



USTAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

Broj: U-III-2588/2016

Zagreb, 8. studenoga 2016.

Ustavni sud Republike Hrvatske, u sastavu Miroslav Šeparović, predsjednik te suci Andrej Abramović, Mato Arlović, Snježana Bagić, Branko Brkić, Mario Jelušić, Lovorka Kušan, Josip Leko, Davorin Mlakar, Rajko Mlinarić, Antun Palarić i Miroslav Šumanović, u postupku koji je ustavnom tužbom pokrenuo Josip Šimunić iz Zagreba, na sjednici održanoj 8. studenoga 2016. donio je

O D L U K U

Ustavna tužba se odbija.

O b r a z l o ž e n j e

I. POSTUPAK PRED USTAVNIM SUDOM

1. Dopuštenu i pravodobnu ustavnu tužbu podnio je Josip Šimunić iz Zagreba, bivši igrač hrvatske nogometne reprezentacije, a sada trener (u daljnjem tekstu: podnositelj).

Podnositelj u ustavnoj tužbi tvrdi da su mu presudom Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske broj: JŽ-188/2016 od 27. siječnja 2016. (u daljnjem tekstu: osporena presuda), povrijeđena ustavna prava zajamčena člancima 14. stavkom 2., 16., 29. stavicama 1. i 4., te člankom 38. stavicama 1. i 2. Ustava Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.).

1.1. Osporenom presudom odbijena je žalba koju je podnositelj podnio protiv presude Prekršajnog suda u Zagrebu broj: PpJ-4877/13 od 8. prosinca 2015. (u daljnjem tekstu: prvostupanjska presuda), dok je usvojena žalba ovlaštenog tužitelja Općinskog državnog odvjetništva u Zagrebu u odnosu na visinu izrečene novčane kazne na način da mu je za prekršaj utvrđen u prvostupanjskoj presudi izrečena novčana kazna u iznosu od 15.000,00 kuna.

Prvostupanjskom presudom podnositelj je proglašen krivim za počinjenje djela prekršaja opisanog po članku 4. stavku 1. podstavku 7. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima ("Narodne novine" broj 117/03., 71/06., 43/09. i 34/11., u daljnjem tekstu: ZoSNŠN), a kažnjivog po članku 39.a stavku 1. točki 2. ZoSNŠN-a. Podnositelju je izrečena novčana kazna u iznosu od 5.000,00 kuna i obveza naknade troškova prekršajnog postupka u paušalnom iznosu.

2. Za potrebe ustavnosudskog postupka zatražen je na uvid spis predmeta Prekršajnog suda u Zagrebu broj: PpJ-4877/13.

II. ČINJENICE I OKOLNOSTI PREDMETA

3. Prvostupanjski sud je, utvrdivši sve relevantne činjenice, na temelju provedenih dokaza tijekom postupka, ocijenio da su se u inkriminiranom ponašanju podnositelja ostvarila sva bitna subjektivna i objektivna obilježja djela prekršaja koje mu je stavljeno na teret. Utvrđeno je da je podnositelj:

"dana 19. studenog 2013. godine, oko 22,15 sati, u Zagrebu, Maksimirska 128, na stadionu Maksimir, nakon službenog završetka utakmice nogometnih reprezentacija Republike Hrvatske i Republike Island, za vrijeme dok su se na stadionu još uvijek nalazili navijači, uzeo mikrofon i izišao na središnji dio travnjaka, okrenuo se prema gledateljima, te uzviknuo 'Za dom', na što su gledatelji ozdravili sa 'Spremni', iako svjestan da uzvik 'Za dom' uz odzdrav 'Spremni', simbolizira službeni pozdrav za vrijeme totalitarnog režima Nezavisne države Hrvatske, te kao takav predstavlja manifestaciju rasističke ideologije, prezir prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti, te trivijaliziranje žrtava zločina protiv čovječnosti, nakon čega je s uzdignutom rukom, ponovno, okrenut prema gledateljima, uzviknuo 'Za dom', na što su gledatelji odgovorili sa 'Spremni', odnosno, isto se ponovilo tri puta,

dakle, dobacivao gledateljima poruke, čiji sadržaj potiče mržnju na temelju rasne, nacionalne i vjerske pripadnosti".

3.1. Odgovornost podnositelja za počinjenje djela prekršaja opisanog i kažnjivog na temelju odredaba ZoSNŠN-a navedenih u točki 6. obrazloženja ove odluke, prvostupanjski je sud obrazložio između ostalog sljedećim:

"Sud nije uvažio obranu okrivljenika, budući je tijekom postupka utvrđeno, a što je jasno vidljivo iz video snimke događaja od dana 19. studenog 2013. godine, da je okrivljenik počinio djelo prekršaja koje mu se stavlja na teret u optužnom prijedlogu. Naime, događaj se zbivao na stadionu Maksimir, nakon službenog završetka utakmice, kada okrivljenik uzima mikrofon, izlazi na središnji dio travnjaka, te okrenut prema gledateljima, obraća se istima, upućujući im uzvik 'Za dom', iako je trebao znati i biti svjestan, imajući, pri tome, u vidu mjesto na kojemu je upućivao ovaj pozdrav, kakvu će to reakciju izazvati kod gledatelja, koji su na njegov uzvik 'Za dom' odvratili sa odzdravom 'Spreman'. Međutim, iako je čuo što su gledatelji odgovorili, još im se tri puta obraća na isti način, odnosno, sa uzdignutom rukom u vis, uzvikuje 'Za dom', na što gledatelji odzdravljaju sa 'Spreman'. Prema tome, sve navedene, odnosno, okolnosti samog događaja, dakle, mjesto počinjenja prekršaja, način i komunikacija okrivljenika sa gledateljima, ukazuju na to da je okrivljenik, prema gledateljima, na sportskom natjecanju, upućivao poruke čiji sadržaj potiče mržnju na temelju rasne, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti, budući se uzvik, odnosno, pozdrav 'Za dom' uz odzdrav 'spremni' koristio kao službeni pozdrav totalitarnog režima Nezavisne države Hrvatske, te je kao takav ukorijenjen kao simbol rasističke ideologije, uz izraženi prezir prema drugim ljudima, zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti, te trivijaliziranja žrtava protiv čovječnosti. Nadalje, sam pozdrav 'Za dom', što je činjenica, i koju je okolnost u svojem izlaganju naveo profesor Josip Jurčević, je stari hrvatski pozdrav zastupljen i ukorijenjen u hrvatskom narodu, budući se može promatrati, kako to isti navodi, sa dva aspekta, jedan je smisleni bez povezivanja s povijesnim vremenom, te iz toga aspekta nema nikakve veze sa rasizmom, već se odnosi isključivo na dom, dakle braniti, čuvati dom, te u njemu nema agresivnosti, niti je adresiran na neku drugu rasu ili društvenu grupu, već je

isključivo povezan sa domom i svim izvedenicama u kojima je osnova korijen riječi dom ili za dom, a druga je dimenzija, povijesna, jer se radi o starom hrvatskom izrazu, koji se koristio u najrazličitijima prigodama i situacijama tako da ga možemo naći u svim vidovima društva od pjesništva i umjetnosti do političkog, društvenog života, ovisno o situaciji, što se tako isto može vidjeti na primjeru opere Ivana Plemenitog Zajca, Nikola Šubić Zrinski, gdje se taj izraz učestalo koristi, koje djelo je najizvođenije do danas od 19.st., te da se uzvik 'Za dom' vrlo često koristio u hrvatskom obrambenom ratu tijekom srbijanske oružane agresije, a također je ovaj pozdrav unesen, zapravo, vezan za niz hrvatskih oružanih postrojbi, odnosno, vezanje za njihovu simboliku. Također je Josip Jurčević naveo da je NDH, kao i svi totalitarni režimi, koristili sva obilježja i ono što je bilo utjecajno tradicijski u narodu, pa je i izraz 'Za dom' jedan od masovno najutjecajnijih izraza, a službeno najčešće 'Za dom i poglavnika', naglašavajući Hrvatska nikada nije vodila napadački rat, već isključivo obrambeni, pa je razumljivo da je izraz 'Za dom' u svim izvedenicama bio korišten, ali uvijek u značenju obrane, defanzivno, a nikada u ofanzivnom smislu, dakle, radi se o starom hrvatskom, tradicijskom pozdravu.

