitev neredov ali zločinov, za zaščito zdravja ali morale ali za zavarovanje pravic in svoboščin drugih ljudi. Ta člen ne preprečuje, da bi pripadnikom oboroženih sil, policije ali državne uprave z zakonom omejili izvrševanje teh pravic.

Slovenski ustavodajalec, ki se je v veliki meri sploh naslanjal na Konvencijo, je praktično prepisal drugi relativizirajoči odstavek—a le pri svobodi združevanja.

Ni pa ustavodajalec sledil Konvenciji relativizacije ustavnih pravic glede svobode vesti (veroizpovedi) ter svobode izražanja.

Ustavne določbe so glede svobode veroizpovedi (vesti) ter svobode izražanja postavljene brez zakonske rezerve in brez relativizirajočih pod-določb o tem, pod kakšnimi dodatnimi zakonsko določenimi pogoji je svobodo veroizpovedi ter svobodo izražanja v državi mogoče prakticirati. V načelu bi to pomenilo, da sta tudi ti dve določbi *jus cogens* in da ju z zakonom ni mogoče relativizirati.

Ustavodajalcu ni mogoče pripisovati navadne površnosti, to je, mora se predpostavljati, da so bile relativizirajoče zakonske rezerve opuščene namenoma. Po tej logiki sta svoboda vesti (veroizpovedi) in svoboda izražanja *absolutni* ustavni svoboščini. Gotovo, v tem pogledu obstaja število odločb ustavnega sodišča RS (US RS), ki se na to razliko ne ozirajo in dopuščajo podzakonsko urejanje teh dveh svoboščin.<sup>10</sup>

Toda, če predmetna zadeva pride pred ESČP, bo slednje to razliko med naštetimi tremi ustavnimi pravicami (svoboščinami) moralo vzeti v ozir.

---

<sup>10</sup> Da je kontekst nelogičen, je očitno. Toda, dokler se vprašanje vrti le v slovenskem samo-referenčnem krogu (kot glede vseh drugih pravnih vprašanj), do korekcije ne bo prišlo. Do korekcije pride nazadnje šele, ko pride konkretna zadeva pred Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu (ali pred kak drugi mednarodni forum).

Pokazalo se bo, da gre zakonsko opredeljevanje (omejevanje) svobode vesti (veroizpovedi) in svobode izražanja—*praeter constitutionem*. To bo merilo pri tem, ali je vmešavanje (*interference*) države RS v skladu z zakonom (*according to law*). To je pred pred ESČP eden od treh preskusov sorazmernosti (*proportionality tests*).

Ta meja je prekoračena—kot po 297. členu KZ RS—le, če to izražanje ogrozi in moti javni red in mir. Pravo je v stvari vsebinsko nevtralnno do te mere, da ga vsebina “izražanja” ne zanima.

Zanima ga samo mera konkretne (ne abstraktne!) nevarnosti, katero bi to izražanje povzročalo. Stališče abortivnega lobby-ja, češ da je taka proklamacija sama po sebi, ker je javno obelodanjena, vsebinsko nesprejemljiva in predstavlja “sovražni govor”, je pravtako legitimna. A s stališča pravne presoje je – irelevantna. Mimogrede, ker se sintagma “sovražni govor” (“*hate speech*”) pojavlja v slovenski javnosti, kakor da bi šlo za pravni pojem –, je treba pribiti, da je to lahko zgolj (prevedeni)<sup>11</sup> laični opis določenega izražanja javno in na spletu. Ne more pa to biti pravni pojem. Pravno pojem je kazenskopravno lahko “razžalitev” itd., zasebnopravno pa napad na določene osebnostne pravice.

## Materialnopravni kazenski vidik

### Dogmatična analiza 297. člena kazenskega zakonika

#### RS

»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 zaporom do dveh let.«

Elementi dejanskega stanu (*corpus delicti*) po 297. členu KZ RS:

---

<sup>11</sup> “*Hate speech*” kot sintagma izhaja iz anglo-saškega pravnega konteksta, v katerem nima nobene pravne veljave, to je, ni kazenskopravno (in celo civilnopravno) relevantna. Dopustnost svobode izražanja (*freedom of speech, freedom of the press* itd.) je neomejena in neomejljiva. Glej moje ločeno mnenje k zadevi [Hannover v. Germany](#) (1), 59320/00, judgment of 24 June 2004

- (1) Javno;
- (3) spodbujanje in/ali razpihovanje;
- (4) sovraštva in/ali nasilja in/ali nestrpnosti;
- (5) ki temelji na [...] katerikoli osebni okoliščini;
- (6) **in**
- (7) je dejanje je storjeno na način
  - (a) ki lahko
  - (b) ogrozi in/ali
  - (c) moti
- (8) javni red in/ali mir
- (9) ali z uporabo
  - (a) grožnje in/ali
  - (b) zmerjanja
  - (c) in/ali žalitev
- (10) **in**
- (11) je dejanje storjeno na način
  - (a) ki lahko
  - (b) ogrozi in/ali
  - (c) moti
- (12) javni red in/ali mir

Ad 2 in 3) »Spodbujanje in/ali razpihovanje« mora biti storjeno s specialnim naklepom (*dolus specialis*), to je, za specifičen namen mora imeti obtoževano dejanje: povzročanje ali (a) sovraštva in/ali (b) in/ali nasilja in/ali (c) nestrpnosti. Storilec mora imeti specifičen namen (*dolus specialis, dolus coloratus*) s svojim objavljanjem doseči, da se bo vis-à-vis določeni ranljivi družbeni skupini kot minimalno dvignila psihična raven sovraštva ali nestrpnosti. Kar zadeva dejansko "nasilje", glej spodaj.

Ad 5) "Osebna okoliščina", o kateri je tu govor po analogiji *inter legem*, v dikciji 297. člena ni navedena. Po tej tej analogiji mora biti skupina (ne njeni posamezniki!), ki je predmet varstva, posebej poistovetena. V zaslišanjih dne 8.

12. 2017 pri Okrajnem sodišču v Ljubljani se je zgrešeno ugotavljal napad na osebne pravice žensk, ki so se z objavami obtoženega čutile prizadete. Te osebe tudi niso (razen v tem, da gre za ženske) opredeljiva "ranljiva družbena skupina" po Okvirnem sklepu Sveta EU 2008/913 z dne 28. 11. 2008.

V objekt varstva po 297. členu bi konkretno spadale ženske, ki bodo ali so že imele abortus. Te skupine na zaslišanjih niso ne ugotavljali in ne identificirali.

Ad 6) Gornji elementi k.d. morajo biti (glej podrobneje spodaj) kumulativno (ne alternativno) vezani na konkretno nevarnost.

Ad 7) Dejanje mora biti (naklepno!) storjeno na način, da povzroči določeno mero verjetnosti, da bo prišlo do motenja (javnega reda in miru). Temu pogoju je nedvoumno zadoščeno le, če je do motenja javnega reda in miru—karkoli že to pomeni—že prišlo. Toda celo v tem primeru, bo tožilstvo moralo dokazati, da je imel obdolženec vis-à-vis inkriminirani posledici direkten ali vsaj eventualni naklep, to je, da je z gotovostjo vsaj vedel, da bo do posledice prišlo. Ker je 297. člen KZ RS s posledico opredeljeno kaznivo dejanje (*result crime*), kaznivega dejanja brez nastale konkretne posledice (ogrožanja javnega reda in miru) enostavno pač ni.

Dodatno relevantno tem kontekstu—s posledico opredeljenega kaznivega dejanja—je Navodilo VDT, ki vztraja na zelo visoki ravni (kot minimalne!) ugotovljene in konkretizirane verjetnosti.

Če je že sam obstoj kaznivega dejanja odvisen od dokazane posledice (*result crime*), ki je (že) dejansko nastala, je operiranje s pojmom verjetnosti, da bo v prihodnosti morda, ali pa tudi ne, posledica *lahko* nastala, nomotehnično (s strani zakonodajalca) vprašljiv.

