

ЕРЕВАНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

АРАМЯН АРАМ ЖИРАЙРОВИЧ

**ОТРИЦАНИЕ ГЕНОЦИДА И ДРУГИХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ
ЧЕЛОВЕЧНОСТИ И ОГРАНИЧЕНИЕ ПРАВА НА СВОБОДУ СЛОВА:
МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ**

ДИССЕРТАЦИЯ

**на соискание ученой степени кандидата юридических наук
по специальности 12.00.06 - «Международное право»**

**Научный руководитель:
кандидат юридических наук,
доцент, В.В. Кочарян**

ЕРЕВАН – 2016

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА I. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВА НА СВОБОДУ СЛОВА	14
1. Основные принципы ограничения права на свободу слова.....	14
2. Анализ международно-правовой практики по ограничению права на свободу слова	22
ГЛАВА II. ОТРИЦАНИЕ ГЕНОЦИДА И ДРУГИХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЧЕЛОВЕЧНОСТИ КАК ОСНОВА ДЛЯ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВА НА СВОБОДУ СЛОВА	42
1. Общая характеристика и виды отрицания геноцида и других преступлений против человечности.....	42
2. Анализ проблем криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности.....	44
3. Анализ международной практики по вопросу отрицания геноцида и других преступлений против человечности.....	79
ГЛАВА III. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРИЦАНИЯ ГЕНОЦИДА АРМЯН	96
1. Некоторые проблемы криминализации отрицания Геноцида армян...	96
2. Вопрос отрицания Геноцида армян в практике Европейского суда по правам человека	108
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	126
СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ	131

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертации. В исторической перспективе массовые убийства, к сожалению, не являются новым феноменом. Определенно, современные случаи геноцида 20-го века показали необычайную степень и масштабы происшествий, однако, последующее отрицание геноцида и других преступлений против человечности, кажется, во многих аспектах является современным феноменом. Можно сказать, что в современные времена, отрицание случаев геноцида является очень распространенным явлением. Многие уверены, что отрицание это всего лишь последняя стадия геноцида, хотя с точки зрения международного уголовного права данное явление не признается в качестве составной части преступления геноцида. Конвенции о геноциде 1948 года всего лишь предусматривает наказание за подстрекательство к совершению геноцида, но не за его отрицание.¹ Однако, с точки зрения его значимости и характера отрицание (denial) распространяет преступление геноцида на следующие поколения, представляя собой продолжение намерения уничтожить группу. Профессор Ричард Ованесян, объясняя природу отрицания, пишет: *«Отрицание является последней стадией геноцида. После физического уничтожения народа и его материальной культуры, все, что остается это память и эта память и становится мишенью как последняя жертва. Полное уничтожение народа требует изгнание воспоминаний, и удушение памяти... Бесчувственный террор уступает место разуму, насилие приспособляется к объяснению, и истории придается новый вид для соответствия современной повестке дня... Таким образом, процесс истребления и уничтожения продолжается и заканчивается*

¹ Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него, была принята резолюцией 260 (III) Генеральной Ассамблеей Организации Объединённых Наций от 9 декабря 1948 года в Париже.

отрицанием».² Большинство из ученых, независимо от сферы исследования, признают, что отрицание является «единосущным» с геноцидом, являясь «частью его», «убийством памяти».³

Вместе с тем, свобода слова является одной из самых важных и фундаментальных прав гарантированных международным правом и основой для любой демократической системы общества. Международный пакт о гражданских и политических правах, почти в точности приводящий формулировку Всеобщей декларации прав человека в статье 19, гласит: «Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения».⁴ Однако, свобода выражения мнения, не является абсолютным правом. Оно является квалифицированным правом и может быть сопряжено с ограничениями, которые, однако, должны быть необходимыми и пропорциональными. Опасный и вредоносный характер отрицания в демократичном обществе может являться одним из оснований для ограничения права на свободу слова. Отрицание геноцида и других преступлений против человечности может подпадать под запрет, когда оно нарушает закон и порядок через выражение расистских, ненавистнических высказываний, нарушающими уважение прав иных лиц, когда оно становится угрозой для общественного порядка, здоровья и нравственности населения.

Никакие правовые действия в сфере отрицания не будут восприняты с пониманием до тех пор, пока отрицание не будет предотвращаться из-за его пагубного характера и непосредственных, а также долгосрочных эффектов на индивидуальном и коллективном уровне. Из-за его характера и эффектов отрицание геноцида должно быть специфическим образом адресовано законодательством. В противоположность с мнениями некоторых критиков, не

² Richard G. Hovannisian, “Denial of the Armenian Genocide in Comparison with Holocaust Denial” in Richard G. Hovannisian (ed.), *Remembrance and Denial: The Case of the Armenian Genocide*, Detroit: Wayne State University Press 1999, стр. 202.

³ См. Israel W. Charny, *A Contribution to the Psychology of Denial of Genocide*, J. Of Armenian St. 299 (1992).

⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах, *Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года*

криминализация отрицания является несоответствующим с демократическими ценностями, а отрицание как таковое. Криминализация отрицание всего лишь является инструментом, среди прочего, для предотвращения геноцида, связывающее прошлое с будущим.

Актуальность и своевременность исследования для Республики Армения обусловлены, в том числе и тем, что, Геноцид армян отрицается не только индивидами или группами индивидов, но и поддерживается государством. В данном контексте особо актуальным является дело *Перинчека против Швейцарии*, в котором Догу Перинчек, турецкий политический лидер, несколько раз публично выступал в трех разных конференций в Швейцарии, называя Геноцид армян «международной ложью». В данном деле первый раз вопрос отрицания Геноцида армян был рассмотрен Европейским судом по правам человека. Европейский суд, однако, признал нарушение права Перинчека на свободу выражение его мнений и поддержал его доводы. Суд неоправданным образом поставил разницу между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян, что по нашему мнению является недопустимым подходом. По этой причине, исследование проблемы отрицания геноцида и других преступлений против человечности представляет особый интерес для автора и становится особо актуальным для Республики Армения.

Указанные выше и некоторые другие обстоятельства обусловили выбор темы диссертационной работы, ее актуальность и значимость для науки международного права и интересов Республики Армения.

Степень научной разработанности темы. Вопросы международно-правового регулирования ограничения свободы слова и отрицания геноцида и других преступлений против человечности представляются малоисследованными в русскоязычной научной литературе. В Республике Армения нет специальных комплексных научных исследований по теме диссертационной работы. В отечественной научной литературе вопросы отрицания геноцида исследованы В. Кочаряном, Е. Киракосяном, В.

Варданыном, Л. Геворкяном, однако общего исследования по данному вопросу в РА не проводилось. Более того, с учетом острой актуальности темы диссертационной работы в мировом масштабе основные научные и практические исследования по теме были проведены сравнительно недавно и, в результате, еще не были глубоко и всесторонне изучены в рамках отечественной научной литературы, а также в научной литературе государств-участников Содружества Независимых Государств. В настоящей работе сделана попытка восполнить имеющиеся пробелы в науке международного права и предложить авторское видение справедливого и оптимального решения относительно международно-правовых вопросов исследуемой темы.

Цели и задачи исследования. Целью настоящей диссертационной работы является проведение комплексного анализа и всестороннего освещения наиболее актуальных проблем связанных с отрицанием геноцида и других преступлений против человечности и ограничением права на свободу слова.

Достижение указанных целей связано с решением следующих **задач**:

а) всесторонний анализ международно-правовых норм и судебной практики касательно взаимосвязи ограничения права на свободу слова и отрицания геноцида и других преступлений против человечности,

б) исследование общетеоретических вопросов, а также международную и сравнительную практику по ограничению права на свободу выражения мнений,

в) выявление международных обязательств государств по криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности,

г) исследование международного права на предмет ограничений на свободу слова в случае криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности,

д) исследование международно-правовой практики по криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности,

е) выявление и решение проблем относительно криминализации отрицания Геноцида армян.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются международно-правовые отношения, возникающие в связи с ограничением права на свободу выражения мнения и отрицанием геноцида и других преступлений против человечности. Предметом диссертационной работы является совокупность международно-правовых норм, регламентирующих взаимосвязь права на свободу выражение мнений и отрицание геноцида и других преступлений против человечности как основание для ограничения свободы слова.