Međutim, u konkretnom slučaju, pozdrav 'Za dom', imajući u vidu sve okolnosti vezane uz isti, dakle, mjesto na kojemu ga je okrivljenik uzvikivao, način i njegova komunikacija s gledateljima, koji su na njegov prvi pozdrav 'Za dom', odgovorili sa 'Spremni' te ponavljanje istoga još tri puta, iako je jasno čuo kakvu je reakciju, kod gledatelja, izazvao uzvik 'Za dom', kada ga im je prvi put uputio, međutim, nastavlja i dalje uzvikivati isto prema gledateljima, na što su mu oni, svaki put, odgovorili sa 'Spreman', pa je nedvojbeno, da je pozdrav 'Za dom', od strane okrivljenika, bio upućen gledateljima s ciljem, odnosno, jasno ih je pozvao, tj. poticao, da na njegov pozdrav 'Za dom' odgovore sa 'Spremni, što se, kao službeni pozdrav koristio za vrijeme totalitarnog režima Nezavisne države Hrvatske, pri čemu je potrebno naglasiti da je Republika Hrvatska, između ostalog, potpisnica Konvencije Ujedinjenih naroda o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, a također je isto stajalište izraženo i u presudi Europskog suda za ljudska prava, Sugg i Dobbs, u kojoj je, između ostalog, navedeno, da je zabrana rasističkog govora od temeljnog značenja u demokratskom društvu."

- 4.** Odlučujući o žalbi podnositelja, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske u cijelosti je prihvatio činjenična utvrđenja i pravna stajališta prvostupanjskog suda, potvrdio prvostupanjsku presudu (osim u dijelu koji se odnosi na prekršajnu sankciju), a u obrazloženju osporene presude naglasio i sljedeće:

"Naime, iz obrazloženja pobijane presude razvidno je da je prvostupanjski sud cijenio iskaz vještaka prof. dr. sc. Josipa Jurčevića, dovodeći ga u vezu s obranom okrivljenika i okolnostima pod kojima je počinjen predmetni prekršaj, kao i sa ostalim izvedenim dokazima, u skladu s odredbom članka 185. stavka 7. Prekršajnog zakona, nakon čega je, analitički razmotrivši izvedene dokaze, temeljem slobodne ocjene dokaza, izveo zaključak o krivnji na strani okrivljenika pa je ovaj Sud ocijenio da žalba zbog bitne povrede odredaba prekršajnog postupka nije osnovana.

Nadalje, suprotno žalbenim navodima okrivljenika, ovaj Sud je našao da je prvostupanjski sud u potpunosti i točno utvrdio činjenično stanje, te na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja pravilno primijenio materijalnu prekršajnu odredbu, označivši djelo okrivljenika kao prekršaj iz članka 39.a stavka 1. točke 2. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima.

Naime, ovaj Sud je utvrdio da je prvostupanjski sud opravdano, nakon analize obrane okrivljenika Josipa Šimunića, te uvida u video snimku predmetnog događaja, imao dovoljno osnova za zaključak da je okrivljenik kritične zgrade počinio prekršaj iz članka 39.a stavka 1. točke 1. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima. Prvostupanjski je sud, sukladno odredbi članka 88. stavka 2.

Prekršajnog zakona, sve provedene dokaze slobodno cijenio, kao što je slobodno cijenio i postojanje svih relevantnih činjenica, pri čemu nije bio ograničen i vezan nikakvim dokaznim pravilima, te je na temelju tako provedenog dokaznog postupka izveo pravilan i nedvojben zaključak o krivnji okrivljenika Josipa Šimunića. Odluku o krivnji prvostupanjski sud je valjano, detaljno i argumentirano obrazložio i dao u svemu prihvatljive razloge, na koje se upućuje žalitelj, kako bi se izbjeglo nepotrebno ponavljanje.

U odnosu na navod žalbe da je prvostupanjski sud u provedenom postupku trebao provesti novo vještačenje radi dodatnih pojašnjenja činjenica o značenju uzvika 'Za dom spremni', ukazuje se da je isti neosnovan. To iz razloga što izvedeni dokazi, pa tako i mišljenje vještaka, ne obvezuje sud u pogledu utvrđivanja bitnih činjenica koje čine biće prekršaja, već je ta odluka na sudu koji samostalno i neovisno cijeni vrijednost izvedenog dokaza i donosi odluku o krivnji, držeći se općeprihvaćenih načina odlučivanja. S obzirom da iz iskaza ispitanog vještaka prof. dr. sc. Josipa Jurčevića, povjesničara i političara, ne proizlazi univerzalan odgovor o prirodi korištenja pozdrava 'Za dom spremni', niti se to može očekivati s obzirom na notornu kompleksnost i višeznačje korištenja tog izraza u različitim hrvatskim povijesnim vremenima, prvostupanjski je sud svoju odluku temeljio na nedvojbeno utvrđenim bitnim činjenicama za konkretni postupak, a to su okrivljenikovo dobacivanje gledateljima, odnosno, uzvikivanje pozdrava 'Za dom', u više navrata putem mikrofona, nakon nogometne utakmice na stadionu, čiji sadržaj, iskazuje i potiče na mržnju na temelju rasne nacionalne, regionalne i vjerske pripadnosti. Naime, nesporna je činjenica da je navedeni uzvik, bez obzira na njegov prvotni hrvatski književni i pjesnički značaj, korišten i kao službeni pozdrav Ustaškog pokreta i totalitarnog režima Nezavisne države Hrvatske (NDH), koji se nalazio i na svim službenim dokumentima, bilo u izvornom obliku 'Za dom i poglavnik spremni' ili u njegovim skraćanim oblicima 'Za dom spremni' ili 'Za dom', a koji pokret je iznikao iz fašizma, temeljenog između ostalog i na rasizmu, pa time simbolizira mržnju prema ljudima drugačije vjerske i etničke pripadnosti, manifestaciju rasističke ideologije, kao i podcjenjivanje žrtava zločina protiv čovječnosti. Kada se pritom uzme u obzir i činjenica da je praćenje predmetnog nogometnog natjecanja putem elektroničkih medija i opisani govor mržnje bio dostupan širem i neograničenom krugu gledatelja, neosnovano žalitelj ističe da u konkretnom slučaju nije bilo skupine koja bi se mogla diskriminirati navedenim uzvikom pa da nedostaje bitno obilježje prekršaja iz članka 39.a stavka 1. točke 1. Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima.

Nadalje, s obzirom da je Republika Hrvatska od 01. srpnja 2013. godine, punopravna članica Europske unije, čime je prihvatila i cjelokupnu pravnu stečevinu Europske unije, između ostalog, i pravne propise koji se odnose na zaštitu ljudskih prava i prava manjina, to je i prvostupanjski sud dao jasne razloge o tome zašto ne postoji dvojba oko korištenja navedenog uzvika na način i pod okolnostima u kojima ga je koristio okrivljenik Josip Šimunić, a koje razloge prihvaća i ovaj Sud. Stoga, izvođenje daljnjih dokaza dodatnim vještačenjem značenja gore navedenog izraza nema pravni značaj niti bi bio mjerodavan za odlučivanje u ovoj pravnoj stvari, a kako to pogrešno tumači žalitelj.