Dejanski stan (*corpus delicti*) kaznivega dejanja po 297. členu KZ RS bi lahko bil formuliran zgolj kot "spodbujanje sovraštva" (cf. "*hate speech*") itd.—kar bi potem enostavno inkriminiralo tim. "sovražni govor". Navodilo VDT pravilno poudarja, da bi to pomenilo uvedbo "golega verbalnega delikta" –, kjer bi komunicirana verbalizacija določenega (sovražnega) govora tedaj že zadoščala za obsodbo tega (odpravljenega) kaznivega dejanja. Neogibno je

torej zakonodajalec moral opredeliti kaznivo dejanje z zahtevano posledico. Brez nje bi šlo za golo *ex post facto* cenzuro.

V novejši pravni zgodovini (*Brandenburg v. Ohio: clear and present danger*)<sup>12</sup> pa ni inkriminirana (kot prepovedana posledica) že poprej dejansko nastala motnja javnega reda in miru.

Logika je tu ustavnopravna. Ameriško vrhovno sodišče je s postuliranjem sploh najvišje možne verjetnosti, da bo do npr. izgrediv nemudoma in dejansko prišlo—v navedenemu primeru je šlo za Ku Klux Klan in tim. *rabble rousing*—postavilo strogo opredeljeno zgornjo mejo svobode govora. Pri tem več ne gre za sam govor. Gre za dejanske (faktične) posledice tega govora.<sup>13</sup>

## Historični dogodki in verjetnost prihodnjih dogodkov

Kot sem podrobneje obrazložil v več svojih ločenih mnenjih k odločbam ESČP in nazadnje v svoji knjigi o ESČP, je pravo v veliki večini sporov, ki jih razrešuje, osredotočeno na pretekle dogodke.

Izjeme so redke. V kazenskem procesnem pravu je taka izjema opredeljevanje sodišča do begosumnosti, iteracijske in koluzijske verjetnosti in/ali nevarnosti. Taka presoja vejetnosti na ESČP—na primer glede verjetnosti, da bo repatriirani prosilec za azil žrtev mučenja po 3. člen EKČP—je po svoji naravi spekulativna. Verjetnost, da se nekaj (ne) bo zgodilo, je skoraj nemogoče dokazovati.<sup>14</sup> Edini način, da se taka spekulativna sklepanja obtožbe in sodišča omejijo na mero, ki je še skladna z načelom zakonitosti

---

<sup>12</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) : *Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.*

<sup>13</sup> Primerljiva situacija v RS je nedavna novica o Andreju Šišku in njegovi tim. "vardi"...

<sup>14</sup> Ne samo, da je verjetnost, da se nekaj (ne) bo zgodilo nemogoče dokazovati, ker je pravo vedno osredotočeno na historične dogodke, nemogoče je v večini primerov kasneje preveriti, ali je bila ocena (ne)verjetnosti pravilna ali ne (*false positives/false negatives*). Če je npr. obdolženec v priporu zaradi ene od treh nevarnosti (begosumnost, iteracijska ali koluzijska nevarnost), je toliko manj možno ugotavljati, ali bi bil sicer zadostil eni od teh hipotetičnih nevarnosti. Isto velja pri repatriaciji azilantov. Če niso repatriirani, se ne more izvedeti, ali bi bili sicer zares izpostavljeni nevarnosti mučenja ali nevarnosti za svoje življenje. No, če so repatriirani npr. v Pakistan, Irak itd., pa se za njimi izgubi vsaka sled, to je, ESČP (kot sem to obrazložil v več svojih ločenih mnenjih) ne bo nikoli izvedelo, ali se je predmetna nevarnost dejansko materializirala.

(*nulla poena* itd.), je sklicevanje na nevarnost, ki je kot dejansko razvidna že nastala. Taka nevarnost mora biti konkretna.

Ad 9, 10, 11, 12) Pravilno je stališče Navodila VDT, da je tudi izvršitveni način z uporabo "grožnje, zmerjanja ali žalitev" opredeljen kot kaznivo dejanje s posledico (*result crime*). Dikcija 297. člena KZ RS je nomotehnično zgrešena, ker bi iz nje lahko izhajalo, da grožnja, zmerjanje ali žalitev za inkriminacijo zadoščajo –, ne da bi to za posledico imelo povzročitev konkretne verjetnosti.

Taka razlaga ne bi imela smisla. Ni razloga, da bi veljalo, da so "grožnje, zmerjanja ali žalitve" po svoji naravi bistveno bolj očitavne, kot to velja za samo spodbujanje sovraštva itd. Poleg tega bi v tem primeru govorili o iracionalnem podvajanju kaznivih dejanj kot so razžalitev itd. "Grožnje, zmerjanja ali žalitev" brez posledice v zunanjem svetu (konkretne nevarnosti za javni red in mir) bi se pravtako zvedle na "goli verbalni delikt".

Jasno, v konkretnem primeru vis-à-vis konkretnemu obdolžencu ni bilo niti spodbujaja k sovraštvu, nestrpnosti in nasilju –, niti ni bilo kakršnihkoli groženj, zmerjanja in žaljenja. Če pa so se dne 8. 12. 2017 na okrožnem sodišču zaslišane osebe počutile takó ali drugače prizadete, velja, da 297. člen KZ RS ne varuje osebnostnih pravic, to je, da *osebnostne pravice niso objekt njegovega varstva*.<sup>15</sup> Ugotoviti je zato, da so bila vsa omenjena zaslišanja, ki so merila le na osebno prizadetost zaslišanih, ki poleg tega niso določena ali vsaj določljiva ogrožena skupina, v osnovi tendenciozno speljana v napačno smer in zgrešena.

To med drugim kaže na brezupnost te kazenske zadeve in na verjetnost, da je ta proces v strogem pomenu te besede—montiran.

---

<sup>15</sup> Spomnimo npr. na skrajni primer. Tednik »Mladina« je pred časom na svoji naslovnici objavil sliko Brezjanske Matere božje. S fotomontažo so otroka na sliki (Jezusa, Božjega sinú) nadomestili s podgano. V takem primeru ne gre samo za napad na verska čustva tistih, ki jih izrecno varuje 41. člen ustave. To slovenski pravni red varuje po 35. členu ustave kot osebnostno pravico. V normalnem pravnem redu bi bilo to kaznivo dejanje blasfemije. Pravosodje se takrat ni odzvalo npr. zato, ker ta neprimerno hujši blasfemični napad ni predstavljal nevarnosti za javni red in mir.

# Navodilo Vrhovnega državnega tožilstva št. Ktr2/13-13-GHJ-T/vg z dne 27. 02. 2013 (Navodilo VDT)

Ker je Navodilo VDT—za praktične potrebe tožilcev—adekvaten povzetek mednarodne judikature (ESČP), ga navajamo v celoti. V Navodilu smo poudarili tisto, kar je za presojo predmetne zadeve odločilno.

## **ZADEVA: Pregon kaznivega dejanja Javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti po 297. členu KZ RS-1 – pravno stališče**

Na podlagi določbe 64. člena v zvezi z 62. členom Državnotožilskega reda je kolegij kazenskega oddelka Vrhovnega državnega tožilstva Republike Slovenije na svoji 43. seji, dne 27. 2. 2013 sprejel naslednje

pravno stališče

o pregonu kaznivega dejanja Javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti po 297. členu KZ RS-1

### 1. Sovražni govor in kaznivo dejanje po 297. členu KZ RS-1

Sovražni govor je družbeni pojav, ki presega meje kaznivega dejanja Javnega spodbujanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti po 297. členu KZ RS-1. Zato ni nujno, da vsaka zaznana oblika sovražnega govora, razširjanja predsodkov ali diskriminacije, čeprav protiustavna v smislu prvega odstavka 63. člena Ustave RS,<sup>16</sup> (že) izpolnjuje pogoje za kazenski pregon.

Pri oceni ali je podano kaznivo dejanje po prvem odstavku 297. člena KZ RS-1, kar smiselno velja tudi za dejanja po drugem do petem odstavku tega člena, je treba upoštevati, da ima to dejanje širši in ožji objekt varstva, kar mora biti v obravnavanih primerih razvidno tako iz ugotovljenega dejanskega stanja, kot iz opisa storjenega dejanja v obtožnem aktu. Največkrat bo mogoče ugotoviti, za katero dejanje gre, že z ugotovitvijo, kateri objekt varstva je bil napaden.