Методологическая основа и методика диссертационного исследования. В процессе проведения исследования применялся диалектический подход рассмотрения исследуемых вопросов, были выявлены причинно-следственные связи между исследуемыми явлениями и процессами. Методологической основой исследования послужили общенаучные методы теоретического познания, общелогические приемы исследования, такие как общенаучный системный подход и логические приемы дедуктивного и индуктивного умозаключений. В процессе изучения различных аспектов диссертационной работы использовались также такие специальные и частно-научные методы познания, как методы системного и статистического анализа, исторический, сравнительно-правовой, формально-юридический методы, метод правового моделирования и другие.

Теоретическая основа исследования. Теоретической основой исследования являются результаты научных работ в области международного права, международно-правовая практика государств, а также ряд международных договоров и судебных прецедентов. В процессе проведения исследования автор, в частности, использовал теоретические работы философов, юристов-международников, а также специалистов в области защиты прав человека и свободы слова, в частности, Дж. Милля, Дж. Файнберга, Р. Коэна-Альмагора, Ф. Шауера, Д. Дворкина и других, посвященные анализу общих вопросов ограничения права на свободу слова,

также таких философов, юристов-международников и специалистов в области защиты прав человека как Р. Кана, И. Шарни, Э. Барендта, Л. Пека, Т. Макгонагли, Дж. Кнештле, М. Розенфельда, Э. Фронзы, Д. Фрейзера, М. Имбле, Т. Хокмана и других, посвященные вопросам отрицания геноцида и других преступлений против человечности.

Нормативная основа исследования. Нормативную основу исследования составили Всеобщая декларация прав человека, Международный пакт о гражданских и политических правах, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Рамочное решение ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией, Устав Нюрнбергского трибунала, Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, Статут Международного уголовного суда, Конституция США, уголовное законодательство Германии, Франции, Испании, Швейцарии, Словакии, Греции и др., а также иные релевантные международные договоры, национальные акты государств, акты международных организаций.

Эмпирическая основа исследования. Эмпирической основой исследования послужили определенные решения и постановления международных и национальных судебных органов, такие как:

- решения и постановления Европейского суда по правам человека;
- решения Комитета ООН по правам человека;
- постановления Конституционного суда Испании;
- постановления Конституционного совета Франции;
- решения Верховного суда США;
- решения судов Швейцарии,

и другие решения и постановления международных и национальных судебных органов.

Научная новизна работы. Комплексное, всестороннее, специальное исследование, посвященное международно-правовым вопросам отрицания

геноцида и других преступлений против человечности и ограничения свободы слова в армянской правовой науке проведено впервые. В рамках данного исследования:

- исследованы основные теоретические и практические предпосылки для ограничения права на свободу слова в международном праве,
- исследованы основные виды отрицания геноцида и других преступлений против человечности и определены различные подходы относительно криминализации геноцида и других преступлений против человечности в зависимости от вида отрицания,
- выявлены международно-правовые проблемы в сфере криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности,
- исследованы международно-правовые инструменты, предусматривающие наложение позитивных обязательств для государств по криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности,
- выявлены и адресованы основные проблемы, касающиеся криминализации отрицания Геноцид армян.

Научная новизна исследования находит свое отражение также в **основных положениях, выносимых на защиту:**

1. На основе исследования международных обязательств и практики государств относительно криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности было выявлено, что для правомерного ограничения права на свободу слова высказывания, отрицающие геноцид и другие преступления против человечности должны иметь расистский или ненавистнический характер. Таким образом, в международном праве в основном криминализация только лишь **квалифицированного отрицания** геноцида и других преступлений против человечности является правомерным основанием для ограничения права на свободу слова. Однако, вместе с тем, государства не должны запрещать или наказывать простое выражение мнений об исторических фактах.

2. Проведенное исследование выявило, что в международном праве государства имеют универсальные обязательства запрещать публичное выражение мнений, подстрекающих к расовой дискриминации или ненависти, в том числе с помощью уголовного законодательства. В связи с этим, на основе проведенного исследования можно утверждать, что государства также имеют позитивные обязательства универсального характера запрещать и криминализировать публичное отрицание геноцида и других преступлений против человечности, при условии, что такое отрицание представляет собой подстрекательство к расовой дискриминации или ненависти. Данные обязательства государств относятся не только к криминализации отрицания Холокоста, но и иных случаев геноцида и преступлений против человечности.

3. Для недопущения непропорционального ограничения права на свободу слова при определении вины за **простое отрицание** геноцида и других преступлений против человечности необходимым основанием должно являться требование наличия *mal intent* или недобросовестного намерения у отрицающего. Недобросовестность выражается тогда, когда отрицающий знает или должен был знать, о ложности своих суждений, отрицающих геноцид или другие преступления против человечности. Соответственно, при оценке виновности отрицающего суд должен принять во внимание уровень образования отрицающего и иные контекстуальные факторы и обстоятельства. В особенности, при определении вины нужно проводить различие между «ученым» и лицом, который отрицает геноцид или другие преступления против человечности без каких либо «научных» проявлений. Данное требование существенным образом сужает объем ограничения, не налагая непропорциональные ограничения на свободу слова и, в частности, не препятствуя пользованию научной и академической свободой. Однако свобода ученого не означает безответственность. Основопологающим элементом здесь должна играть идея об ответственности, которым должен обладать тот, кто ставит под сомнение геноцид или иные преступления против человечности.

4. Различия, проводимые Конституционным судом Испании между отрицанием и оправданием геноцида и других преступлений против человечности, являются искусственными и нечеткими. Такое различие также является неустойчивым, так как отрицание, так же, как и оправдание геноцида, унижает пострадавших и их семей, оскорбляет память погибших людей, реабилитирует тех, кто был ответственен за геноцид или преступления против человечности, и таким образом является серьезным подстрекательством к ненависти и расовой дискриминации. Таким образом, мы считаем, что проведение таких различий является неоправданным и противоречит международным обязательствам государств по криминализации, как оправдания, так и отрицания геноцида и других преступлений против человечности.

5. Исследование практики Европейского суда по правам человека показало, что положение о злоупотреблении прав (статья 17) Европейской конвенции применялось исключительно в отношении отрицания Холокоста как «четко установленного исторического факта». Однако существует неясность в отношении данной концепции. В соответствии с этой категоризацией ЕСПЧ проводит различие между отрицанием Холокоста и отрицанием других случаев геноцида. Это различие приводит к проблеме неравенства в отношении жертв различных исторических событий и к применению двойных стандартов. Это является одним из самых проблематичных аспектов практики Суда. В то время как Суд использует слово «факты» во множественном числе, однако только лишь Холокост был признан в качестве «четко установленного исторического факта» и Суд все еще точным образом не дал объяснение о том, когда конкретно исторический факт становится «четко установленным».

6. Позиция Европейского суда по правам человека в вопросе отрицания геноцида является чрезмерно односторонней и несбалансированной, направленной на запрещение отрицания одного лишь Холокоста через применение «эффекта гильотины» статьи 17 Европейской конвенции

(положения о злоупотреблении прав). Практика ЕСПЧ показывает, что Суд приходит к заключению о том, что высказывания, отрицающие Холокост полностью и автоматически выходят за рамки защиты статьи 10 Европейской конвенции. Полагаем, что более разумным подходом было бы проведение оценки присутствия или отсутствия нарушения права на свободу слова согласно общим механизмам статьи 10 Европейской конвенции, а также предоставление большей свободы усмотрения национальным судам в этом вопросе.

7. В международном праве не существуют никаких оснований для проведения любых разграничения между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян. В частности, мы полагаем, что проведение разграничений относительно присутствия социальной необходимости для запрещения отрицания Холокоста и отрицания Геноцида армян является искусственным и необоснованным. Государства, в которых существует армянская диаспора, имеют обязательства препятствовать распространению ненависти и дискриминации в отношении армян, которые, как и все национальные меньшинства, нуждаются в специальной защите от расовой дискриминации и ненависти, в том числе при помощи уголовного законодательства. Таким образом, по нашему мнению, в таких странах существует настоятельная социальная необходимость в демократичном обществе обеспечить защиту армян от расистских и ненавистнических настроений, в том числе с помощью запрещения и наказания за выражения публичных мнений, отрицающих Геноцид армян, являющиеся подстрекательством к ненависти, а также выраженные расистскими или иными недобросовестными намерениями.