Neosnovano žalitelj navodi da je prvostupanjski sud propustio utvrditi i stupanj krivnje kojim je okrivljenik postupao i za to dati valjano obrazloženje, iz razloga što je prema odredbi članka 25. Prekršajnog zakona, kriv onaj počinitelj koji je u vrijeme počinjenja prekršaja postupao iz nehaja, a s namjerom samo ukoliko je propisom o prekršaju propisana prekršajna odgovornost i za taj oblik krivnje, što u konkretnom primjeru nije slučaj."

4.1. U odnosu na preinačenje visine prekršajne sankcije, drugostupanjski sud navodi:

"Ispitujući pobijanu presudu u odluci o prekršajnoj sankciji, povodom žalbe ovlaštenog tužitelja, te okrivljenika, a temeljem odredbe članka 202. stavka 5. Prekršajnog zakona, ovaj Sud smatra da prvostupanjski sud nije kao otegotne okolnosti cijenio samu ulogu okrivljenika Josipa Šimunića kao natjecatelja u nogometnoj utakmici koju je pratio znatno veći broj gledatelja od uobičajenog, s obzirom na važnost takve utakmice, kao i porast broja neprimjerenih ponašanja na športskim natjecanjima koja eskaliraju do nasilja na nogometnim utakmicama, zbog čega ponašanje okrivljenika potiče i druge potencijalne počinitelje na činjenje prekršaja iz domene Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, a na što opravdano ukazuje i ovlašteni tužitelj. Stoga je ovaj Sud, preinačio prvostupanjsku presudu u odluci o kazni na način da je okrivljeniku za počinjeni prekršaj izrekao novčanu kaznu kao u točki I. izreke ove presude, a koju drži primjerenom težini počinjenog prekršaja, stupnju odgovornosti okrivljenika i svrsi kažnjavanja iz članka 6. i članka 32. Prekršajnog zakona. Po ocjeni ovog Suda, novčana kazna izrečena u srednjem iznosu novčane kazne propisane za prekršaj iz članka 39.a stavka 1. točke 1. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, za koji je propisana novčana kazna u rasponu od 5.000,00 kuna do 25.000,00 kuna, odnosno kao teža kazna, kazna zatvora u trajanju od najmanje 30 do najviše 60 dana, primjerena je i dostatna kako svim okolnostima počinjenog prekršaja, tako i svim vidovima zakonske svrhe kažnjavanja."

III. PRIGOVORI PODNOSITELJA

5. U ustavnoj tužbi podnositelj, u bitnome, dijelom ponavlja prigovore navedene u žalbi, a koje prigovore je već meritorno razmotrio i Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske.

5.1. Ističe povredu prava na jednakost pred zakonom iz članka 14. stavak 2. Ustava, te navodi:

"Naime, sudovi su u konkretnom slučaju tumačili izjavu tužitelja na način koji suštinski disparira od tumačenja i stavova koje su u bitnome istovjetnim činjeničnim pitanjima zauzimali sudovi iste razine u bliskom periodu. Tako je Prekršajni sud u Kninu, presudom Pp 4 J-329/11 od 22. prosinca 2011. godine za istu sintagmu (Za dom spremni) zaključio, prihvativši tako obranu okrivljenika, da ne predstavlja poticanje nacionalne, vjerske ili kakve druge nesnošljivosti niti ustaško obilježje. Jednako tako, Prekršajni sud u Zagrebu je presudom VII-J-D-3504/2008 od 23. prosinca 2008. godine zauzeo stav da okrivljenik izvikivanjem 'Za dom spremni' nije vrijeđao moralne osjećaje građana, ...

(...)

Dakle, na ovaj su način prvostupanjski i drugostupanjski sud u prekršajnom postupku vođenom protiv tužitelja Josipa Šimunića, prekršili Ustavom zajamčeno pravo građana na jednakost pred zakonom iz čl. 14. st. 2. Ustava RH, diskriminirajući ga u odnosu na građane protiv kojih su vođeni prekršajni postupci usporedivog merituma: takvo je postupanje sudova u dijametralnoj suprotnosti sa Zakonom o suzbijanju diskriminacije (NN 85/2008, 111/12), ...

(...)

S obzirom na činjenicu da se ovim zakonom, kao propisom nižeg ranga, oživotvoruje primjena citiranog Ustavnog načela, kao i da Zakon člankom 8. toč 5. izričito navodi da se Zakon ima primijeniti i na postupanja tijela pravosuđa i uprave, jasno je da je u konkretnom slučaju upravo tužitelj diskriminiran u svom pravu na jednakost pred zakonom, jer se mutatis mutandis jednak meritum različito tumači u odnosu na njega nego u odnosu na druge 'obične' građane. Razlog tome treba tražiti u nedopuštenom angažmanu i miješanju tadašnje izvršne vlasti u rad sportskih tijela,

tijela kaznenog progona i protisku na sudove, a zorno to prikazuje prigovoru okrivljenika protiv prekršajnog naloga priložen podnesak nazvan 'Prijava za pokretanje postupka u slučaju Josipa Joea Šimunića radi povrede Temeljnih načela olimpizma', a autor toga obraćanja jest tadašnji ministar resora sporta u Vladi RH Željko Jovanović. (...)"

5.2. Nadalje, ističe povredu prava na obranu i na uporabu nezakonitih dokaza u vezi s pravima iz članka 29. stavaka 1. i 4. Ustava, te posebice navodi:

"U dvostupanjskom prekršajnom postupku koji je vođen protiv tužitelja, niti Prekršajni sud u Zagrebu niti Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske nisu ispitali temeljni prigovor tužitelja koji se odnosio, prije svega na navodno značenje pozdrava kojim se obratio publici nakon reprezentativne nogometne utakmice.

Naime, sud; prije svega onaj prvog stupnja; samo se nominalno upustio u ispitivanje takvih argumenata na kojima je suštinski počivala čitava obrana ovdje tužitelja, a okrivljenika u tom prekršajnom postupku. Upravo je ova okolnost razlogom zbog koje se osuđujuća presuda temelji isključivo na tužiteljevu shvaćanju činjeničnog opisa događaja, koji stav sud potpuno nekritički prihvaća dokazanim, bez ijednog neposrednog i objektivnog dokaza da je prekršajno djelo doista počinjeno, pri čemu prvenstveno mislimo na subjektivnu komponentu inkriminacije, a koja obuhvaća svijest okrivljenika '...da uzvik 'Za dom' uz odzdrav 'Spremni' simbolizira službeni pozdrav za vrijeme totalitarnog režima Nezavisne države Hrvatske te kao takav predstavlja manifestaciju rasističke ideologije, prezir prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti te trivijaliziranje žrtava zločina protiv čovječnosti ...!

Da se radi o arbitrarnosti sudova u tumačenju i subjektivnog i objektivnog značenja inkriminiranih radnji okrivljenika, vidljivo je prije svega iz činjenice da je sud prvoga stupnja, samo formalno ispitujući obranu okrivljenika i usvajajući dokazni prijedlog obrane, saslušao povjesničara Josipa Jurčevića, kojega je obrana predložila ispitati u svojstvu vještaka, upravo kako bi se utvrdilo značenje konkretne fraze; iz zapisnika o izvanraspravnom saslušanju od 24. rujna 2015. godine vidljivo je da je upravo u tom svojstvu i saslušan, no sud u presudi njegov iskaz reproducira na način da ga u obrazloženju nominira bez svojstva u postupku, samo imenom i prezimenom, a pritom se o sadržaju njegova izlaganja nijednom riječi sud ne određuje, niti da mu daje povjerenje, niti da ga uskraćuje, što je onda učinilo izlišnim, prema stavu suda, i pojašnjavanje kako i zašto presudu zasniva na uvjerenju o značenju pozdrava koje u potpunosti disparira od iskaza (vještaka) Jurčevića.