### 2. Objekt kazenskopravnega varstva in predmet napada

Širši objekt varstva (konkretna pravna dobrina, zoper katero je storjeno kaznivo dejanje) po 297. členu KZ RS-1 je javni red in mir, pa tudi strpnost in dostojanstvo (63. člen Ustave RS) in enakost ne glede na osebne okoliščine (14. člen Ustave RS), zamejena pa je svoboda

---

<sup>16</sup> Prvi odstavek 63. člena Ustave RS določa: »Protiustavno je vsakršno spodbujanje k narodni, rasni, verski ali drugi neenakopravnosti ter razpihovanje narodnega, rasnega, verskega ali drugega sovraštva in nestrpnosti.«

izražanja (39. člen Ustave RS). Ožji, neposredni objekt (predmet napada, zoper katerega se kaznivo dejanje izvršuje) pa je skupina oseb ali posameznik kot del skupine, ki je tarča sovraštva, nasilja ali nestrpnosti.

Glede ogrožanja ali kršitve javnega reda in miru je natančnejša razlaga podana v nadaljevanju. Že na tem mestu pa je treba opozoriti, da kaznivega dejanja po 297. členu KZ RS-1 v nobenem primeru ne more biti, če v posledici ravnanja storilca ni prišlo do ogrožitve ali motenja (kršitve) javnega reda in miru. Drugačna [t.j. nesistemska] razlaga bi pomenila uvedbo »golega verbalnega delikta«, kar ne more biti v skladu [1] niti z uvrstitvijo kaznivega dejanja v poglavje zakonika, ki varuje javni red in mir, [2] niti s posledicami, ki jih imajo druga, v tem poglavju določena kazniva dejanja, [3] niti z razmerjem do drugih kaznivih dejanj, v katerih so opredeljene podobne ali enake izvršitvene oblike (grožnje, zmerjanje, žalitve), pri katerih ne pride do širšega ogrožanja.

Kaznivo dejanje iz prvega odstavka 297. člena KZ RS-1 je storjeno le, če je spodbujanje ali razpihovanje usmerjeno zoper katero od družbenih skupin ali pripadnika teh skupin, ki so po značilnih (skupinskih) osebnih okoliščinah izrecno navedene. Iz narave teh okoliščin izhaja, da gre lahko le za take osebne lastnosti, ki posameznika uvrščajo v določeno, z enakimi posebnostmi opredeljeno skupino ljudi, ne pa take, ki bi bile lastne le njemu samemu. Te okoliščine (lastnosti) so lahko ali vnaprej dane ali pa so posledica družbenih razmer, vpliva okolja ali izraz človekove svobodne opredelitve, vendar morajo biti take narave, da trajneje opredeljujejo družbeni položaj posameznika. Iz namena Okvirnega sklepa Sveta EU 2008/913/PNZ, z dne 28. 11. 2008 [17] o boju proti nekaterim oblikam in izrazom rasizma in ksenofobije s kazenskimi sredstvi<sup>18</sup>, ki se v Republiki Sloveniji uveljavlja z določbami 297. člena KZ RS-1, izhaja, da gre praviloma za deprivilegirane, ogrožene oziroma ranljive družbene skupine. Skupino, ki je predmet napada, bo v obtožnem aktu treba jasno opisati po temeljnih lastnostih, ki jo opredeljujejo<sup>19</sup>, po potrebi pa tudi po kraju, kjer so se njeni člani nahajali

---

<sup>17</sup> EU 2008/913/PNZ, z dne 28. 11. 2008 (Okvirni sklep)

*Preambula*

(14) Ta okvirni sklep spoštuje temeljne pravice in upošteva načela, ki jih priznavata člen 6 PEU in Evropska konvencija o človekovih pravicah, zlasti člena 10 in 11 Konvencije, ter ki so izražena v Listini o temeljnih pravicah Evropske unije, zlasti v poglavjih II in VI Listine.

(15) Razmisleki v zvezi s svobodo združevanja in svobodo izražanja, zlasti pa svobodo tiska in svobodo izražanja v drugih medijih, so v mnogih državah članicah vodili do postopkovnih jamstev in posebnih pravil v nacionalni zakonodaji glede določitve ali omejitve odgovornosti.

*Člen 7: Ustavna pravila in temeljna načela*

1. Ta okvirni sklep ne spreminja obveznosti, ki izhajajo iz spoštovanja temeljnih pravic in temeljnih pravnih načel iz člena 6 Pogodbe o Evropski uniji,  vključno s svobodo izražanja in združevanja.

2. Ta okvirni sklep od držav članic ne sme zahtevati, da sprejmejo ukrepe, ki so v nasprotju s temeljnimi načeli v zvezi s svobodo združevanja in svobodo izražanja, zlasti svobodo tiska in svobodo izražanja v drugih medijih, kakor izhajajo iz ustavnih tradicij, ali s pravili, ki urejajo pravice in odgovornosti tiska ali drugih medijev in postopkovna jamstva zanje, kadar so ta pravila povezana z določitvijo ali omejitvijo odgovornosti.

<sup>18</sup> Okvirni sklep se v zgoraj citiranih določbah povsem jasno podreja EKČP in s tem vsem obveznim odločbam ESČP, poleg tega pa še nacionalnim (domačim) »ustavnim tradicijam«. Navodilo VDT se zato logično osredotoča na EKČP in ESČP. Okvirni sklep ne terja drugega kot inkriminacijo –, a pod konvencijskimi in ustavnimi predpogoji, ki državi članici Sveta Evrope omejujejo pravico do inkriminiranja in kaznovanja. Ti pravici ne moreta—po izrecni dikciji sklepa—kolidirati s svobodami (1) izražanja, (2) tiska in (3) združevanja.

<sup>19</sup> V obtožnem predlogu ODT ta skupina sploh ni, kakor bi morala biti, opredeljena. Če gre za ženske, ki se po svojih pričevanjih čutijo prizadete, je to nelogično, ker »ženske« niso v tem smislu »skupina«, še manj pa »ogrožena skupina.« Če gre za ženske, ki se čutijo prizadete, ker so že ali bodo abortirale—kar



v času storitve dejanja in drugih okoliščinah, iz katerih izhaja, da je zaradi usmerjenosti dejanja zoper tako skupino bil neposredno ogrožen javni red ali mir.

Varstvo po 297. členu KZ RS-1 pa ne zajema konkretnih dejanj, odločitev ali izjav posameznikov, povezanih z njihovim delom, družbenim ali političnem položajem, če s tem niso prizadeti kot pripadniki določene skupine s prepoznavnimi posebnimi lastnostmi. Velja pa nasprotno, take osebe s svojimi izjavami ali dejanji lahko storijo navedeno kaznivo dejanje.

### 3. Javno spodbujanje ali razpihovanje

Opredeljena mora biti javnost dejanja. Splošna podlaga je v 2. točki 2. člena ZJRM-1, po kateri je javni kraj »vsak prostor, ki je brezpogojno ali pod določenimi pogoji dostopen vsakomur«. Da k javnosti sodijo sredstva javnega obveščanja in spletne strani (svetovnega spleta), je razvidno iz tretjega odstavka 297. člena KZ RS-1, ki za take primere določa tudi odgovornost odgovornega urednika.

Dejanje je lahko storjeno v vseh oblikah komuniciranja po spletu, na forumih, blogih, z elektronsko pošto, če je poslana odprtemu krogu oseb in tudi, če je ta naslovljena na zaprt krog, če je iz okoliščin razvidno, da ja [sic] namen takega pisanja doseči (širšo) javnost.

Spodbujanje ali razpihovanje je treba razlagati po merilih, ki so že uveljavljena za širši pojem napeljevanja, ki je usmerjeno k večjemu (določenemu ali nedoločenemu) številu oseb, pri čemer ne more ostati povsem na splošni ravni, saj mora v razmerju do ogrožanja javnega reda in miru imeti značilnosti konkretno oblikovanega sovražnega, nasilnega ali nestrpnega govora, ki grozi s poškodbo zavarovanega objekta varstva.

### 4. Ogrožanje ali motenje javnega reda in miru

Zakonik zahteva, da mora biti spodbujanje ali razpihovanje storjeno na način, ki lahko ogrozi ali moti javni red in mir. Taka zahteva vključuje določeno raven konkretizacije sovražstva, 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.