Теоретическое и практическое значение исследования. Теоретическое значение диссертационной работы заключается в том, что она является первым всесторонним исследованием, выполненным в РА относительно проблемы отрицания геноцида и других преступлений против человечности и ограничения права на свободу слова. Проанализированные автором

теоретические положения и разработанные выводы могут быть использованы для определения наиболее актуальных проблем международно-правового регулирования вопросов касательно ограничения права на свободу выражения мнений и отрицания геноцида и других преступлений против человечности. Результаты диссертационного исследования могут быть использованы при осуществлении новых научных исследований в области международного права. Практическая значимость работы заключается в том, что соответствующие предложения и выводы могут использоваться для решения ряда практических проблем связанных с вопросами соотношения права на свободу слова и отрицания геноцида и других преступлений против человечности, криминализации и применении уголовного наказания за такие деяния.

Апробация результатов исследования. Тема диссертации была утверждена на кафедре европейского и международного права Ереванского государственного университета, где было проведено обсуждение и рецензирование проведенного исследования. Основные положения диссертации были опубликованы в семи научных статьях, выводы обсуждались во время круглых столов и семинарах, в Международной научно-практической конференции, посвященной 100-летию со дня основания Южного федерального университета, в Юбилейной Десятой Годичной Научной Конференции Российско-Армянского университета.

Структура диссертационной работы: Диссертационная работа состоит из введения, основного содержания (три главы, семь параграфов), заключения и списка использованной литературы.

ГЛАВА I. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВА НА СВОБОДУ СЛОВА

1. Основные принципы ограничения права на свободу слова

Ни в одном обществе, когда либо существовавшем, свобода слова не понималась как неограниченная возможность говорить и выражать все, о чем задумается, без риска ущемления правовой системы данного общества. Даже при сегодняшних демократических системах идея о свободе слова без ограничений не находит серьезной поддержки. Согласно почти всем ученым и философам, занимающимся вопросами свободы слова, данная свобода не является и не может являться абсолютной. Несмотря на то, что все они признают важность свободы слова для выявления истины, поощрения самореализации индивидов и поддержания демократии, они также уверены, что неограниченная свобода слова приводит к обратным, зачастую неблагоприятным результатам, давая возможность процветанию нетерпимости, оскорбляя достоинство иных лиц и таким образом рискуя уничтожить ту самую демократию, которую она призвана защищать и охранять.

Целью данной главы диссертационного исследования не является выявление вопроса о том «должно ли слово быть ограничено?», а попытка разобраться в том, *как* и *насколько* выражение мнения может и должно быть ограничено. Это необходимо для более основательного понимания и исследования вопроса ограничения выражения мнения, отрицающего геноцид или иные преступления против человечности и/или выражения мнения, разжигающее ненависть. Глава подразделена на две основные части. В первой, исследуются общетеоретические основы ограничения свободы слова, а вторая часть посвящена практике ограничения свободы слова, действующей в системе международного права, а также в американской системе. Широкий спектр мнений в области теоретических основ ограничения права на свободу слова можно сгруппировать в три основные принципы понимания границ свободы

слова - принцип вреда (harm principle), принцип оскорбления (offence principle) и принцип демократических ценностей (democratic values principle).

Принцип вреда (harm principle), фактически является самой дозволительной теорией, защищающей свободу слова, хотя этот принцип одновременно является и оправданием для ограничения свободы слова. В своей работе «О свободе» Джон Стюарт Милль подчеркивает, что свобода слова должна действовать в обществе для всех, касательно любого предмета дискуссий, «имеющим практический или спекулятивный, нравственный или теологический характер»... «каким бы аморальным бы не был предмет дискуссии».⁵ Даже если человек один против всего общества в поддержании своего мнения, даже если его мнение заходит за грани социальных «красных линий» и вовлекает обсуждение моральных, политических или религиозных тем и даже если это мнение является шокирующим, еретическим или неправильным, все это не является причиной для запрещения этой свободы.⁶ «Единственной целью, ради которой власть может быть справедливым образом применена против члена общества, против его воли, может являться цель предотвращения причинения вреда другим лицам», - пишет Милль.⁷ Только в данном случае, Милль верит, что в обществе должны существовать определенные правила поведения, которые руководили бы мнением в политическом обществе.⁸ Иначе говоря, выражение мнения должно быть свободным пока оно не наносит чрезмерный вред кому бы то ни было еще.

Так как существуют несколько возможных путей, по которым выражение мнения может причинить вред членам общества, важно установить, что понимается под этим понятием. Не все типы выражения мнения, наносящие вред, могут быть должным образом ограничены, а только выражение мнения, которое причиняет вред другим лицам, наносящее определенный ущерб или

⁵ Mill, J., *On Liberty* (1859), (London: Penguin, 1982) стр. 75

⁶ Mill, J., (1859) стр. 11,16; Feinberg, J., *Joel Feinberg, Harm to Others* (New York, Oxford: Oxford University Press, 1984) стр. 215-216.

⁷ Mill, J., (1859) стр. 86.

⁸ Feinberg, J., (1984) стр. 11

риск нанесения ущерба и, которое пагубно влияет на интересы других.⁹ Милль приводит несколько необходимых условий, которые необходимо удовлетворять для того, чтобы можно было законным образом запрещать выражение мнения, наносящее вред. Во-первых, слово должно представлять «прямую и непосредственную угрозу» для иных лиц.¹⁰ Под этим Милль понимает то, что «вред наносимый тем, кому это слово адресовано, должен проявляться каким-то образом в настоящем времени или в ближайшем будущем».¹¹ Выражение мнения, которое не побуждает кого-либо совершать немедленные действия, является защищаемой согласно теории Милля. Во-вторых, вред, причиненный выражением мнения, должен быть «правомерным ущербом».

Таким образом, «принцип вреда» является наиболее «либеральной» теорией, защищающей свободу слова, хотя одновременно является и обоснованием для ограничения права на свободу слова. Профессор Дейвид Милль понимает принцип вреда в более широком значении, однако он применяет особо строгие критерии для ограничения слова. Он утверждает, что почти все способы выражения мнения должны быть за пределами регулирования закона.¹² Таким образом, как мы видим, данная теория формулируется в довольно строгой манере и, согласно ей, единственным «легитимным» способом, по которому свобода слова может ограничиваться, является та ситуация, когда данная свобода причиняет непосредственный вред другим лицам, таким образом, исключая многие виды выражения мнения, которые могут считаться неприемлемыми со стороны общества, но не наносящими какой либо вред. В этом и можно уследить основные проблемы возникающие при практическом применении данного принципа для наложения

⁹ Mill, J., (1859) стр.70-71, 141,149; Jorge Menezes Oliveira, "Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty", Faculty of Law, Oxford University, 2004, стр. 13.

¹⁰ Mill, J., (1859) 71.

¹¹ См. Almagor, R., Speech, Media, and Ethics: The Limits of Free Expression (Palgrave, Basingstoke, 2001) стр. 5-6

¹² Mill, D., "Freedom of Speech", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2002 Edition), Edward N. Zalta (ed.), at URL [dittp://plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/freedom-speech/](http://plato.stanford.edu/archives/win2002/entries/freedom-speech/)

ограничения на свободу слова. Соответственно, этот принцип во многом критикуется.¹³ Основная критика относится к тому, что этот принцип, как мы показали, является слишком узким, не имеющим возможности включать в себя такие категории выражения мнения, как, к примеру, ненавистнические высказывания или порнография. Согласно критикам, принцип вреда должен включать в себя не только возможность физического вреда, но и психологического, аналогично тому, как мы относимся к нанесению физической боли как к противозаконному акту и считаем правом и долгом государства запретить нанесение таких страданий.¹⁴ Как отмечает Коэн-Альмагор, «существуют основания для ограничения свободы слова не только, когда есть намерение причинять физический вред, но и тогда, когда она направлена на причинение психологического вреда».¹⁵ Мы согласны с мнением тех ученых, которые считают, что для установления границ для свободы слова более весомую роль должен играть принцип оскорбления, о котором будет идти речь дальше.¹⁶ На практике, большинство из демократических систем полагаются именно на принцип оскорбления для регулирования некоторого рода выражения мнения. Ненавистнические высказывания, как наглядный тому пример «безвредного», но наносящего оскорбление вида выражения мнения обычно не подпадает под регулирование принципа вреда, однако является запрещенной, или по крайней мере регулируемой многими международными правовыми инструментами такими как, к примеру, Международный Пакт о Гражданских и Политических Правах или Международная Конвенция о Ликвидации Всех Форм Расовой Дискриминации и в конечном счете в тех государствах, где правовая система и практика направлены на криминализацию ненавистнических высказываний.