Na taj je način, samo formalno usvajajući prijedlog obrane za provođenje vještačenja, sud ustvari otklonio svaku mogućnost da tužitelj dokaže opravdanost svoga uvjerenja o značenju fraze koju je, sasvim nesporno, izvikivao na stadionu. Ovakav je prijedlog obrane, iako formalno proveden u dokaznom postupku, potpuno neprihvatljivim procesnim i meritornim tumačenjem njegova značaja za postupak sud prvoga stupnja ustvari potpuno izignorirao u obrazloženju, nijednom se riječju ne osvrćući na njegovu uvjerljivost. Da je to sud učinio, određivši se o njegovoj uvjerljivosti, morao bi pojasniti razloge iz kojih uskraćuje povjerenje iskazu eksperta iz područja znanosti o kojem sud nema potrebna stručna znanja, zbog čega je, uostalom, i odredio provođenje vještačenja saslušanjem vještaka povjesničara. (...)

(...)

U ovom je prekršajnom predmetu sud počinio upravo tu povredu - pripisavši sebi ovlast otkloniti ekspertno mišljenje, jednostavno ignorirajući procesnu ulogu u kojoj je saslušan prof. Josip Jurčević, kako ne bi morao posebno obrazlagati zašto i na temelju kojeg znanja sud otklanja vrlo jasno izraženo mišljenje ovoga vještaka, bez da, ako u njegovu uvjerljivost sumnja, određuje novo vještačenje, pa onda, ako ni u to nije siguran, suočava vještaka ili pak određuje treće. Na ovaj način, sud je učinio sasvim jasnim da je odluku argumentirao razloga, a što je tolerirao i drugostupanjski

sud drugom odlukom koja se pobija ovom tužbom. Dakle, radi se o situaciji gdje su i prvostupanjski i drugostupanjski sudovi suštinu prigovora obrane otklonili arbitrarno, bez zbiljskog upuštanja u ispitivanje tih prigovora, a osim toga i provodeći i koristeći dokaz vještačenjem na nezakonit način, čime su po stavu tužitelja izravno povrijedili ustavno jamstvo prava na pošteno suđenje iz čl. 29. st. 1. i 4. Ustava RH.

(...)

Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske nije pravično ispitao tužiteljev slučaj, jer nije dao, baš kao ni sud prvoga stupnja, nikakav odgovor na istaknuti prigovor tužitelja, već se na ovo potpuno oglušio, a čime posljedično odluka Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske nije odgovarajuće obrazložena i kao takva neposredno utječe na tužiteljevo pravo na obrazloženu sudska odluku kao sastavnicu stožernog načela kaznenog postupka - načela pravičnosti postupka.

(...)

Vrlo sličan predmet, naravno ustavnopravno-konvencijskom smislu, a ne meritumu, rješavao je Europski sud za ljudska prava u postupku Ajdarić protiv Hrvatske (Zahtjev broj 20883/09), a koji je okončan donošenjem presude od 13. prosinca 2011. kojom je Europski sud utvrdio da kazneni postupak protiv podnositelja tužbe, uzet u cjelini, predstavlja povredu prava podnositelja na pošteno suđenje iz članka 6. stavka 1. Europske konvencije."

5.3. Posebno ističe i povredu prava na slobodu izražavanja misli i slobodu govora, te napominje:

"U odnosu na povredu iz čl. 38. st. 1. i 2. Ustava RH - sloboda mišljenja i izražavanja misli, ističe ovdje tužitelj da su sudovi koji su donijeli pobijane presude potpuno zanemarili pravo tužitelja da ima i javno manifestira svoj svjetonazor, mišljenje, stav; pa i onaj koji uključuje njegovo vlastito subjektivno shvaćanje značenja fraze koju je više puta izgovorio inkriminirane mu zgone.

Naime, osim što je u tijeku postupka tužitelj vrlo jasno naglasio sadržaj svoje percepcije pozdrava 'Za dom', a što je predstavio i kroz vlastiti odgoj i odrastanje u Australiji; tužitelj je i više puta medijski istupio s vrlo jasnim određenjem protiv njegova očitovanja o inkriminaciji, na potpuno neprihvatljiv način tumače i namjeri okrivljenika, usvajajući stav tužitelja o '...manifestaciji rasističke ideologije, preziru prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti te trivijaliziranju žrtava zločina protiv čovječnosti'.

Tome suprotno, iz čitavog se konteksta na koji se (i opet arbitrarno i logički neprihvatljivo) pozivaju i pobijani akti, ne može nijednim oblikom razumno prihvatljivog deduciranja zaključiti o takvoj svijesti i namjeri okrivljenika, jer; podsjetiti ovdje valja; radi se o obraćanju hrvatskim navijačima, proslavi nogometne pobjede domaćeg tima, a ne porukama koje bi bile usmjerene, kako nekritički i neargumentirano tvrde pobijane odluke, kod drugih izazvati osjećaj da okrivljenik želi manifestirati rasističke ideologije, prezir prema drugim ljudima zbog njihove vjerske i etničke pripadnosti te trivijalizirati žrtve zločina protiv čovječnosti.

Nije i ne može biti svejedno tko su adresati tako upućenog pozdrava, nije svejedno niti tko čini publiku na stadionu u inkriminirao vrijeme, a najmanje je svejedno kako to subjektivno shvaća onaj tko takvu izjavu izgovara. Tumačeći izjavu tužitelja na ovakav način, kako to čine pobijane sudske presude, odriče se građaninu ove države pravo da izrazi svoje mišljenje u javnosti uopće, dakle bez obzira na kontekst i željenog primatelja takve poruke. Naime, nejasno je čiji su ovdje osjećaji imali biti povrijeđeni, kad se tužitelj nije obratio drugima, niti sudovi u odlukama pojašnjavaju tko bi ti drugi uopće bili. Dakle, ovakvim utvrđenjima, ovakvom primjenom materijalnog prava na životnu situaciju, odriče se tužitelju pravo da se ikad, ikome, i u bilo kojem kontekstu obrati jednom frazom za koju je on jasno i javno izjavio kako je on shvaća i što mu ona predstavlja. On to pritom ne čini na način koji

bi upućivao na namjeru ili spremnost da mu izjava ima značenje kakvo mu pripisuje tužitelj, a akceptiraju sudovi u pobijanim odlukama.

Dakle, sudovi u pobijanim odlukama propuštaju sagledati svaki pojedini dio konteksta u kojem se inkriminirana izjava zbiva, u svjetlu svih relevantnih okolnosti, a ne samo jednog od mogućih značenja izjave, i to baš onog značenja kojeg mu pripisuje tužitelj, a to je ujedno i jedino značenje koje ide brutalno na štetu tužitelja, potpuno ignorirajući, još jednom, načelo in dubio pro reo.

Ovdje dolazimo i do povrede čl. 16. Ustava Republike Hrvatske - razmjernost ograničenja slobode i prava naravi potrebe za tim ograničenjem u svakom pojedinom slučaju, budući da je jasno iz obrazloženja pobijanih odluka da prema stavu sudova-autora tih odluka, da oni smatraju potpuno neprihvatljivim bilo kakvu uporabu inkriminirane izjave, u bilo kojem kontekstu, pred bilo kakvom publikom, odnosno da se radi o apsolutno zabranjenoj izjavi.