Nevarnost je konkretna, če spodbujanje ali razpihovanje v konkretnih razmerah lahko povzroči fizično nasilje, zlasti pa tudi zares pride do kršitev, ki imajo znake (drugih) kaznivih dejanj ali prekrškov zoper javni red in mir, storjenih prav iz nagibov, ki so storilca vodili k izvršitvi kaznivega dejanja po 297. členu KZ RS-1. Če bo dejansko prišlo do motenja javnega reda in miru (s storitvijo prekrškov po ZJRM-1 ali s kaznivimi dejanji po KZ RS-1), bo zakonski znak izpolnjen v tej obliki in (prehodnega) ogrožanja ne bo treba posebej dokazovati. V navedenih okvirih bo ta zakonski znak treba opisati v izreku akta državnega tožilstva in njegov obstoj dokazno podpreti.

### 5. Uporaba grožnje, zmerjanja ali žalitev

---

bi logično morala biti ranljiva skupina—pa v obtožnem predlogu ODT sploh niso ne omenjene in kot take ne-poistovetene (ne-identificirane).

Kaznivo dejanje po 297. členu KZ RS-1 je lahko storjeno tudi z izvršitvenim načinom uporabe grožnje, zmerjanja ali žalitev. Pri razlagi teh pojmov je treba izhajati iz zakonskega opisa ustreznih kaznivih dejanj, pri čemer bo taka izvršitev po številu prizadetih oseb, obsegu, teži, grobosti in napadalnosti morala očitno presegati spodnjo mejo običajnih »deliktov žaljenja«. Iz celote zakonskega opisa kaznivega dejanja in njegove umestitve v poglavje, ki varuje javni red in mir, pa izhaja, da bo tudi ta izvršitveni način lahko podan le v primeru, če bo spodbujanje ali razpihovanje v smeri sovražnosti, nasilnosti ali nestrpnosti izraženo na taki stopnji, ki že sama po sebi ogroža ali moti javni red in mir.

## 6. Naklep

Naklep mora obsegati vse znake kaznivega dejanja: [1] javnost delovanja, [2] zavest o spodbujanju ali razpihovanju sovraštva, nasilja ali nestrpnosti, [3] usmerjenost zoper določeno skupino, opredeljeno po osebnih okoliščinah njenih pripadnikov, [4] vsaj zavedanje o možnosti nastopa konkretne nevarnosti za javni red in mir in [5] privolitev v tako posledico ali zavestno in hoteno uporabo grožnje, zmerjanja ali žalitev. [kognitivni element in posledično za *dolus eventualis*]

Posebna presoja bo potrebna glede naklepa pri izvršitvi dejanja s sredstvi javnega obveščanja in preko spleta. Tako delovanje praviloma ni naslovljeno na določen ali določljiv del javnosti in tudi ne na način, ki bi omogočal ugotovitev o naklepu k njihovi »mobilizaciji« v smislu konkretnega ogrožanja javnega reda in miru.<sup>20</sup>

## 7. Razmerje do drugih kaznivih dejanj in prekrškov

Iz narave kaznivega dejanja po 297. členu KZ RS-1 izhaja, da morata biti stopnja konkretne nevarnosti kršenja javnega reda in miru ali obseg že storjenih kršitev širši (hujši) kot pri prekrških po ZJRM-1, kjer gre praviloma za posamična dejanja, usmerjena zoper določen, ožji krog oseb.<sup>21</sup> Višja stopnja protipravnosti se praviloma kaže po obsegu in intenzivnosti dejanj, do katerih bi lahko prišlo zaradi storjenega kaznivega dejanja ali je do njih že prišlo. Razmerje med kaznivim dejanjem po 297. členu KZ RS-1 in prekrškom po ZJRM-1 bo zato praviloma razmerje med vzrokom in posledico. Enako velja za morebitna druga kazniva dejanja, storjena zaradi predhodnega spodbujanja ali razpihovanja sovraštva, nasilja ali nestrpnosti.

Ali bodo kazniva dejanja istih ali drugih oseb, storjena zaradi spodbujanja ali razpihovanja, predmet posebnih postopkov, ali pa združena v skupno obravnavanje z dejanjem po 297. členu KZ RS-1, bo

---

<sup>20</sup> To pomeni, da je npr. *primer Šiško* paradigmatična zadeva konkretne nevarnosti mobilizacije usmerjene proti ugotovljivi skupini ogrožanja. Iz primerjave je očitno, da *primer Strehovec* ne pade pod inkriminacijo, ki jo producira obtožni akt ODT.

<sup>21</sup> Tako, na primer, prvi odstavek 6. člena ZJRM -1 (v zvezi z 20. členom) določa: »Kdor izziva ali koga spodbuja k pretepu ali se vede ...«, prvi odstavek 7. člena pa: »Kdor se na javnem kraju prepira, vpije ali se nedostojno vede...«, kar praktično v vseh pojavnih oblikah po naravi stvari vključuje udeležbo omejenega kroga oseb, povezanih s konkretnim nasilnim, drznim ali nedostojnim vedenjem. [Iz gornjega na primer tudi očitno izhaja, da molitve pred ginekološko kliniko niso niti prekršek. Argumento a minori ad maius to pomeni, da še toliko bolj ne morejo biti kaznivo dejanje.]

odvisno od posebnosti vsake posamezne zadeve. Posebej bo potrebno preveriti tudi, ali so bili ustrezno obravnavani v povezavi s kaznivim dejanjem storjeni prekrški.

Če znaki kaznivega dejanja po 297. členu KZ RS-1 niso podani, bo treba preizkusiti obstoj podlage za pregon morebitnih drugih kaznivih dejanj, predvsem zoper življenje in telo, zoper človekove pravice in svoboščine ali zoper čast in dobro ime.

#### 8. Položaj oškodovanca

V sodni praksi je uveljavljeno stališče, da pri kaznivem dejanju Zbujanja narodnostnega, rasnega ali verskega sovraštva razdora ali nestrpnosti po takratnem 300. členu KZ RS posameznika kot pripadnika določene skupnosti, ko je bil sovražen govor usmerjen proti celotni skupnosti, ne pa specifično zoper posameznika, ni mogoče šteti za oškodovanca, saj s kaznivim dejanjem niso kršene njegove osebne pravice.<sup>22</sup>

Ni razloga, da tako stališče ne bi veljalo tudi po sprejemu KZ RS-1 in KZ RS-1B. Iz tega izhaja, da v podobnih primerih (prepovedanega govora, ki je usmerjen proti skupini) državni tožilec, ki se ni odločil za pregon zaradi kaznivega dejanja po 297. členu KZ RS-1, ovaditelju ne bo mogel dati pravnega pouka o prevzemu pregona, tudi če bi ta menil, da ima položaj oškodovanca. Če bo do zavrženja ovadbe prišlo, ker je podano kaznivo dejanje, ki se preganja na zasebno tožbo, pa bo državni tožilec oškodovanca na ustrezno pravno pot opozoril v obrazložitvi sklepa.

#### 9. Politika pregona

Pri izvajanju politike pregona za kaznivo dejanje po 297. členu KZ RS-1 je treba posebej upoštevati, da državno tožilstvo s kazenskim postopkom posega v ustavno zagotovljene pravice do svobode izražanja in svobode tiska. Zato mora v vsakem posameznem primeru presoditi tudi, ali je kazenski pregon nujen po merilu sorazmernosti in ob izhodišču, da mora biti uveljavljanje kazenske represije zadnje možno sredstvo za odpravo negativnih pojavov v družbi (načelo ultima ratio). [ultimum remedium]

Mirko VRTAČNIK  
vrhovni državni tožilec svètnik  
vodja oddelka

---

<sup>22</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 359/2005.

## Navodilo VDT in obtožni predlog ODT

št. Kt/9197/2016/GM/AP z dne 05. 04. 2018

Obtožni predlog ni v skladu z Navodilom VDT. Obtožni predlog ODT Marka Godca Navodila briskira v najmanj štirih pogledih.

### Prvič

ODT Marko Godec je podpisal obtožni akt, ki ne poistiveti ranljive skupine. Kot rečeno je objekt varstva 297. člena KZ RS (v skladu tudi z Okvirnim sklepom EU 2008/913/PNZ, z dne 28. 11. 2008) določena ranljiva družbena skupina. Če bi že govorili o (nedvomno) ranljivi družbeni skupini, bi to lahko bile samo ženske, ki želijo abortirati ali so že abortirale. Med predhodno zaslišanimi pričami, so sicer ženske (in en moški). Toda nobena od teh prič sebe ni identificirala kot v gornjem smislu prizadeto žensko. Je pa jasno da "ženske" kot družbena skupina niso manjšina ali kakorkoli drugače ogrožena družbena skupina.