¹³ Harcourt, B., "The Collapse of the Harm Principle", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90.1 (1999) стр.109-194; Knowles, D., "A Reformulation of the Harm Principle", *Political Theory*, 6.2 (1978) стр. 233-246.

¹⁴ Almagor, R., (2001) стр. 4.

¹⁵ там же.

¹⁶ Feinberg, J., *Harm to Self* (New York: Oxford University Press) 1986, стр. 3.

Во многих обществах, даже в самых либеральных, за исключением в некоторой степени США, существуют ограничения на некоторые «безвредные» виды выражения мнения, которые, наносят оскорбление иным лицам. Однако, сомнительно то, что такие виды выражения мнения могут ограничиваться согласно принципу вреда, так как некоторые виды психологического состояния не являются сами по себе вредоносными в физическом плане. Это привело некоторых ученых, в частности Файнберга, к поддержанию другой теории, которая наряду с принципом вреда может решить возникшие проблемы и в некоторой степени «занизить поставленную планку».¹⁷

Этим принципом является принцип оскорбления (offense principle), согласно которому свобода выражения мнения может быть ограничена по причине ее оскорбительного характера, а не из-за причиненного вреда. Уважаемый ученый в сфере социальной философии, Джоэль Фейнберг, поддерживает точку зрения о том, что предотвращение безвредного оскорбления является законным основанием в уголовном праве. В частности он пишет, что: *«Быть заставленным терпеть оскорбления, будь это оскорбление чувств, отвращение, шок, стыд или унижение является злом, даже в тех случаях, когда это не причиняет никакого вреда. Оскорбление, более того, принадлежит к тому классу зла, от которого прямым образом страдают конкретные люди, которые затем высказывают свои реальные обиды. Их жертвы обижены, даже без причинения вреда. Только по этой причине, морально правильным является регулирование таких оскорблений в рамках уголовного законодательства»*.¹⁸

Важность принципа оскорбления, даже в самых либеральных демократиях нельзя отрицать. Тогда, когда содержание и/или манера выражения мнения направлена на причинения психологического оскорбления определенной группе и обстоятельства являются такими, что такая целевая группа неотвратимым образом подпадает под такие оскорбления, тогда такой вид

¹⁷ там же, стр. 12, 15

¹⁸ Feinberg, J., (1986) стр. 49.

выражения мнения должен быть ограничен.¹⁹ Даже Джон Милль, как ни странно, прибавляет другое исключение, позволяющее наложение ограничений на некоторые виды выражения мнения, когда они нарушают «добрые нравы» и таким образом наносят оскорбления, даже без необходимости причинения вреда.²⁰

Однако, принцип оскорбления также не является всеобъемлющим и не позволяет включать некоторые иные виды выражения мнения. Соображения о демократических ценностях приходят на помощь там, где оба принципа – вреда и оскорбления не могут адекватно и полно адресовать некоторые виды высказываний. Согласно «принципу демократических ценностей» (democratic values principle), выражение мнения может быть ограничено из за соображений о равенстве в демократической системе. Идея в том, что принципы вреда и оскорбления ставят планку слишком высоко и, что некоторые виды выражения мнения нужно ограничивать ради демократического равенства или ради большей свободы для общества в целом. Согласно Дейвиду Миллю, *«когда мы обсуждаем свободу слова, мы не имеем дело только с этим правом в изоляции. На самом деле мы сравниваем свободу слова с иным благом».*²¹ В результате, когда существуют противоречия в системе ценностей общества, то свобода слова и иные ценности не должны претендовать на абсолютный статус. Право на свободу слова интегрирована в современные либеральные демократические системы. Оно является фундаментальным для существования демократии. Однако, в то же время, это право может через его применение, как в случае других прав, привести к его уничтожению. К примеру, что если слово, призванное сохранять демократию, нацелено на уничтожение этой демократии, побуждая других свергнуть эту демократию? Как отмечает Коэн-Альмагор, *«Толерантность, согласно которому право на свободу слова понимается как карт бланш, позволяя любому высказываться так, как угодно может является*

¹⁹ Almagor, R., (2001) стр. 22.

²⁰ Feinberg, J., (1984) стр.14; См. еще Ten, C., Mill on Liberty, Oxford-Clarendon Press, 1980, стр. 106-107.

²¹ Mill, D., "Freedom of Speech" (2002) стр. 5

контрпродуктивной, помогая процветанию нетерпимости, выражения мнений и движений на почве ненависти... таким образом трансформируя свободу слова в орудие для лишения свободы иных лиц».²² Это является основным аргументом для тех, кто признает целесообразность ограничения свободы слова в случаях, когда демократия, права других и общественный порядок ставятся под угрозой. К примеру, Конституционный Суд Южно-Африканской республики в деле *С против Мамаболо* высказал мнение, что свобода слова «Не может автоматическим образом превосходить над правом на человеческое достоинство. Право на достоинство является, по меньшей мере, таким же подлежащим защите как право на свободу слова.»²³ Таким образом, согласно данному принципу некоторые виды слова не совместимы с фундаментальными ценностями либеральной демократии. Когда свобода слова вмешивается в осуществление прав и свобод иных лиц, в таком случае защита предоставляемая свободе слова ослабевает. Наглядным примером этому являются «ненавистнические высказывания» (hate speech). Такое слово не признает неотъемлемое право на уважение достоинства всех лиц и их иные равнозначные и неотчуждаемые права. Так согласно Фиссу, высказывания разжигающие ненависть должны быть запрещены не только потому, что такие высказывания нарушают права иных лиц, но и потому, что они *«ограничивают их права по поводу выражения своего мнения, так как препятствуют им принять участие в общественной дискуссии. Они таким образом, менее склонны высказывать свои мнения в общественной жизни и больше склонны к тому, чтобы запереться в себя. Их голоса подавляются таким же образом, как если бы государство вмешалось, чтобы подавить их»*.²⁴ Таким образом, такие виды высказываний могут быть запрещены даже тогда, когда они не наносят вреда или не являются оскорбительными, так как они не совместимы с основополагающими ценностями либеральной демократии.

²²Almagor, R., (2001) стр. 18, 23.

²³S v. Mamabolo, 2001 (3) SA 409 (CC).

²⁴Fiss, O., "The Right Kind of Neutrality", in Fiss, Liberalism Divided (Boulder, Westview, 1996) стр. 117.

Давая оценку этому принципу, нужно сказать, что некоторые относятся к нему с некоторым опасением и считают, что при действии такой системы государство будет иметь слишком широкие возможности для подавления свободы слова и защита этой свободы будет непропорциональным и существенным образом ограничена. Однако, такие опасения кажутся не совсем обоснованными, так как принцип демократических ценностей не утверждает, что свобода слова должна всегда «проигрывать», когда сталкивается с фундаментальными принципами современной либеральной демократии, а говорит о том, что свобода слова не должно автоматически считаться привилегированным. Задачей не является ограничение всех видов выражения мнения, а задача состоит в том, чтоб найти тот действенный компромисс, который бы подавал должное разное вида ценностям. Согласно профессору Шауеру, «даже в тех государствах и обществах, где свобода слова воспринимается всерьез, существуют разные мнения по поводу степени, в которой свобода слова должна превалировать, когда она находится в конфликте с другими важными ценностями».²⁵

Делая выводы, нужно сказать, что существуют три основные теоретические принципы для определения границ свободы слова: принцип вреда (harm principle), принцип оскорбления (offence principle) и принцип демократических ценностей (democratic values principle). Соответственно, выражение мнения, которое является вредоносным или оскорбительным для индивидуумов, групп или общества в целом или нарушает права и свободы иных лиц имеет более низкую социальную ценность. Согласно принципу вреда свобода слова действует, пока это слово не причиняет непосредственный вред иным лицам. На практике, большинство из демократических систем полагаются на принцип оскорбления для регулирования свободы слова. Ненавистнические высказывания, как наглядный тому пример «безвредного», но наносящего оскорбление слова обычно не подпадает под регулирование принципа вреда,

²⁵ Schauer, F., (2006) стр. 6.