Dakle, ako obje pobijane odluke potpuno zanemaruju činjenicu da se člankom 39.a st. 1. toč. 2 Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima inkriminira 'pjevanje ili dobacivanje sadržaja koji iskazuje ili potiče mržnju igračima ili drugim gledateljima', sasvim je jasno da se radi o intenciji zakonodavca da prije svega spriječi manifestacije nedopuštenih sadržaja spram gostujućih/suparničkih natjecatelja i gledatelja, dok je u konkretnom slučaju izvan dvojbe tužitelj pozdravljao domaće navijače, a ne one 'druge', u ovom slučaju islandske, a nije nebitno niti da njima, dakle gostujućim navijačima i igračima, sve i da se baš njima tužitelj obratio, izjava 'Za dom' ne bi značila - apsolutno ništa. Iz navedenog proizlazi da pobijane odluke neprihvatljivom lakoćom propuštaju provesti test razmjernosti između kriterija za ograničenje slobode izražavanja tužitelju i društvenih interesa da se to ograničenje u određenim situacijama aktualizira, što izravno krši ustavna prava tužitelja, zajamčena mu člankom 16. i čl. 38. Ustava RH."

IV. MJERODAVNO PRAVO

6. U ovom predmetu sudovi su osudili podnositelja na temelju sljedećih odredaba ZoSNŠN-a:

"Članak 4.

(1) Protupravnim ponašanjem u smislu ovoga Zakona smatra se:

(...)

- pjevanje pjesama ili dobacivanje poruka čiji sadržaj iskazuje ili potiče mržnju ili nasilje na temelju rasne, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti,

(...)"

"Članak 39.a

(1) Novčanom kaznom od 5.000,00 do 25.000,00 kuna ili kaznom zatvora u trajanju od najmanje 30 dana do najdulje 60 dana kaznit će se za prekršaj fizička osoba koja:

(...)

2. pjeva pjesme ili dobacuje natjecateljima ili drugim gledateljima poruke čiji sadržaj iskazuje ili potiče mržnju na temelju rasne, nacionalne, regionalne ili vjerske pripadnosti (članak 4. stavak 1. podstavak 7.),

(...)"

V. OCJENA USTAVNOG SUDA

7. Ustavni sud je razmotrio ustavnu tužbu podnositelja u svjetlu mjerodavnog dijela članka 29. stavka 1. Ustava koji glasi:

"Članak 29.

Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično ... odluči o ... sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.
(...)"

Sadržaj ustavnog prava na pravično suđenje ograničen je na jamstva pravičnog suđenja. Sukladno tome, ocjenjujući navode ustavne tužbe sa stajališta tog ustavnog prava, Ustavni sud ispituje eventualno postojanje povreda u postupcima pred sudovima i na temelju toga ocjenjuje je li postupak - razmatran kao jedinstvena cjelina - bio vođen na način koji je podnositelju osigurao pravično suđenje.

Ustavni sud naglašava da je primarna zadaća redovnih sudova, a ne Ustavnog suda, tumačiti i primjenjivati pravo na konkretne sudske predmete. Zadaća Ustavnog suda nije ni da se bavi pogreškama o činjenicama ili pravu koje je navodno počinio redovni sud, osim ako i u mjeri u kojoj one mogu povrijediti ljudska prava i temeljne slobode zaštićene Ustavom. Ustavni sud u tom smislu ponavlja da nije njegova zadaća preuzeti ulogu viših sudova, koji su prvi pozvani rješavati probleme tumačenja domaćeg prava. Kad bi bilo tako, Ustavni sud djelovao bi kao sud trećeg ili četvrtog stupnja i ne bi poštovao ustavna ograničenja koja su nametnuta njegovu djelovanju. Zadaća Ustavnog suda ograničena je na ispitivanje jesu li učinci takve interpretacije sudova suglasni s Ustavom s aspekta zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda.

7.1. U konkretnom slučaju, odgovornost podnositelja utvrđena je u prekršajnom postupku nakon provedenog dokaznog postupka pred nadležnim prvostupanjskim sudom. Podnositelju je bilo omogućeno pratiti tijek postupka, sudjelovati u postupku, izjašnjavati se i predlagati dokaze u odnosu na odlučne činjenice te poduzimati sve zakonom dopuštene procesne radnje.

Iz presude prvostupanjskog suda razvidno je koje dokaze je taj sud proveo i na kojim dokazima temelji svoje utvrđenje da je podnositelj kao optuženik, djelujući na opisani način, počinio djelo prekršaja koje mu je stavljeno na teret. Analizirajući sve provedene dokaze te činjenice o kojima ovisi opstojnost predmetnog prekršajnog djela, prvostupanjski sud je za svoja utvrđenja i stajališta dao valjane pravne razloge (v. točku 3. obrazloženja ove odluke).

U postupku je na prijedlog podnositelja saslušan prof. dr. Josip Jurčević izvan glavne rasprave dana 24. rujna 2015., koji je kao sveučilišni profesor povijesti i znanstvenik-istraživač, iznio svoja gledišta. Prvostupanjski sud je u skladu s odredbom članka 185. stavka 7. Prekršajnog zakona u svojoj presudi cijenio iskaz prof. dr. Josipa Jurčevića, dovodeći ga u vezu s obranom podnositelja i okolnostima pod kojima je počinjen predmetni prekršaj, kao i sa ostalim izvedenim dokazima. Nakon toga je ocijenio sve dokaze u njihovoj međusobnoj povezanosti te izveo zaključak o krivnji podnositelja. Okolnost da su sudovi donijeli osuđujuću presudu, odnosno zauzeli stajalište drugačije od ekspertnog svjedoka ne znači da je samim time došlo do povrede prava na pravično suđenje.

7.2. U nastavku postupka i Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske također je u obrazloženju osporene odluke iznio argumentirane razloge za utvrđenje neosnovanosti podnositeljevih žalbenih navoda. To osobito u odnosu na one prigovore koje podnositelj sadržajno identično kao u žalbi navodi i u ustavnoj tužbi, a odnose se na povredu prava zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava.

Ustavni sud radi izbjegavanja ponavljanja već napisanog, upućuje na točku 4. obrazloženja ove odluke, a u kojoj je iscrpno citiran dio obrazloženja osporene presude. Iz njega je razvidno da je drugostupanjski sud odgovorio i u odnosu na prigovore iz žalbe koji se odnose na tumačenje i primjenu mjerodavnog materijalnog prava. Zaključna je ocjena Ustavnog suda da osporena presuda sadrži primjereno obrazloženje razloga na kojima se temelji.

Stoga, Ustavni sud ocjenjuje da podnositelju u konkretnom slučaju nije povrijeđeno ustavno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava.

8. U odnosu na navode podnositelja, koje ponavlja u ustavnoj tužbi (a o kojima su se nižestupanjski sudovi propustili očitovati), da je bio diskriminiran zbog toga što su sudovi izjavu podnositelja u konkretnom slučaju tumačili "na način koji suštinski disparira od tumačenja i stavova koje su u bitnome istovjetnim činjeničnim pitanjima zauzeli sudovi iste razine u bliskom periodu", pa je po njegovoj ocjeni riječ o predmetima usporedivog merituma, Ustavni sud ističe da je u oba slučaja na koje se on poziva u ustavnoj tužbi riječ o prvostupanjskim odlukama, za koje se, međutim, ne navodi jesu li osporene pred Visokim prekršajnim sudom kao nadležnim drugostupanjskim sudom. Stoga se nitko, pa ni podnositelj, ne može pozvati na stajalište izraženo u tim odlukama kao na stabilnu i ujednačenu sudsku praksu. Uz navedeno, ističe se da se Prekršajni sud u Kninu u presudi broj: Pp 4. J-329/11 od 22. prosinca 2011., nije upuštao u meritum predmeta budući da je okrivljenika oslobodio od optužbe zbog pogrešne pravne kvalifikacije djela (utvrdio je, naime, da u činjeničnim okolnostima tog slučaja okrivljenik nije mogao biti optužen za počinjenje djela iz članka 37. stavka 2. Zakona o javnom okupljanju). U drugom pak predmetu, Prekršajni sud u Zagrebu u presudi broj: VII-J-D-3504-2008 od 23. prosinca 2008., oslobodio je okrivljenika od optužbe za počinjenje djela iz članka 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, zbog toga što je utvrdio da u činjeničnim okolnostima tog slučaja nije ostvareno bitno biće tog djela - ponašanje okrivljenika koje je bilo naročito drsko i nepristojno i koje je narušilo mir drugih posjetitelja koncerta. Prema tome, iz navedenog proizlazi da su neosnovani navodi podnositelja da je u konkretnom slučaju riječ o usporedivim situacijama.