### Drugič

ODT Marko Godec je podpisal obtožni akt, ki niti z besedo ne nakaže na to, (1) da je v vtoževani zadevi že nastala motnja v javnem redu in miru oz. (2) da je vsaj nastala nevarnost (verjetnost) za to, da bi bila javni red in/ali javni mir ogrožena. (3) Eksplicirana ni niti abstraktna še manj pa konkretna nevarnost.

### Tretjič

ODT Marko Godec se v nasprotju z Navodilom VDT po lastni navedbi sklicuje na poseg v "osebnostne pravice" vključno s pravico do časti in dobrega imena oškodovancev.

Objavljeni članek je po oceni ODT "že prešel na raven osebnega napada, iz katerega je razviden izključni namen sramotitve, zaničevanja ter širjenja sovraštva do drugače mislečih."

Vemo, da so osebnostne pravice—sam sem njihovo varstvo pred ESČP zagovarjal 18 let—predmet varstva zasebnega prava. Vemo tudi, da svoboda

izražanja, tiska itd. lahko kolidira z varstvom osebnostnih pravic, po slovenski ustavi (čl. 35), pa tudi (čl. 34) osebnega dostojanstva in varnosti. Toda ne samo, da so te pravice pred ESČP v primerjavi s svobodo izražanja, tiska itd. vedno v drugem planu<sup>23</sup>, v konkretnem primeru enostavno niso objekt varstva po 297. členu KZ RS.

### Četrtrič

ODT Marko Godec pod rubriko konkretne grožnje in motnje javnega reda in miru navaja:

(1) *“Glede na dejstvo, da se je nadalje vsebina članka širila po družbenih omrežjih ter spletnih straneh Nove24tv.si in je imela objava tudi konkretne negativne posledice v obliki žaljivih elektronskih sporočil, klicev ter komentarjev objavljenih na spletu in so neznanci na zvonec prostorov Legebitre narisali kljukast [sic] križ, pa je izpolnjen tudi kriterij, da je objava konkretno ogrozila javni red in mir.”*

(2) *“Ob tem ne gre spregledati, da storilec po objavi članka nadaljnjega poteka dogodkov ni mogel več sam obvladovati.”*

Ad1) Za ODT Marka Godca je, tako se zdi, konkretna nevarnost v tem, da je imela objava “konkretne negativne posledice” v obliki žaljivih sporočil itd. Ta konstrukt kaže na zaprepaščujoče pomanjkanje pravne logike. ODT pomeša “konkretno nevarnost” s “konkretnimi posledicami”. Konkretna nevarnost pa je v kazenskem pravu pojmovno zoperstavljena le abstraktni nevarnosti.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Glej [von Hannover v. Germany](#), 59320/00, judgment of 28 July 2005 (in moje ločeno mnenje); [Bohlen v. Germany](#), 53495/01, judgment of 19 February 2015 (in moje ločeno mnenje); [Ernest August von Hannover v. Germany](#), 53649/09, judgment of 19 February 2015 (in moje ločeno mnenje).

<sup>24</sup> Študentom v ZDA sem razliko pojasnjeval takole. Podjetnik, ki začne graditi tunel, se *in abstracto* zaveda, da pri vsaki gradnji takega objekta obstaja določljiva (statistično izkazana) verjetnost smrtne nesreče. Implicitno na tako verjetnost podjetnik pristaja.

To pa še ne pomeni, da je na stopnji eventualnega naklepa (ali zavestne malomarnosti) odgovoren za smrtne primere, ki bodo z določeno verjetnostjo v prihodnje nastali. Podobno velja za rudnike, za kesonsko bolezen pri gradnji mostov itd. Kazenska odgovornost določenih oseb v tem kontekstu nastane šele, ko se sproži konkretna vzročna zveza, s konkretnim dejanjem ali konkretno opustitvijo (npr. spregled količine metana v rudniku). Za tako nevarnost (in njeno materializacijo) pa ne more biti odgovoren podjetnik, čeprav se je že predhodno zavedal abstraktne nevarnosti izkazane s statistično verjetnostjo. Od abstraktne nevarnosti pa do njene materializacije v konkretno nevarnost je torej velik korak. Konkretna nevarnost mora biti izkazana z začetkom neke vzročne verige, ki se je že pričela materializirati. Glej npr. [Tatar v. Romania](#), 67021/02, judgment of 27. January 2009 (in moje

Toda morda je ODT Marko Godec meril na "konkretne posledice", ki ne le da konkretizirajo abstraktno nevarnost, marveč jo že udejanjajo? To bi pomenilo, da je motnja javnega reda in/ali miru po mnenju ODT že nastala? In v čem je potemtakem ta motnja? V tem, da je (1) prišlo do žaljivih sporočil itd. in v tem (2) da je so neznanci na zvonec "Legebitre" v Trubarjevi ulici 76a v Ljubljani narisali "kljukast" križ?

Kot vemo, "žaljivost sporočil" itd. ni objekt varstva po čl. 297 KZ RS. Kako pa naj bi "kljukast križ" na enem zvoncu enega naslova v Trubarjevi ulici v Ljubljani predstavljal (že) udejanjeno motnjo javnega reda in/ali miru?

Ad 2) Ni jasno, kaj je ODT Marko Godec hotel povedati s poudarkom češ, da storilec nadaljnjega poteka dogodkov ni več mogel nadzorovati. Pozitivna razlaga tega namena ODT bi v najboljšem primeru bila, da je oddolženec sprožil vzročno verigo. Odgovoren naj bi bil za prvi vzrok (karkoli to po mnenju ODT že je). Glede nadaljnjih posledica pa ODT sam navaja, da oddolženec za njih ne more biti odgovoren, ker jih ni obvladoval. Postavlja se torej vprašanje, ali jih je mogel predvideti. A tega niti en stavek v obtožnem predlogu ne naslovi.

## Upravičena pravna zмотa?

V skrajnem primeru—*ex abundate cautela*—navajamo, da se v svojem 31. členu KZ RS Republike Slovenije glasi:

(1) Storilec kaznivega dejanja, ki iz upravičenih razlogov ni vedel, da je to dejanje v nasprotju s pravom, ni kriv.

(2) Ni upravičenih razlogov iz prvega odstavka tega člena, če storilec ni vedel za pravna pravila, s katerimi bi se lahko seznanil pod enakimi pogoji kot drugi v širšem njegovem okolju ali pa je moral glede na svoje delo, vlogo ali siceršnji položaj poznati posebna pravna pravila.

(3) Če je storilec storil kaznivo dejanje v pravni zmoti, ki bi se ji lahko izognil, se sme kaznovati mileje.

Določba v spošnem delu—31. člen KZ RS—je skrajno nenavadna in sem jo (v Reviji Pravniki) kritiziral že ob sami uvedbi tega razloga za

---

odklonilno ločeno mnenje).

izključitev kazenske odgovornosti). Uvedel jo je kompromitirani sodelavec komunističnega režima —v koluziji z Milanom Kučanom— Ljubo Bavcon, ker je bilo takrat (pred osamosvojitvijo) verjetno, da bo prišlo do lustracije in pregona določenih kaznivih dejanj. To se je to pred ESČP v zadevi *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*<sup>25</sup> tudi zgodilo.

Pravna zmota kot razlog za izključitev kazenske odgovornosti ni sprejemljiva zato, ker—če jo sodišče upošteva—to implicitno pomeni, da je obdolžencu dana možnost, da s svojim subjektivnim dojemanjem falsificira objektivno veljavnost promulgirane pravne norme. Prva izjema v tem pogledu je bil ameriški primer *Lambert v. California*.<sup>26</sup> V ZDA pa tudi v Sloveniji je pravna zmota upoštevana, če se naslanja na objavljeno pravno razlago pristojnega organa—v pričujočem primeru Navodila VDT—, zaradi katerega je obdolženec upravičeno (“upravičeni razlogi”) domneval, da je njegovo dejanje dopustno, da ni inkriminirano.