однако является запрещенной, или, по крайней мере, регулируемой многими международными правовыми инструментами. Согласно принципу демократических ценностей некоторые типы выражения мнения могут быть запрещены ради большей свободы для общества в целом.

Далее, рассматривая международно-правовую практику ограничения права на свободу выражения мнения мы увидим, что хотя статья 10 Европейской конвенции по правам человека и статья 19 Пакта о Гражданских и Политических Правах явным образом не предусматривают ограничение права на свободу выражения мнения в интересах избегания слова, которое может разжечь ненависть и расовую дискриминацию, кроме случаев, когда выражение мнения будет считаться угрозой для государственной безопасности, общественному порядку и морали и т.д.,²⁶ однако статья 17 Европейской конвенции и статья 20 Пакта предусматривают непосредственные правомерные возможности для такого ограничения. Основой для допустимого правового контроля является балансирование ценностей толерантности, плюрализма, равенства и уважении достоинства отдельных индивидуумов и группы таких индивидуумов, в общем. Как мы убедимся, ситуация несколько иная в США, где либертарианский тон судебной практики относительно применения Первой поправки к Конституции США направлен на гарантирование иных ценностей.²⁷

2. Анализ международно-правовой практики по ограничению права на свободу слова

В предыдущем параграфе мы рассмотрели основные теоретические принципы о границах свободы слова и способах ее ограничения. В данной части мы попытаемся разобраться в практике и реалиях ограничения свободы слова действующих в международном праве, а также в правовой системе США.

²⁶ Clements, L., *European Human Rights, Taking a case under the Convention* (London: Sweet & Maxwell, 1994) стр. 179

²⁷ Cram, I., *Contested Words: Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies* (Ashgate Publishing, 2006) стр. 102.

Рассмотрение системы свободы слова, действующая в Соединенных Штатах, наряду с международно-правовыми регуляциями обусловлено тем, что понимание и философское оправдание возможного ограничения свободы слова в правовой системе США почти уникальным образом отличается от остальных демократических систем. В Соединенных Штатах Америки свобода слова гарантируется Первой поправкой к Конституции США. Она предусматривает, что «Конгресс не будет принимать закон...ограничивающий свободу слова». Однако, в отличие от ситуации в международном праве касательно регуляции свободы слова, Первая поправка конкретным образом не определяет границы этого права.

Практика Верховного Суда по толкованию и применению Первой поправки придерживается концепции "свободного рынка идей", основанной на том понимании, что "наилучшим тестом для правды, является сила идеи способной быть признанным среди других конкурирующих идей на рынке".²⁸ Свобода слова понимается как почти что абсолютная ценность. Вместе с этим, вопрос о том, защищает ли право на свободу слова выражение мнений экстремистского и радикального характера стало "основой современного изучения Первой поправки к Конституции США"²⁹ и по сути это право может ограничиваться, когда тест "явной и непосредственной угрозы" считается пройденным.

Можно сказать, что, когда речь идет об американской системе защиты свободы слова, основополагающим является тест явной и реальной угрозы (clear and present danger test).³⁰ Данный тест был впервые применен судьей Холмс в деле *Шенк против США* в 1919 году, где он основал доктрину, которая в дальнейшем, в той или иной форме, была многократно применена для определения границ свободы слова. Данный тест устанавливает пределы тех

²⁸ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution* (Oxford University Press 1996), стр. 197

²⁹ Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom Of Speech And Extremist Speech In America* (Oxford University Press 1986), стр. 7

³⁰ Hentoff T., "Speech, Harm, and Self-Government: Understanding the Ambit of the Clear and Present Danger Test", *Columbia Law Review*, 91 (1991) стр. 1453.

высказываний, которые правительство может законным образом ограничивать.³¹ Дело *Шенка* началось с того, что Чарльз Шенк, генеральный секретарь Социалистической партии послал копию письма, в котором убеждал о необходимости сопротивления военному проекту для мужчин, составленной для Первой мировой войны. В данной листовке выражался протест против проекта, который согласно Холмсу являлся инструментом в руках элиты Уолл-стрита и утверждал о наличии права согласно конституции выступать против данного проекта. В заключении говорилось о том, что получатели листовок «должны внести свое участие в сохранении, поддержании и защите прав всех людей, живущих в стране». Судья Холмс, при написании единогласного решения Суда по данному делу признал Шенка виновным и заявил, что «вопрос, который встает, это то, ... являются ли по природе слова таковыми, чтобы создать явную и реальную угрозу...который Конгресс имеет право предотвращать?». ³² В качестве способа объяснения доктрины явной и реальной угрозы, Холмс использовал одну из самых известных аналогий в американской системе по защите свободы слова. Он написал: «Самая строгая защита свободы слова не смогла бы защитить человека, ложным образом выкрикивающим «огонь» в театре и вызывающем панику». ³³

Однако, вскоре после дела *Шенка*, Холмс получил возможность усовершенствовать то, что в дальнейшем и стало известно как тест «явной и реальной угрозы», несмотря на то, что на этот раз это было его особое мнение. В своем особом мнении в деле *Абрамс против Соединенных Штатов*, он написал о том, что правительство может только «наказывать за высказывания, которые создают или направлены на создание явной и неизбежной угрозы, который приведет к какому-то немедленному существенному злу». ³⁴ Похоже,

³¹Antieau, C., "The Rule of Clear and Present Danger: Scope of Its Applicability", Michigan Law Review, 48.6 (1950) стр. 811-840; Castberg, F., Freedom of Speech in the West (Oslo: Oslo University Press, London: George Allen & Unwin LTD, 1960) стр. 165.

³²Schenck v. United States, 249 U. S. 47 (1919).

³³ там же

³⁴ Abrams v. United States, 250 U. S. 616 (1919).

что Холмс переосмыслил тест и сделал его более строгим.³⁵ Это было подчеркнуто судьей Брандейз в деле *Уитни против Калифорнии*, когда он заявил, что «для того, чтобы поддерживать наличие явной и реальной угрозы нужно показать, что, либо существуют опасения о применении непосредственного насилия, либо показать наличие пропаганды такого насилия.»³⁶ Таким образом, «угроза, исходящая из высказывания не может считаться «явной и реальной» пока случившееся зло не является таким неизбежным, чтобы материализоваться до возможной полной дискуссии».³⁷ В соответствии с этой формулой «явной и реальной угрозы» нужно дальше смотреть на серьезность и близость надвигающейся угрозы. Таким образом, согласно данному тесту, слово, призывающее к противозаконным действиям, подпадает под конституционную защиту, если отсутствует вероятность того, что данное слово на самом деле привлечет к таким действиям.³⁸

Верховный суд США разработал несколько вариаций к тесту явной и реальной угрозы. В последней версии данного теста Суд пошел дальше «явной и реальной угрозы» установленной в делах *Шенк* и *Денниз*. Кульминацией линии таких дел стало дело *Бранденбург против Охайо*, в котором Суд установил тест, считающийся историческим и прецедентным в сфере защиты свободы слова в США.³⁹ По делу *Бранденбурга*, лидер Ку Клукс Клана сделал расистские и антисемитские высказывания во время шествия клана и в дальнейшем был осужден по Уголовному Акту о Синдикализме штата Охайо из-за заявлений о том, что «если наше правительство будет продолжать подавлять белую расу, возможно, что этому последуют акты мести».⁴⁰ Закон Охайо считал уголовно наказуемым пропаганду «преступлений, саботажа,

³⁵ David R. Dow & R. Scott Shieldes "Rethinking the Clear and Present Danger Test", *Indiana Law Journal*, 73.4 (1998) стр. 1217.