9. Podnositelj tvrdi da su mu osporenim presudama povrijeđena i ustavna prava iz članka 38. stavaka 1. i 2. Ustava koji glase:

"Članak 38.

Jamči se sloboda mišljenja i izražavanja misli.

Sloboda izražavanja misli obuhvaća osobito slobodu tiska i drugih sredstava priopćavanja, slobodu govora i javnog nastupa ...

(...)"

10. Ustavom zajamčena sloboda mišljenja i izražavanja misli, koja u sebi sadrži i slobodu primanja i širenja informacija, nema značenje apsolutne slobode, već je podložna ograničenjima propisanim Ustavom i zakonom.

Pri ocjeni je li došlo do povrede slobode izražavanja potrebno je sagledati svaki pojedini slučaj u svjetlu svih okolnosti, uključujući sadržaj spornih navoda, kao i kontekst u kojemu su ti navodi izrečeni. Osobito je potrebno utvrditi jesu li mjere poduzete radi ograničenja slobode izražavanja razmjerne legitimnom cilju koji se tim ograničenjem želi postići i da li je miješanje bilo "nužno u demokratskom društvu".

Temeljna načelna stajališta sadržana su u presudama Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) u odnosu na ograničenje slobode izražavanja propisane člankom 10. stavkom 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine - Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99., - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.). Nastavno se navodi njihov sažetak iz predmeta *Guja protiv Moldavije* (presuda, veliko vijeće, 12. veljače 2008., zahtjev br. 13277/04):

"(i) Sloboda izražavanja predstavlja jedno od temeljnih načela demokratskog društva i jedno od osnovnih uvjeta za njegov napredak te za ispunjenje svakog pojedinca. Sukladno stavku 2 istog, članak 10. je primjenjiv ne samo na 'informacije' ili 'ideje' koje su blagonaklono prihvaćene ili se ne smatraju uvredljivima ili ne izazivaju nikakvu reakciju, nego i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju. To zahtjeva pluralizam, tolerancija i slobodoumlje bez kojih nema 'demokratskog društva'. Kao što je navedeno u članku 10. ova je sloboda podložna iznimkama, koje ... moraju biti strogo tumačene, a potreba za bilo kakvim ograničenjima mora biti uvjerljivo utvrđena ...

(ii) Test 'nužnosti' u smislu članka 10. st. 2. implicira postojanje 'snažne društvene potrebe'. Države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene kad ocjenjuju postoji li takva potreba, ali ta sloboda procjene ide ruku pod ruku s europskim nadzorom, obuhvaćajući i zakonodavstvo i odluke koje ga primjenjuju, čak i one koje je donio neovisni sud. Sud je stoga ovlašten donijeti konačnu odluku o tome može li se 'ograničenje' pomiriti sa slobodom izražavanja, kako je ona zaštićena člankom 10.

(iii) U izvršavanju svoje nadzorne nadležnosti, zadaća Suda nije zauzimanje uloge nadležnih domaćih organa, već ispitivanje odluka koje su isti donijeli u skladu sa svojim ovlastima, a u svezi s člankom 10. To ne znači da je nadzor ograničen na utvrđivanje da li je tužena država postupala razumno, pažljivo i u dobroj vjeri; ono što Sud mora utvrditi jest da li je miješanje o kojemu je riječ 'razmjerno legitimnom cilju koji se teži ostvariti' i jesu li razlozi koje navode nacionalne vlasti kako bi ga opravdale 'mjerodavni i dostatni'. Pri tome se Sud mora uvjeriti da su domaće vlasti primijenile standarde koji su u skladu s načelima sadržanim u članku 10. i, štoviše, da se ti standardi osnivaju na prihvatljivoj ocjeni mjerodavnih činjenica ..."

11. Ustavni sud utvrđuje da je do prekršajnog kažnjavanja podnositelja došlo na temelju zakona - ZoSNSN-a, te da presude sudova koje su osporene u ovom ustavnosudskom postupku predstavljaju miješanje u slobodu izražavanja podnositelja. Međutim, to je miješanje utemeljeno na zakonu i imalo je legitiman cilj. Legitiman cilj kažnjavanja ponašanja kojima se iskazuje ili potiče mržnja na temelju rasne ili druge pripadnosti na sportskim natjecanjima jest zaštita dostojanstva drugih, ali i temeljnih vrijednosti demokratskog društva.

Ustavni sud ističe da sloboda izražavanja sa sobom nosi i dužnosti i odgovornosti. Prekršajno odnosno kazneno zakonodavstvo zadnja je crta obrane vrijednosti društva. Primjena mjerodavnih odredaba ZoSNSN-a na slučaj podnositelja, uzevši u obzir sve okolnosti konkretnoga događaja, ne može se smatrati prekomjernim zadiranjem u slobodu podnositelja.

12. Stoga, iako je podnositelju izrečena prekršajna sankcija za njegovo postupanje, naprijed navedena razmatranja dostatna su Ustavnom sudu za zaključak da miješanje kojemu je prigovoreno nije bilo nerazmjerno u odnosu na legitiman cilj koji se nastojao postići.

13. Praksa ESLJP-a, na koju se poziva podnositelj, nije relevantna za odlučivanje o ustavnoj tužbi koja je predmet ovog ustavnosudskog postupka.

14. Slijedom navedenog, na temelju članaka 73. i 75. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst) odlučeno je kao u izreci.

PREDSJEDNIK
dr. sc. Miroslav Šeparović, v. r.

Na temelju članka 27. stavka 4. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst), pisano obrazlažem

IZDOJENO MIŠLJENJE
u predmetu broj: U-III-2588/2016 od 8. studenoga 2016.

Ovime obrazlažem izdvojeno mišljenje najavljeno na sjednici od 8. studenoga 2016.

Ne slažem se s ocjenama:

- da podnositelju nije povrijeđeno pravo na pošteno suđenje i pravičan sudski postupak jer da su osporeni akti sudbene vlasti primjereno obrazloženi,
- da je u ovom postupku irelevantna okolnost drukčijih odluka prekršajnih sudova u Kninu i u Zagrebu utemeljenih na potpuno suprotnom tumačenju spornog pozdrava, i
- da je miješanje javne vlasti u podnositeljevu slobodu izražavanja ispunjavalo pretpostavke "nužnosti u demokratskom društvu" i time zadovoljilo zahtjev razmjernosti u odnosu na legitimni cilj limitiranja ove slobode (sprečavanje nereda na športskim natjecanjima).

Moji su razlozi, oni postupovne i supstancijalne naravi, međusobno usko povezani i isprepleteni pa ih neću izdvojeno elaborirati. Rukovodio sam se jasnim stajalištima Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) izraženim u odlukama koje navodim uz pojedine analize.