Pri tem ni treba dokazovati, da obdolženec dejansko je/ni bil vedel za Navodilo VDT. (Ta so sicer notorno znana, ker so bila v medijih večkrat omenjena in obrazložena.) Če se namreč s presumpcijo *juris et de jure* domneva, da je obdolženec vedel za prepovedanost itd. določenega dejanja, se mora z isto logiko domnevati, da je vedel tudi za konkretizacijo prepovedi in za njene ekskulpativne razloge in/ali prvine.

## Obstoj konkretne nevarnosti po čl. 297 KZ RS

Že s stališča abstraktne dogmatične analize člena 297 KZ RS—brez konkretizirajočega Navodila Vrhovnega javnega tožilstva—je popolnoma

---

<sup>25</sup> [Streletz, Kessler and Krenz v. Germany](#), 34044/96, 355532/97, 44801/98, judgment of 22 March 2001 Gre za paradigmatični kontekst pravne znote. Protagonisti v DDR so se zanašali na obstoječo družbeno prakso nekaznivosti (*impunity*).

Toda angleški odvetniki, zagovorniki, se—ker so vedeli, da to ne more biti razlog za izključitev kazenske odgovornosti—v svojih vlogah in na javni obravnavi na ESČP niti z besedo niso dotaknili vprašanja pravne znote. Toda po isti obrnjeni logiki je sebi in drugim Ljubo Bavcon vnaprej zagotovil nekaznivost (*impunity*) za vsa kazniva dejanja, ki so bila storjena pred osamosvojitvijo.

<sup>26</sup> [Lambert v. California](#), 355 U.S. 255 (1957)

očitno, da mora biti za inkriminacijo obolženca izkazana vsaj verjetnost ogrožanja in/ali motenja javnega reda in miru. Te verjetnosti—niti abstraktne—v predmetni zadevi enostavno ni.

Obtožni predlog navaja, da naj bi npr. Eva Gračanin “bila deležna več žaljivih elektronskih sporočil, zaradi česar je večkrat jokala”, na zvoncu prostorov Legebitra na naslovu Trubarjeva 76a so narisali “kljukast križ”, kar je vse povzročilo “občutke zgroženosti, šoka, strahu in jeze, objavo članka pa so doživljali kot poseg v njihovo osebno integriteto in integriteto njihovih družinskih članov ter kot diskreditacijo v javnosti.”<sup>27</sup>

V obrazložitvi pravno zgrešenega in površnega obtožnega predloga, ki pojmovno in vsebinsko, kot bi morala biti, ni ločena od samega predloga, ODT Marko Godec povsem nedoločno navaja, “da se je nadalje vsebina članka širila po družbenih omrežjih ter spletnih straneh Nove24tv.si in je imela objava tudi konkretne negativne posledice v obliki žaljivih elektronskih sporočil, klicev ter komentarjev objavljenih na spletu in so neznanci na zvoncu Legebitre v Ljubljani narisali kljukast [sic] križ” s čemer naj bi bil “izpolnjen tudi kriterij, da je objava konkretno ogrozila in motila javni red in mir.”<sup>28</sup>

Ni moč razumeti, kako je na hišni zvonec narisana “kljukast križ”—čeprav je anatema—konkretno (ali celo *in abstracto*) ogrozil javni red in mir. Še manj je moč razumeti, kako je obdolženec lahko kriv za daljnjo posledico, ki z njegovim dejanjem—celo če bi v resnici bilo očitavno (*imputable*)—nima

---

<sup>27</sup> Obtožni predlog z dne 5. 4. 2018, str. 2

<sup>28</sup> Kar zadeva »širjenje po spletu« itd. glej za primerjavo nosilni precedens [Case of Delfi v. Estonia](#), 64569/09 z dne 13/06/2015: »We trust that this is not the beginning (or the reinforcement and speeding up) of another chapter of silencing and that it will not restrict the democracy-enhancing potential of the new media. New technologies often overcome the most astute and stubborn politically or judicially imposed barriers. But history offers discouraging examples of censorial regulation of intermediaries with lasting effects.« Judges Sajó and Tsotsoria, dissenting opinion.

Resen pomislek pri tem primeru je bila nedoločnost aplikabilnega zakona, v našem primeru torej povsem abstraktna določba 297. člena KZ RS.

Glej tudi moje ločeno mnenje, kolikor se nanaša prav na kolizijo osebnostnih pravic in svobode izražanja, tiska itd. Pri tem je treba poudariti, da so tudi pri nas osebnostne pravice varovane po *civilnem pravu* in da v 297. členu KZ RS prav zato niso objekt kazenskopravnega varstva. Glej Alojzij Finžgar, OSEBNOSTNE PRAVICE, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 1985 Tožilsko sklicevanje (stran 6 obtožnega predloga) na osebnostne pravice je zato *aberratio ictus*.



kakršnekoli predvidljive vzročne zveze. Vzročna veriga, kot pogoj za obdolženčvo krivdo, ne more segati v nedogled.<sup>29</sup>

## Navodilo VDT in doktrina o sorazmernosti ESČP

Kot rečeno, Navodilo vrhovnega državnega tožilstva skratka o tem, da nevarnost ne more biti abstraktna, to je, da mora biti konkretna (in torej konkretizirano izkazana/dokazana), ne izhaja iz tožilskega neodvisnega (arbitrarnega) stališča ODT.

Mednarodna judikatura v tem pogledu ima za svoj zgodovinski izvor zadevo *Brandenburg v. Ohio* (glej spodaj). V tej zadevi je ameriško vrhovno sodišče izrecno zavzelo stališče, da je svobodo javnega govora mogoče omejiti samo, če je prisotna točno tista okoliščina, ki jo navaja tudi 297. člen KZ RS, namreč jasna in konkretna nevarnost: *clear and present danger*.

Začenši najmanj z zadevo *Stankov and Ilinden v Bulgaria*<sup>30</sup> se je tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) postavilo na isto stališče. Apriori, svobode govora in svobode združevanja (*freedom of speech and freedom of association*) kot govora in kot združevanja apriori ni mogoče omejevati.

To omejevanje—v načelu sploh nedopustno—se na EKČP presoja po drugem odstavku členov 9, 10 in 11 Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP).

Komaj dopustne izjeme v smislu omejevanja (*interference*) s stališča Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) morajo biti 'sorazmerne', kar je kurantni test na Evropskem sodišču za človekove pravice v Strasbourgu (ESČP: *proportionality test*).

Iz tega logično sledi, da mora domače sodišče izjemoma (!) pri omejevanju (*interference*) teh pravic obvezno in po merilih ESČP presojati

---

<sup>29</sup> To je bil eden od razlogov, zaradi katerih bi estonsko podjetje »Delfi« ne moglo biti odgovorno za tisto, kar se je žaljivega dogajalo na njihovem portalu. [Delfi AS v. Estonia](#), 64569/09, judgment of 16 June 2015

<sup>30</sup> [Stankov and Ilinden v. Bulgaria](#), 29221/95, 29225/95, judgment of 2 October 2001

ravnotežje (*proportionality, balancing test*) med ciljem (*aim*) in sredstvom (*means*) za doseganje tega cilja.

Cilji in nameni so taksativno (*exhaustive enumeration*) naštetih v 2. odstavku zgoraj omenjenih členov EKČP in podlegajo judikaturi ESČP. Sredstva za doseganje teh ciljev v EKČP seveda ne morejo biti taksativno naštetih. Ker pa so točno naštetih sami cilji v gornjih členih EKČP primarna norma, iz tega logično izhaja, da so so dopustna sredstva sekundarna tj. instrumentalna norma. Ker instrumentalna norma služi primarni normi, ki po teleološki razlagi določa njen obseg in namen, to determinira domet dopustnosti posegov v človekove pravice: tako po EKČP kot po Ustavi Republike Slovenije.

Tu gre za uravnoteževanje (*balancing*) med pravicama govora in združevanja, ki sta tako ustavni kot človekovi pravici po ustavi in po EKČP, na eni—ter varstvom nacionalnega (domačega) javnega reda in miru na drugi strani.

Ker sta obe pravici kategorični in apriorni, je prag za vmešavanje države postavljen izjemno visoko. Ta konkretizirana višina je obenem minimalni standard domačega varstva (*domestic protection*) pravice izražanja in združevanja v vseh državah podpisnicah EKČP (*signatory states*).