³⁶ *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1972).

³⁷ там же

³⁸ Vincent Blasi, "The First Amendment and the Ideal of Civil Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney v. California*", *William and Mary Law Review* 29 (1988) стр. 653.

³⁹ Lynd, S., "Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Seasons?" *The University of Chicago Law Review* 43.1 (1975), стр. 151-191

⁴⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969).

насилия или противозаконные террористические методы как способы достижения индустриальных или политических реформ», а также создание «любого общества, группы или собрания людей, сформированных для обучения или пропаганды доктрины уголовного синдикализма». Суд признал Уголовный Акт о Синдикализме Охайо противоречащим конституции по той причине, что «конституционные гарантии свободы слова не допускают государство запретить либо объявлять вне закона использование силы или нарушение закона за исключением таких случаев, когда такая пропаганда вызовет непосредственное противозаконное действие и с вероятностью побудит или привлечете к такому действию».⁴¹ Таким образом, Суд установил современный вариант теста «явной и реальной угрозы». Под этим вариантом слово будет считаться защищенным пока нет вероятности, что оно побудит к противозаконному действию.

Таким образом, согласно этому варианту, для того, чтобы государство могло наказать за высказывание на основании теста явной и реальной угрозы, ему нужно будет удовлетворить тест, состоящий из трех частей. Во-первых, высказывание должно быть направлено на побуждение, а не только на пропаганду противозаконного действия. Во-вторых, пропаганда должна быть такой, чтобы призывать к непосредственному нарушению закона, а не только к каким либо возможным незаконным действиям в будущем. В конце концов, такая пропаганда должна с вероятностью привести к таким действиям. Это означает, что ответственность за высказывания, побуждающее других к совершению противозаконных действий является чрезвычайно узкой. Это показывает, что Суды использовали тест Бранденбурга для того, чтобы определить когда слово выходит за рамки простой пропаганды, которая считается защищаемой Первой поправкой, и становится побуждением, которое не подпадает под защиту. Иначе говоря, тест *Бранденбурга* установил границу для свободы слова в месте, где слово и противозаконное действие

⁴¹там же

«встречаются». Данное определение до сих пор является преобладающим толкованием свободы слова. Оно является основанием, на котором была построена современная система Первой поправки.

Однако вместе с тем Верховный Суд США неоднократно обращаясь к вопросу пределов свободы слова заявлял, что свобода слова, защищаемая Первой поправкой не является абсолютной.⁴² Ни один судья, когда либо не говорил о том, что свобода слова означает возможность говорить все, что захочется.⁴³ В попытке установления правила, согласно которому можно было решить когда слово не должно подпадать под защиту Первой поправки, Верховный Суд США применял несколько тестов для определения объема свободы слова, одним из которых является категориальный подход.⁴⁴

Категориальный подход как методология, принятая Верховным судом США, явным образом отличается от соответствующей методологии используемой Комитетом ООН по правам человека и Европейским судом, которые используют балансирующий подход. Этот тест начинается с идентификации общественных и личных интересов вовлеченных в конфликт и установлением разных «весов» для тех интересов, которые основывают их важность на общественном и индивидуальном здоровье. Эта методология таким образом решает правовой конфликт, давая возможность более важным интересам преобладать над менее важными интересами, или допуская любому из интересов преобладать в определенной мере.⁴⁵ Однако, в противоположность балансирующему тесту, категориальный подход был сконструирован Верховным судом США для определения объема защиты свободы слова, делая

⁴² См. *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) ; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) ; *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931) *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697(1931)

⁴³ Mendelson, W., "On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance." *California Law Review* 50 (1962), стр. 28;

⁴⁴ Gates, H., "Truth or Consequences: Putting Limits on Limits, in *The Limits of Expression in American Intellectual Life*", ACLS Occasional Paper, No. 22-New York: American Council of Learned Societies, 1993 стр. 1-8.

⁴⁵ Heyman, S., "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", *Boston University Law Review* 78.5 (1998) стр.1352;

опору на более широкую и абстрактную классификацию защищаемого и незащищаемого слова.⁴⁶ Согласно такому подходу, некоторые категории выражения мнения, как например детская порнография, «ругательские высказывания» (fighting words) и прямое подстрекательство обладают меньшей защитой, и каждая категория имеет свое регулирование дозволенного. Этот подход основывается на идее разделения категорий защищаемого и незащищаемого слова и далее подразделении защищаемого слова на отдельные категории.⁴⁷ Таким образом, получается, что подход, придерживаемый Верховным судом США шел по пути определения того, что не подпадает, а не того, что подпадает под определения защищаемого слова.

Можно сказать, что основной предпосылкой судебной практики по Первой поправке является то, что несколько, но не все категории слова заслуживают конституционной защиты.⁴⁸ Существуют категории, которые находятся в сфере незащищаемого слова. «Ругательские высказывания», по определению подпадают за пределы защиты Первой поправки, так же, как и слово, представляющее угрозу для национальной безопасности, а также слово, побуждающее к немедленному противозаконному акту. Такие категории слова могут запрещаться без нарушения Первой поправки. Обратное тоже верно: пока слово не подпадает в один из установленных категорий, правительство не может утверждать, что данное слово должно быть пресечено из за его вредоносного содержания. В данном случае, при намерении ограничить слово по причине его содержания, такое ограничение должно продвигать насущный интерес и должно быть наименьшим из возможных ограничительных способов для достижения этого интереса. Это является тестом строгого контроля, который сравним с тестом «необходимости в демократическом обществе»,

⁴⁶ Schlag P., An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech, University of California-Los Angeles Law Review 30 (1983), стр. 673.

⁴⁷ Trager, R., and Donna Dickerson, Freedom of Expression in the 21st Century (Thousand Oaks: Pine Forge Press, 1999), стр. 7

⁴⁸ Weaver, R. and Arthur D. Hellman, "The First Amendment: Cases, Materials and Problems," 2004. стр. 13

который применяется в международном праве для ограничения права на свободу слова. Иначе говоря, можно утверждать, что категориальный подход допускает ограничения пределов свободы слова, основанные на содержании высказываний. Законы, основанные на содержании это те, которые придают различный вес слову в зависимости от его предмета и содержания. Таким образом, исключая категориальную речь, мы можем в целом сказать, что регуляции, основанные на ограничении содержания слова являются неконституционными, пока они не поддерживают насущный государственный интерес и не являются узко сконструированными для защиты таких интересов.

Вышесказанное позволяет делать выводы о том, что Верховный суд, основываясь на категориальном подходе выбирает один из легких путей для решения трудных вопросов вызываемой Первой поправкой. Причиной этому может быть более предсказуемость категориального подхода, что является преимуществом, по крайней мере пока применимая категория может быть четко определена.⁴⁹ Таким образом, Суду при каждом случае только нужно решить вопрос о том, подпадает ли рассматриваемое слово по определению в одну или несколько из категорий.⁵⁰ Сторонники этого «иерархического» подхода, который проводит различие между «низко-значимым» и «высоко-значимым» словом, подчеркивают несколько иных преимуществ данной методологии.⁵¹ По их мнению, категоризация слова ограничивает возможность усмотрения со стороны судьей, способствуя созданию более полезного прецедентного права, нежели простой однородный подход. Категоризация, таким образом, имеет цель не допускать судьей неправильным образом уравнивать разного рода выражения, что привело бы к ослаблению «высоко-значимого» слова либо к чрезмерно-сильной защите «низко-значимого» слова за счет вовлеченного конкурирующего публичного интереса.

⁴⁹ Henkin, L., "Infallibility Under Law: Constitutional Balancing", Colum. L. Rev 78 (1978) стр. 1048

⁵⁰ Jenkins v. Georgia, 418 U. S. 153 (1974); Gooding v. Wilson, 405 U. S. 518 (1972).

⁵¹ Smolla, The First Amendment: Freedom of Expression, Regulation of Mass Media, Freedom of Religion (Durham, NC: Carolina Academic Press, 1999) стр. 17.