Iako Odluka, načelno, s razlogom ističe da nije na Ustavnom sudu utvrđivanje merituma u odnosu na postojanje prekršaja i prekršajne odgovornosti (to je zadatak sudbene vlasti), nesumnjivo je - *tacite i implicite* prihvaćen temeljni zaključak osporenih akata glede biti stvari iz pristupa prekršajnih sudova. Sporni pozdrav, prema stajalištu prekršajnih sudova prvog i drugog stupnja, već samim time što je korišten i tijekom trajanja NDH-a "... manifestira rasističku ideologiju, prezir prema drugima po osnovi vjerske i etičke pripadnosti, trivijaliziranje žrtava zločina protiv čovječnosti" i govor mržnje. Svega je toga, ocjenjuju sudovi, podnositelj bio svjestan tijekom svoje "komunikacije" s gledateljima.

Nema dvojbe da je tijekom NDH ovaj pozdrav bio u redovnoj i masovnoj uporabi. Nema dvojbe niti to da je za značajni dio javnosti značenje sporne sintagme isključivo određeno kontekstom NDH, pa je s te točke gledišta ovaj pozdrav *ipso facto* diskvalificiran kao rasistički ili čak zločinački u generalnom smislu.

S druge strane, a u tome i leži osnova moga neslaganja s većinskim mišljenjem - s motrišta zajamčene slobode izražavanja iz članka 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine - Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispr., 14/02. i 1/06., u daljnjem tekstu: Konvencija) i ustavnopravno dopuštenog limita te slobode sukladno europskim standardima - značajan dio hrvatske javnosti i društva, notorno, o tome rezonira na suprotan način, percipirajući sporni pozdrav izvan totalitarnog i rasističkog konteksta.

Ovo i zato što je korišten u drukčijem općem okviru - npr. kao oznaka službene odore legalnih postrojbi HV-a (postrojbe HOS-a) tijekom Domovinskog rata čiji je karakter "pravednog, legitimnog, obrambenog i oslobodilačkog" usmjerenog "uspostavi i očuvanju RH kao samostalne i nezavisne, suverene i demokratske države" određen u Izvorišnim osnovama Ustava Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.) koji izrijeком isključuje NDH iz hrvatskog državnopravnog i državotvornog vrijednosnog kontinuuma. Isti je pozdrav "udarni" uvod pjesme "Čavoglave" koja je naročito tijekom rata za obranu zemlje svakodnevno i neprekidno izvođena kao budnica koja poziva na obranu domovine a bez ikakve navezanosti na totalitarni kontekst iz razdoblja od prije više od 50 godina.

Uzimajući, uz gore navedeno, u obzir i:

- rezultate historiografske ekspertize provedene u sudskom postupku prema kojima je sporna sintagma u kontinuiranoj uporabi u dugom vremenskom razdoblju znatno prije NDH,

- oštru javnu polemiku i polarizirane stavove u medijskim raspravama o ovoj temi, i

- ishode prekršajnih postupaka vođenih u Kninu 2011. godine (okrivljenik je u tom predmetu oslobođen iako je nedvojbeno utvrđeno, što je i sam priznao, da je na javnom mjestu - na štandu prodavao kape, šalove i majice s natpisom "za dom spremni") i u Zagrebu 2008. godine (oslobađajuća presuda, jer je u bitnom ocijenjeno da time što je okrivljeni na javnom mjestu na koncertu domoljubnih pjesama "na sav glas" ponavljao i uzvikivao sporni pozdrav, nisu ostvarena konstitutivna obilježja prekršaja u smislu "ponašanja na naročito drzak i nepristojan način na javnom mjestu vrijeđanjem moralnih osjećaja građana ili narušavanjem njihova mira", jer da je riječ o "starom hrvatskom pozdravu", korištenom i tijekom Domovinskog rata u "Bojni Čavoglave", a kontekst u kojem je opetovano izvikivan nije u eksplicitnoj vezi s ustaškim obilježjima niti je izazvao negodovanje odnosno narušavao mir gledatelja na koncertu),

nameće mi se vrlo očitim da o ovom pitanju u hrvatskom društvu ne postoji zajednički nacionalni konsenzus niti dominantni stav koji bi podupirao čvrsto gledište osporene prekršajne osude.

Također, iz same činjenice intenzivnog korištenja ovoga pozdrava prije 75 godina tijekom NDH (kao i npr. monete kune, šahovnice s prvim bijelim poljem, akronima UNS i sl.), logički ne slijedi zaključak (*non sequitur*) da je njegova konotacija isključivo rasistička, a svako alternativno tumačenje i kontekstualiziranje (npr. zaštita domovine od vanjske ugroze) razumno neprihvatljivo. Ovo zato što predmetni pozdrav potječe iz vremena i korišten je i u vremenima koja s NDH nemaju veze.

Prema tome, radi se o izrazito kontroverznoj temi od javnog interesa koja tangira ideološki visoko polarizirane pristupe pojedinim segmentima hrvatske prošlosti. Čvrstog sam uvjerenja da nije misija Ustavnog suda "uredovati" odnosno arbitrirati u globalnim ideološko-političkim i historiografskim prijeporima. Njih treba prepustiti, sukladno uzusima uljuđenih zemalja, znanstvenoj i drugoj javnoj polemici i sučeljavanju stavova sukladno vrijednostima pluralizma demokratskog društva koji izvire iz sustava Konvencije kao "ustavnog instrumenta europskog javnog poretka u području ljudskih prava" (ESLJP, *Irska protiv UK*, 1980.).

Iz analize prakse ESLJP-a u vezi s konvencijskim tretmanom slobode izražavanja u odnosu na historijske kontroverze i prijepore o različitim povijesnim činjenicama, likovima i događajima te njihovom tumačenju, proizlazi jasno stajalište da zaštitu koju pruža članak 10. Konvencije nikako ne uživa opravdavanje ili propagiranje politike odnosno kreacija totalitarnih režima (npr. veličanje ili opravdavanje zločinačkih režima i likova, negiranje holokausta i sl.), ako je riječ o nedvojbenim historijskim istinama i univerzalno prihvaćenim tumačenjima u demokratskom društvu. Ako se pak radi o činjenicama ili događajima koji nisu jasno ustanovljeni i ocijenjeni, odnosno njihovo tumačenje nije univerzalno prihvaćeno ni na razini historiografije, načelo demokracije zahtijeva toleranciju prema izražavanju suprotstavljenih pristupa neovisno o njihovoj neprihvatljivosti ili nepodnošljivosti za "drugu stranu".

U svojoj presudi iz 2008. godine u predmetu *Vajnai protiv Mađarske*, analizirajući značaj totalitarne simbolike u vidu crvene zvijezde ESLJP, između ostaloga, ističe:

"... sustavni teror provođen radi konsolidacije komunističke vladavine u nekoliko zemalja, uključujući i Mađarsku, ostavio je ozbiljan ožiljak u mislima i srcu Europe ... prikaz simbola koji je bio sveprisutan u vrijeme vladavine tog režima može stvoriti nelagodu među žrtvama režima i njihovom rodbinom, koji s pravom mogu smatrati isticanje toga simbola omalovažavajućim. Međutim, Sud ipak smatra da takvi osjećaji, iako razumljivi, ne mogu sami po sebi postavljati granice slobode izražavanja. Imajući u vidu jamstva Republike Mađarske priznata u pravnom, moralnom i materijalnom smislu žrtvama komunizma, takvi osjećaji ne mogu se smatrati opravdanim strahom. Sud je mišljenja da se pravni sustav koji ograničava pojedina ljudska prava kako bi zadovoljio javne osjećaje - stvarne ili nerealne - ne može opravdati nužnostima društvenih potreba u demokratskom društvu, budući da društvo mora ostati razumno u prosuđivanju. Da tome nije tako, sloboda govora i mišljenja bila bi podvrgnuta vetu."