Napad države na svobodo izražanja je možen na dva načina, od katerih je eden absolutno in drugi relativno prepovedan. (1) Predhodna cenzura (*prior restraint*), o kateri de jure sploh ni več govor, je absolutno prepovedana. (2) Cenzura *a posteriori* je točno to, kar se dogaja v predmetni zadevi pod firmo "sovražnega govora", tj. čistega verbalnega delikta kot po čl. 133 KZ SFRJ.

## Proces proti obdolžencu je montiran

Tu je več kot očitno, da ima arbitraren in brezpredmeten pravni napad na obdolžence—slabo montirani proces—za svoj namen instalirati strah in s tem naknadno autocenzuro. Nad to manipulacijo s kazenskim pravom smo toliko bolj zaprepaščeni, ker na perfiden način poskuša v javnosti instalirati postkomunističen strah (verbalni delikt!) in s tem poprej opisani *prior restraint*. Avtocenzura, kot vemo izpod komunističnega režima, je najboljša oblika predhodnega omejevanja svobode izražanja.<sup>31</sup>

Če bo pravni sistem tak namen in tak učinek dovolil zdaj, se računa s tem, da se bodo preganjani protagonisti v prihodnje vzdržali svobode izražanja in svobode združevanja. Tako naj bi a posteriori obtožba in/ali obsodba v prihodnje imeli aprioren (*prior restraint*) učinek. Jasno je, da je to sprevrženje ustavnega in konvencijskega *rationis legis*. O zlorabi selektivnega obtoževanja več v nadaljevanju.

Poleg tega ovaditeljem (domnevnim oškodovancem) v predmetni zadevi ni bila kršena nobena človekova ali ustavna pravica.<sup>32</sup> Oziroma,

---

<sup>31</sup> V vprašanje o tem, kaj se bo—če bo prišlo do obsodilne sodbe—po tem zgodilo na Evropskem sodišču za človekove pravice, se sploh ne spuščamo. Obtožba bo morala pasti že na prvi instanci. Za to perfidno manipulacijo s kazenskim pravom, bo država morala odškodninsko odgovarjati po čl. 26. Ustave RS.

<sup>32</sup> Če naj bi šlo za napad na pravico do "svobodnega odločanja o rojstvih otrok" (55. člena ustave RS), je vprašanje brezpredmetno. Aktivnosti obdolžencev svobode tega odločanja nikakor ne morejo ne ovirati in ne preprečiti. Ozaveščanje o moralni nesprejemljivosti in škodljivosti (čeprav ustavno sprejemljivega) abortusa ostaja na verbalni demonstrativni ravni, svobodo odločanja pa lahko prepreči le faktično oviranje. Samo ozaveščanje pa je integralni del svobode veroizpovedi po 41. členu ustave RS.

Je pa ob tem treba poudariti, kako je tu Ustava RS sama s seboj v protislovju. Govoriti o tem, da imajo državljani pravico do svobodnega odločanja o (ne)rojstvih svojih otrok, je *contradictio in adiecto*.

Če namreč post-komunistična Ustava govori o rojstvih še nerojenih *otrok*, je jasno, da Ustava tem *otrokom*, ki so embriološko tedaj vendarle še embriones oz. foetus, priznava pravno subjektiviteto. (Beseda "otrok" v členu 55 je ista beseda kot besede "otrok" in/ali "otroci" v 52., 53., 54. in 56. členu ustave.)

Iz tega logično neogibno sledi, da 55. člen ustave, ki ne govori o preprečevanja rojstev ne-otrok (*scit*: embryo, foetus), govori o nekom (ne: o nečem), ki je že *otrok*. Tak *nasciturus* je tudi po dednem in drugih pravih že pravni subjekt. Če pa je pravni subjekt (človek), mu že po ustavi pripada pravica do življenja po 17. členu: nedotakljivost človekovega življenja. Snovalci ustave so se s tem zapletli v protislovje sami s seboj. Če bi hoteli legalizirati abortus, ne bi bili smeli govoriti o 'otrokih'. Morali bi bili govoriti o "svobodnem odločanju o abortiranju (uničenju) zarodkov". Tega niso storili, ker to ni bilo dovolj leporečno. Uporabili so eufemizem in se s tem zapletli v protislovje.

Ključno vprašanje, ki se ga ne zavedajo, je, ali zarodku priznavamo pravno subjektiviteto. Takoj ko jo implicitno priznamo, je otrok subjekt vseh ustavnih in konvencijskih pravic, zlasti seveda pravice do življenja po 2. členu EKČP in po 17. členu Ustave.

pravica do dostojanstva, časti itd. je opredeljena kot negativ svobode izražanja (in združevanja). Posamezniki in skupine opredeljeni v 297. členu KZ RS so prisiljeni prenašati vsakršne verbalne itd. napade toliko, kolikor ti napadi resno in konkretno (*clear and present danger*) ne ogrožajo javnega reda in miru.<sup>33</sup>

Stališče vrhovnega javnega tožilstva torej ni naključno. Čeprav se na te pravne vire ne sklicuje, je stališče adekvaten odraz mednarodne judikature (nepravilno: "sodne prakse").

Ta judikatura (*case law*) je za Republiko Slovenijo—podobno kot judikatura ustavnega sodišča po 1. členu zakona o ustavnem sodišču—brezprizivno obvezna. Ta mednarodna obveznost Republike Slovenije (*the binding nature of judgments of the ECtHR*) je zavezujoča *inter partes* in de facto tudi *erga omnes*.<sup>34</sup>

To je pomembno, ker ne okrožni državni tožilec in ne okrožno sodišče v tej kazenski zadevi ne more in ne sme kršiti minimalnih standardov svobode izražanja in združevanja. Sodbe mednarodnega sodišča so za nju neposredno obvezna in predstavljajo integralni del notranjega pravnega reda. Ker se to kot rečeno adekvatno odraža v stališču vrhovnega državnega tožilstva (Navodilo VDT), to seveda tudi pomeni, da stališče ni neobvezno priporočilo državnim tožilcem v Sloveniji. Gre za obvezujoče stališče, ki ne izhaja iz monokracije vrhovnega tožilstva Republike Slovenije; izhaja iz veljavnih mednarodnih aktov (EKČP) in judikature, ki na njih temelji. Povedano bolj neposredno, to pomeni, da bo obsodilna sodba v predmetni zadevi morala pasti že na višjem sodišču in v domačem pravnem redu najkasneje na ustavnem sodišču.

To odpira dve širši vprašanji. Po eni strani gre za vprašanje, v kolikšni meri se slovenski pravosodni organi judikature ESČP sploh zavedajo.

---

<sup>33</sup> Primerjaj [Mladina, d.d. Ljubljana v. Slovenia](#), 20981/10, sodba z dne 15. marca 2014 (slovenski prevod)

<sup>34</sup> Podrobneje glej B.M. Zupančič, ON THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Knjiga je (v angleškem in francoskem jeziku) je trenutno še v tisku, a bo izšla pred koncem koledarskega leta.

Po drugi strani—in še zlasti, če se dejansko je zavedajo vsaj preko navodil vrhovnega državnega tožilstva—gre za vprašanje selektivnega obtoževanja (*selective prosecution*).

## ODT je vedel za navodila vrhovnega javnega tožilstva

Na prvo vprašanje je odgovor jasen. Velja presumpcija, da se okrožni državni tožilec kljub nominalni neodvisnosti itd.—če se že ne zaveda njihovega pravnega vira—zaveda vsaj omenjenih (zaradi tega) obveznih navodil.

## Selektivno (arbitrarno) obtoževanje in čl. 257 KZ RS

Implikacija pri selektivnem obtoževanju je tožilčeva arbitrarnost. Kaznivo dejanje zlorabe uradnega dejanja ali uradnih pravic<sup>35</sup> po 257. členu kazenskega zakonika je *delictum proprium*, ki ga lahko zakrivi le uradna oseba.

Okrožni državni tožilec Marko Godec je taka oseba. Dejanje je mogoče storiti le s specialnim naklepom (*dolus specialis*), to je v konkretnem primeru, da je uradna oseba želela obdolžencu povzročiti škodo in/ali da je hotela domnevnim “oškodovancem” pridobiti nepremoženjsko korist (zadoščenje ob obsodbi zagovornikov pravice do življenja nerojenih otrok).