Однако критики, категориального подхода говорят, что Верховный суд, на самом деле, пытается осуществлять балансирование, однако делая это под прикрытием категоризации. Такой подход используется в делах, в которых дается определение некоторым видам слова и выражения как исключенными из защиты Первой поправки.⁵² Такие тесты, согласно критикам американского подхода, являются «подпольным и неискренним» применением того, что в международном праве права на свободу слова (Статья 19 Пакта и Статья 10 Европейской конвенции) сформулировано честным и ясным образом. Когда суды США позволяют праву свободы слова уступать насущным интересам, они проводят то же самое исследование по определению пропорциональности или балансирования интересов, но делают это менее честным образом.

На международном уровне свобода слова является одной из самых важных прав, гарантированных международным правом прав человека. Международный пакт о гражданских и политических правах (далее - Пакт), почти в точности приводящий формулировку Всеобщей декларации прав человека в статье 19, гласит, «Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения».⁵³ Однако, свобода выражения мнения, согласно данной статье не является абсолютной, как например запрет совершения пытки, а является ограниченным правом. Параграф 3 Статьи 19 гласит:

«Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми:

- a) для уважения прав и репутации других лиц;
- b) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.⁵⁴

⁵² Melamed, M., "Towards an Explicit Balancing Inquiry: R.A.V. and Black Through the Lens of Foreign Freedom of Expression Jurisprudence", (2007) стр. 4.

⁵³ Международный пакт о гражданских и политических правах, *Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года*

⁵⁴ там же

Это означает, что международное право, в отличие от американской системы, которая, как мы показали, предусматривает довольно жесткие условия для ограничения данного права, действует иначе, явным образом предусматривая возможность ограничения права на свободу выражения мнения в тех случаях, когда на кон поставлены интересы защиты личных и общественных интересов, перечисленных в параграфе 3 статьи 19 Пакта.⁵⁵ Данный параграф долгое время использовался судьями в качестве своеобразного путеводителя для определения границ возможного ограничения права на свободу выражения мнения. Комитет ООН по правам человека давая толкование данным формулировкам заметила, что: «*Взаимодействие между принципом свободы выражение мнения и такими ограничениями и определяет объем права лица*».⁵⁶ Комитет также заметил в Общем комментарии номер 10, что допустимые ограничения на свободу выражения мнения могут касаться «либо интересов иных лиц, либо всего общества в целом».⁵⁷ Однако это право дальше подпадает под иное разграничение статьи 20 Пакта, которая запрещает любую пропаганду, побуждение к насилию, и некоторые формы разжигания ненависти. Таким образом, Пакт в данном случае предусматривает обязательное ограничение такого рода высказываний.

Аналогичным образом, в контексте Европейской конвенции о защите прав человека (далее - Европейская конвенция или ЕКПЧ) право на свободное выражение мнения может быть ограничено согласно закону. Европейские страны, при проектировании статьи 10 Европейской конвенции пошли по пути осознанного разграничения объема тех прав, которые, если взять дословно, могли бы иметь неограниченные границы, таким образом, обращая внимание на необходимости проектирования прав таким образом, чтобы одновременно

⁵⁵ Joseph, S., Jenny Schultz, and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials, and commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2004), стр. 517;

⁵⁶ UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 10: Article 19 (Freedom of Expression)*, 29 June 1983

⁵⁷ там же

обеспечить их эффективную защиту и обеспечить место для ряда иных важных интересов.⁵⁸ Беглое чтение статьи 10 Европейской конвенции, создает впечатление слишком осторожного, если не сдерживающего подхода к праву на свободу слова. Согласно параграфу 2 статьи 10:

«Осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с определенными формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.»⁵⁹

Таким образом, можно заметить, что право на свободу слова в международном праве является классическим квалифицированным правом, которое должно быть сбалансировано другими конкурирующими интересами. Это означает, что в отличие от системы свободы слова действующей в США, система предусмотренная Пактом и Европейской конвенцией не придерживается «категориального подхода». В данных системах не проводится первоначальный анализ через исключения разного рода категорий высказываний из защиты. Скорее, можно сказать, что в системе Пакта и Европейской конвенции эти различия начинают проводиться только при последней стадии анализа, например, при оценки пропорциональности вмешательства. Иначе говоря, тогда когда американская система свободы слова в большинстве своем о категоризации и об усилиях исключения разных категорий слова из любого конституционного разбирательства, подход

⁵⁸ Ovey, C., and Robin C.A. White, *European Convention on Human Rights*, 3d edn (Oxford University Press, 2002), стр. 277; Macovei, M., *Freedom of expression: A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edn (Human rights handbooks no. 2. Council of Europe, 2004), стр. 7.

⁵⁹ Европейская конвенция о защите прав и основных свобод, Рим, 1950г., Статья 10

занимаемый международным правом прав человека является более прямолинейным и проводит прямую балансировку интересов свободы слова с иными общественными ценностями. Пакт и Европейская конвенция прямым образом уполномочивают проведение баланса интересов свободы слова и иных противодействующих интересов. К примеру, в контексте Европейской конвенции методология балансирования содержится в статье 10 (2), которая предшествует перед другими проведенными противодействующими интересами с заявлением о том что: *«Осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с определенными формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе»*.⁶⁰

Европейский суд употребил балансирующий тест согласно статьи 10 в деле *Санди Таймс против Соединенного Королевства*,⁶¹ схоже с ситуацией существующей в системе Пакта. Так, подход согласно Пакту и Европейской конвенции явно является двухступенчатым подходом, где первой ступенью является определение объема права, а дальше, если некая деятельность или некие ограничения со стороны государств подпадают под этот объем, тогда уже решается вопрос о том, являются ли данные ограничения оправданными согласно обозначенному бремени приводить оправдания и бремени пропорциональности. Однако это не означает, что международное право прав человека «открывает ворота» перед государствами для ограничения права на свободу слова. Напротив, ограничение данного права должно соответствовать строгому тесту обоснования.⁶² Комитет ООН по правам человека последовательно высказывал точку зрения, согласно которой любые ограничения, налагаемые на свободу слова должны быть необходимы с целью

⁶⁰ Европейская конвенция, Статья 10

⁶¹ *The Sunday Times v. United Kingdom (No 1)* 6538/74 [1979] ECHR.

⁶² *Kim v. Republic of Korea*. CCPR/C/64/D/574/1994; *Ross v. Canada* CCPR/C/70/Dr736/1997; *Laptsevich v. Belarus*, CCPR/C/68/D/780/1997. См. Bair, J., *The International Covenant on Civil And Political Rights And Its (First) Optional Protocol* (Peter Lang Pub Inc. 2005) стр. 89,92.

охраны одного из законных интересов, приведенных в статье 19(3)⁶³ Государство, таким образом, должно быть готово показать, что вмешательство в право обосновано одним или несколькими приведенными основаниями, предусмотренными данной статьей. К примеру, в контексте ограничения права на свободу выражения мнения с целью предупреждения терроризма, первичными основаниями для ограничения права, скорее всего, должна быть защита государственной безопасности и прав других лиц.

Данные ограничения на свободу слова подчиняются двум основным принципам. Первое, ограничения должны быть «предусмотрены законом». Это означает, что ограничение должно быть четким образом изложено в законе. Лицо должно знать степень ограничений его прав на свободу выражения мнения и может знать это только тогда, когда ограничение предусмотрено законом, а не тогда, когда это делается произвольным образом. Закон предусматривающий ограничение должен соответствовать некоторым характеристикам – он должен быть доступным, достаточным образом предельным и ясным, предсказуемым в применении и не иметь обратной силы. Неясным образом составленные указы с потенциально широкими возможностями применения, соответственно, не будут удовлетворять данному стандарту. Второе, ограничение должно также быть «необходимым». Из этого исходит и принцип пропорциональности. Ограничительная мера должна быть необходимой для достижения одной из целей предусмотренными Статьей 19 (3) (а) и (б). Соответственно, когда государства стремятся обосновать ограничения как ограничений подпадающих под сферу применения параграфа 3, Комитет по правам человека требует, чтобы эти государства демонстрировали в конкретной манере четкую природу угрозы любым из перечисленных целей, вызванными определенным видом слова, а также показать, в чем заключается необходимость ограничения такого мнения. При отсутствии такого рода оправдания, любое нарушение Статьи 19 (2) не будет

⁶³Wornah Mukong v. Cameroon, CCPR/C/51/D/458/1991; Pietrarola v. Uruguay, 44/1979, U. N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 76 (1984).