Nije zadaća sudova razmatrati pitanja u vezi sa spornim povijesnim događajima i njihovom interpretacijom. To je predmet javne rasprave odnosno rasprave između povjesničara koju ne treba preusmjeravati s javne scene u prostore sudnica. Takvo stajalište ESLJP-a razvidno je iz odluka *Garaudy protiv Francuske* (2008.), *Lehideux i Isorni protiv Francuske* (1998.), *Dzhugashvili protiv Rusije* (2010.), *Ždanoka protiv Latvije* (2006.). Naročito podsjećam na poznatu odluku ESLJP-a koji je u slučaju glorificiranja maršala Pétaina, ocijenio:

"Iako stajališta poput onih koje su iznijeli podnositelji pritužbe mogu ponovno izazvati kontroverze i obnoviti sjećanja na prošle patnje, protok vremena čini neumjesnim da se četrdeset godina kasnije prema takvim tvrdnjama odnosi s istom strogoćom kao deset ili dvadeset godina ranije. To je dio napora koji svaka zemlja mora uložiti da bi otvoreno i bez strasti mogla raspravljati o svojoj prošlosti. S tim u svezi, Sud podsjeća da se sloboda izražavanja, iako ograničena stavkom 2. članka 10., ne odnosi samo na ideje i informacije koje su općeprihvatljive, ili se smatraju neuvredljivima ili nevažnima, nego i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiravaju; to zahtijevaju pluralizam, snošljivost i širokogrudnost, bez kojih nema demokratskog društva" (*Lehideux and Isorni v. France*, od 23. rujna 1998.)."

Zato je trebalo "sankcionirati" osporene odluke prekršajnih sudova koji su napustili strogo pravne kriterije prosuđivanja slučaja kao cjeline s obzirom na njegovu

realnu empirijsku dimenziju i činjenične osobitosti. Umjesto toga, fokusirali su se na dekontekstualiziranu kabinetsku analizu spornog pozdrava isključivo kao elementa "vizualnog identiteta" NDH.

U odlukama iz predmeta *Vogt protiv Njemačke* (1995.), *Handyside protiv UK* (1976.) i *Udruženje građana Radko i Paunovski protiv Makedonije* (2009.), ESLJP snažno naglašava potrebu da se osporeni zahvat javne vlasti u slobodu izražavanja kao i njegova proporcionalnost s obzirom na legitimni cilj koji se želi postići, mora promatrati u svjetlu slučaja kao cjeline te svih relevantnih činjenica i okolnosti konkretnog slučaja u njegovoj stvarnoj životnoj dimenziji koja mora biti detaljno razmotrena. Ovdje je, dakle, trebalo analizirati razmjernost miješanja u podnositeljevo pravo s obzirom na relevantne činjenice koje proizlaze iz legitimnog cilja toga zahvata - sprečavanja nereda na športskim natjecanjima. Činjenice relevantne za konkretni prekršajni postupak proizlaze iz normativnog okvira članka 29. stavka 1. mjerodavnog zakona kojim je športašima (ovdje podnositelju) određena zabrana rasističkog ili drugog nesnošljivog pristupa prema športašima i navijačima suparničkih športskih klubova.

U tom je konkretnom kontekstu trebalo ocijeniti podnositeljevo ponašanje kritične zgrade pri proslavi pobjede nakon utakmice s Islandom. Ovo posebice s obzirom na podnositeljeve navode tijekom cijelog postupka u kojima odlučno negira govor mržnje i inkriminirajuće konotacije navedene u optužnom aktu. Podnositeljevu obranu je trebalo učinkovito ispitati jer sporni pozdrav po svom doslovnom značenju nema eksplicitno uvredljiv sadržaj u smislu rasističkog govora ili govora mržnje, nego je "ključ" u konotaciji odnosno "metajezikom" pristupu te historijskom kontekstu toga pozdrava u smislu asocijacija koje su s njime povezane. Baš ničim nije dokazano, niti je uopće pokušano obrazložiti da bi protivnička momčad i/ili njezini navijači (reprezentacija Islanda) bili tangirani aktivnostima podnositelja nakon okončanja utakmice te da je time prijetio kakav realan nered na stadionu ili oko njega. Upravo je to trebalo analizirati na konkretnoj činjeničnoj razini što je nedvojbeno propušteno zbog čega držim da nema dostatne osnove za provedbu testa razmjernosti. Prekršajni sudovi naprosto nisu izložili dostatne i relevantne razloge koji bi mogli opravdati miješanje u pravo podnositelja. Osim toga, konačne pravne prosudbe prekršajne osude u proturječju su s prethodnim dokaznim zaključcima prvostupanjske presude o "starom hrvatskom pozdravu zastupljenom i ukorijenjenom u hrvatskom narodu", odnosno ocjene drugostupanjskog suda kako "nema univerzalnog odgovora o prirodi korištenja toga pozdrava, niti se to može očekivati s obzirom na notornu kompleksnost i višeznačje korištenja tog izraza u različitim hrvatskim povijesnim vremenima".

Takvim je načinom obrazlaganja bitnih navoda osporene presude nagrižena sama bit poštene distribucije pravde koja traži razboritu i logički uravnoteženu argumentaciju suda. Zato je u tom dijelu, po mom mišljenju, nedvojbeno narušeno podnositeljevo pravo na pravičan sudski postupak iz članka 29. stavka 1. Ustava i članka 6. stavka 1. Konvencije i to u dimenziji prava na obrazloženu sudsku odluku te na stvarno i učinkovito ispitivanje bitnih navoda stranke.

Zaključno, povredu prava na pravičan sudski postupak nalazim i u činjenici da je tumačenje i ocjena spornog pozdrava (a isključivo o tome je i ovisio sadržaj presuđenja) u potpunoj suprotnosti s tumačenjem i ocjenom istog pozdrava u uvodno

citiranim presudama Prekršajnih sudova u Kninu i u Zagrebu. I u tim predmetima je, prema dostupnim citatima, ishod očito ovisio baš o toj interpretaciji. Stoga je irelevantno što je tamo bila riječ o prekršaju protiv javnog reda i mira i iz područja javnog okupljanja. Nije pritom također bitno niti to što drukčiji pristup spornom pozdravu izvire iz sudske prakse koja nije "stalna i ujednačena" kako se navodi u Odluci. Bit je u očito sukobljenim tumačenjima iste okolnosti od strane sudova iste jurisdikcije. Prema kriterijima ESLJP-a izraženima npr. u predmetu *Tudor Tudor protiv Rumunjske* (2009.) takav "sukob" (*conflicting interpretations*) rezultira pravnom nesigurnošću i povredom članka 6. stavka 1. Konvencije. Ovdje je navedena nesigurnost uzrokovana dubokim i očitim razlikama u pristupu prekršajnih sudova pitanju od osobitog značaja i pozornosti javnosti. Nije, naime, moguće izbjeći generalni dojam da unutar kraćeg vremenskog razdoblja ista represivna vlast države za bitno istovrsna ponašanja nekoga sankcionira a drugoga oslobađa bez prihvatljivog i razumnog opravdanja za takav različiti tretman. Mišljenja sam da izostanak strogih pravnih kriterija pri suđenju u postupcima pred prekršajnim sudovima u slučaju g. Šimunića nedvojbeno može ostaviti dojam odlučivanja na osnovi ideološko-političkih preferencija što je generalno loše za ugled pravosuđa i za povjerenje građana u njegov dobar rad.

Zbog gore izloženih razloga smatrao sam da osporene presude treba ukinuti radi provedbe ponovnog postupka u pravcu jasnog utvrđivanja konkretnih pravno odlučnih okolnosti ovoga slučaja na *lege artis* način i bez ideologiziranja.

U Zagrebu, 11. studenoga 2016.

SUDAC
Miroslav Šumanović, v. r.