Res je, kot rečeno, da se v obeh primerih zahteva naklep (*dolus specialis*). Ta je v predmetni zadevi nedvomno podan, ker je bila obtožba sproducirana pod pritiskom in v koluziji s specifičnim sektorjem javnosti (tim. abortivni lobby).

Eventualni naklep (*dolus eventualis specialis*) predpostavlja zavest, da bo do prepovedane posledice z gotovostjo prišlo. Polni, sto-odstotni kognitivni element, to je vednost, praviloma implicira minimum volitivnega elementa, to

---

<sup>35</sup>Čl. 257 KZ RS

(1) Uradna oseba ali javni uslužbenec, ki, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobila kakšno nepremoženjsko korist ali da bi komu prizadejala [premoženjsko ali nepremoženjsko] škodo, izrabi svoj uradni položaj ali prestopi meje uradnih pravic ali ne opravi uradne dolžnosti, se kaznuje z zaporom do enega leta.

(2) Če storilec z dejanjem iz prejšnjega odstavka povzroči večjo škodo ali huje prekrši pravice drugega, se kaznuje z zaporom do treh let.

je, kot spodaj navajamo, najmanj "sprijaznjenje" s prepovedano posledico (*acquiescence*).

Opisano stališče vrhovnega državnega tožilstva je bilo v širši javnosti že večkrat objavljeno in je torej notorno dejstvo. Ker pa gre za *delictum proprium* obenem velja, da je uradna oseba (okrožni državni tožilec) za navodila vedela in morala vedeti.<sup>36</sup> V tem primeru je pravni pojem, ki pride v ozir koluzija (*collusion, connivance*), ki implicira sotorilstvo z direktnim naklepom.

Zaradi gornje gotôvosti zavedanja je očitno, da se je bil storilec k.d. po 257. členu KZ RS (uradna oseba, okrožni državni tožilec) s posledico vnaprej vsaj sprijaznil. Táko sprijaznjenje (*acquiescence*) je nosilni element in za eventualni naklep ODT zadošča.

---

<sup>36</sup> Če se uradna oseba v taki situaciji brani, da s temi informacijami ni bila seznanjena—ker mora iti za presumpcijo seznanjenosti (*delictum proprium*)—je dokazno breme, da za stališče vrhovnega državnega tožilstva ni vedela, na predmetni uradni osebi. To bo seveda *probatio diabolica*.

## Sklep

### Prvič.

Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani je dne 16. 06. 2018 pri Okrajnem sodišču v Ljubljani vložilo predlog za preiskavo (za posamezna preiskovalna dejanja) v skladu s čl. 431 Zakona o kazenskem postopku (ZKP), češ da obstaja utemeljen sum, da sta dr. Tadej Strehovec in Zavod za družino in kulturo življenja storila kaznivo dejanje po členu 297 KZ RS. ODT Marko Godec –, vedé in zavajajoče navaja, da sta storilca (personalni stek: dr. Tadej Strehovec) s tem, ker naj bi zgolj "javno spodbujala in razpihovala sovraštvo in nestrpnost" že storila k.d. po čl. 297 KZ RS. (Sintagma "javno razpihovanje sovraštva, nasilja ali nestrpnosti" se dvakrat ponovi v prvem in drugem odstavku predloga.)

Predlog je podpisal ODT Marko Godec. Predlog ne navaja zahtevanih znakov k.d. po 297. členu KZ RS. S tem je povsem očitno umanjkal utemeljeni sum kot bistveni predpogoj za uvedbo preiskovalnih dejanj. Predpostavlja se, da je ODT Marko Godec bil določno vedel, da je predlog vložil brez materialnopravne osnove. S tem je storil k.d. po členu 257 KZ RS.

### Drugič

Po določbah XXV. poglavja ZKP se smiselno uporabljajo druge določbe ZKP, kolikor ni v samem poglavju določeno drugače. To pomeni, da bi moralo dalje Okrajno sodišče preskusiti, ali v zadevi obstaja utemeljeni sum glede znakov k.d. po 297. členu KZ RS.

V zadevi pod št. I Kpd 28491/2017 je Okrožno sodišče v Ljubljani po tem dne 31. 08. 2017 dr. Tadeju Strehovcu poslalo "obvestilo osumljencu". Podpisana je Maša Mrkun, višja pravosodna svetovalka (VPS: za sodnico Mojco Cigale Kršinar).

Ob povsem očitni odsotnosti zahtevanih znakov k.d. po čl. 297 KZ RS se predpostavlja, da sta VPS Murkunova in sodnica Cigaletova vedeli ne le, da ne obstaja utemeljeni sum, ampak da kaznivega dejanja brez bistvenih znakov po 297. členu KZ RS sploh ne more biti. Zaradi zlorabe začetega kazenskega postopka z očitnim umanjkanjem znakov bistvenih za k.d. po 297. členu KZ RS

se postavlja isto vprašanje njune odgovornosti za k.d. po čl. 257 KZ RS. Obe sta bili pristojni za preskus obtožnega predloga (glede obstoja utemeljenega suma), a tega nista storili.

### Tretjič

Dne 24. 08. 2018 je okrajna sodnica Polona Kukovec obd. Dr. Tadeju Strehovcu podpisala "vabilo obdolžencu na predobravnavni narok". Polona Kukovec je takisto vedela, da v dejanskem stanju zadeve niso podani kategorično zahtevani elementi k.d. po 297. členu KZ RS.

### Četrtič

Sodnica Polona Kukovec je dne 24. 08. 2018 pri Okrajnem sodišču v Ljubljani predsedovala predobravnavnemu naroku zoper dr. Tadeja Strehovca in Zavod za družino in kulturo življenja. Obtožbo je zastopala okrajna državna tožilka Ana Kirm. Za obe, tudi za Kukovčevo in Kirmovo se predpostavlja (*praesumptio juris et de iure*), da sta določno vedeli, da se predobravnavni narok odvija brez kakršnegakoli utemeljenega suma in sploh brez pravnega temelja v 297. členu KS RS.

### Petič

Iz zgoraj navedenega izhaja, da so v tem očitno montiranem procesu ODT Marko Godec, ODT Ana Kirm, VPS Maša Mrkun, sodnici Polona Kukovec in Cigale-Kršinarjeva v sosterilstvu storili k.d. zlorabe uradnega položaja ali uradnih pravic po 257. člen KZ RS.

### Šestič

(a) Zgoraj imenovani so, da bi dr. Tadeju Strehovcu in Zavodu za kulturo življenja prizadejali premoženjsko in nepremoženjsko škodo, (1) izrabili svoj uradni položaj pravosodnih funkcionarjev in (2) očitno prestopili meje svojih tožilskih in pravosodnih pravic.

(b) Zgoraj imenovani so, da bi domnevnim oškodovankam—s tem ko so (1) izrabili svoj uradni položaj pravosodnih funkcionarjev in (2) očitno prestopili meje svojih tožilskih in pravosodnih pravic in pooblastil—pridobili nepremoženjsko korist. Ta nepremoženjska korist naj bi po njihovem direktnem



naklepu bila v nematerialnem zadoščenju, ker naj bi jim bile (v najslabšem primeru) kršene osebne pravice.

(c) Zgoraj imenovani so imeli namen (*dolus specialis*), da z montiranim kazenskim procesom utišajo dr. Tadeja Strehovca in Zavod za kulturo življenja, to je, da obema krátijo pravico do svobode izražanja, svobodo vesti in da z zlorabo pojma "sovražni govor" (brez ogrožanja javnega reda in miru) ponovno vzpostavijo "politično nekorekten" verbalni delikt in v posledici tudi avtocenzuro, ki bi temeljila na strahu pred kazenskim pregonom.

## Sedmič

V to se v tej fazi postopka podrobneje ne bomo spuščali, a 257. člen KZ RS ima svoj korelat v 26. členu Ustave.

26. člen  
(pravica do povračila škode)

Vsakdo ima pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja.

Oškodovanec ima pravico, da v skladu z zakonom zahteva povračilo tudi neposredno od tistega, ki mu je škodo povzročil.

Podpis:

Prof. dr. Boštjan M. Zupančič