приемлемым.⁶⁴ Комитет по правам человека признал, что «любые ограничения права на свободу выражения мнения...должны кумулятивно соответствовать следующим условиям: они должны быть предусмотрены законом, должны быть обращены для достижения одной из целей, перечисленных в параграфе 3 (а) и (б) Статьи 19 и должны быть необходимы для достижения законной цели.»⁶⁵ В деле *ВумаМуконг против Камеруна*, автор жаловался на нарушение его права на свободу выражения мнения, после того как он был под преследованием за пропаганду многопартийной системы демократии и выражения мнения враждебной к правящей партии правительства. Государство ответило, что ограничения были оправданными согласно Статье 19(3). Комитет однако признал, что законная цель охраны и укрепления национального единства в условиях наличия сложных политических обстоятельствам не может быть достигнута через попытки запретить пропаганду мульти-партийной демократической системы и прав человека. В этой связи, вопрос решения метода, который мог бы соответствовать тесту «необходимости» в таких ситуациях не возникает. Таким образом, Комитет признал нарушение Статьи 19 Пакта.⁶⁶ Однако в деле *Росс против Канады*, Комитет нашел, что ограничения кумулятивным образом соответствовали условиям предусмотренным Статьей 19 (3) Пакта и соответственно нарушение Статьи 19 не имело места.⁶⁷

Все это в определенной мере можно сказать и о системе, действующей в Европейской конвенции. Тест, примененный в деле *Санди Таймс против Соединенного Королевства* является трехуровневой и неудовлетворение условий на любом уровне делает ограничение несоответствующим Конвенции.⁶⁸ В первую очередь, ЕСПЧ пытается понять, является ли

⁶⁴ См. Kim v. Republic of Korea, 574/1994, Pietraroia v. Uruguay, 44/1979; Hak-Chul Shin v. Republic of Korea CCPR/C/80/D/926/2000; Tae Hoon Park v. Republic of Korea CCPR/C/64/D/628/1995; Keun-Tae Kim v Reoublic of Korea CCPR/C/64/D/574/1994; Ballantyne v. Canada.

⁶⁵ Philip Afuson Njaru v. Cameroon, CCPR/C/89/D/1353/2005.

⁶⁶Womah Mukong v. Cameroon, 458/1991.

⁶⁷Ross v. Canada 736/1997.

⁶⁸ The Sunday Times v. United Kingdom (No 1) 6538/74 [1979] ECHR 1.

вмешательство в право, «предусмотренным законом». При положительном ответе, проводится дальнейшее исследование о том, являются ли цели вмешательства «законными согласно статьи 10 (2).» И наконец, Суд спросит, являлось ли вмешательство «необходимым в демократическом обществе.»⁶⁹

1. *Соответствие закону*: это означает, что мера ограничения должна основываться на местном законе, который должен быть соответствующим образом доступным, недвусмысленным, узко и четко сформулированным для того, чтобы дать возможность для лица знать заранее если определенное действие является незаконным.⁷⁰ К примеру, в случае осуждения журналиста за клевету, данное преступление должно быть предусмотрено национальным законом.

2. *Соответствие законным целям предусмотренным Статьей 10 (2)*: Нужно заметить, что список возможных ограничений является исчерпывающим. Местные власти не могут самопроизвольно основываться на иных законных основаниях за пределы предусмотренными вторым параграфом. Соответственно, когда национальные суды призваны обеспечивать соблюдение правовой нормы, которая в любом случае будет считаться вмешательством в право на свободу выражения мнения, эти суды должны распознать интерес защищаемый данной нормой и удостовериться, чтобы этот интерес подпадал в число предусмотренным в параграфе 2. К числу таких законных целей входят, *inter alia*, государственная безопасность, общественный порядок, предотвращение преступлений, охрана здоровья и нравственности и защита репутации и прав иных лиц.

3. *Необходимость в демократическом обществе*: когда национальные суды удовлетворены тем, что вмешательство имело законную цель, они должны дальше решить было ли такое вмешательство «необходимым в

⁶⁹ там же

⁷⁰ Muller v. Switzerland, 10737/84 [1988] ECHR 5; Goodwin v. United Kingdom, 17488/90 [1996] ECHR 16; Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany 10572/83 [1989] ECHR 21.

демократическом обществе»⁷¹ Тест «необходимости в демократическом обществе» требует балансированную оценку прав лиц на свободу выражения мнения с одной стороны, и государственным или общественным интересам, приведенным выше, с другой. Для того чтобы проводить оценку, Суд требует, чтобы государство приводило оправдание его действий и демонстрировало, что вмешательство является необходимым в демократическом обществе. Значение слов «необходимо в демократическом обществе» было раскрыто в нескольких решениях Суда. Эти критерии, согласно им, могут быть классифицированы следующим образом:

- а) надобность в ограничении должна быть убедительным образом установлены.⁷²
- б) Слово «необходимо» предполагает наличие «насушной общественной необходимости».⁷³

При определении того, являлось ли вмешательство необходимым, ЕСПЧ предоставляет государствам так называемую «свободу усмотрения»⁷⁴, которая согласно прежнему президенту Суда является «одной из наиболее важных гарантий, разработанной Комиссией и Судом для согласования эффективного действия Конвенции с суверенными правами и обязанностями правительств при демократии».⁷⁵

Данная доктрина определяется как своеобразная линия, при которой международный надзор должен давать дискреционные пути государствам участникам для введения и применения законов. Суд предоставляет эту меру усмотрения национальным властям в случае, когда проводит исследование

⁷¹ Greer, S., *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge University Press, 2007) стр. 258.

⁷² *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, - 18139/91 [1995] ECHR 25.

⁷³ *Observer and Guardian v. United Kingdom*, 13585/88 [1991] ECHR 49.

⁷⁴ Для более тщательного ознакомления с доктриной свободы усмотрения смотрите Yourow, H., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence* (London, New York, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Press, 1996);

⁷⁵ Waldock, H., "The Effectiveness of the System set up by the European Convention on Human Rights." *Human Rights Law Journal* 1 (1980) стр. 9;

нарушения статей 8-11 Конвенции.⁷⁶ Хотя данная доктрина формальным образом не закреплена в Европейской конвенции, Страсбургские институты интерпретируют ограничения прав уже с включением его в Конвенцию и признают соображения свободы усмотрения в качестве насущной части для толкования ограничений.⁷⁷ Суд использует данную доктрину для того, чтобы решить, в каких случаях дозволено толкование фундаментальных прав, принимая во внимание традиции отдельно взятой страны и какие вопросы являются настолько важными, что все государства должны соответствовать одним и тем же общим предпосылкам. Свобода усмотрения предоставляется государствам, так как они находятся в лучшем состоянии для того, чтобы определить является ли ограничение права необходимым исходя из местных особенностей.⁷⁸ Однако, такая свобода идет рука об руку с Европейским надзором, который распространяется и на законодательство и на решения применяющие это законодательство, даже принимаемые независимыми судами.⁷⁹

Практически широта свободы зависит от множества факторов, в зависимости от обстоятельств конкретного дела,⁸⁰ а также от цели и природы ограничительной меры и вида выражения мнения. К примеру, высказывания, имеющие политический характер по общему правилу пользуются наивысшей степенью защиты.⁸¹ ЕСПЧ неоднократно подчеркивал, что возможность ограничения выражение мнения, имеющего политический характер, подпадающий под статью 10 (2) является узкой.⁸²

Суд также должен решать являлось ли вмешательство «пропорциональным по отношению к преследуемой цели», а также являлись ли причины оправдания

⁷⁶ там же стр.195-196.

⁷⁷ Greer, S., *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge University Press, 2007), стр. 222;

⁷⁸ *Handyside v. United Kingdom*, 5493172 [1976] ECHR 5.

⁷⁹ там же

⁸⁰ Janis, M., Richard Kay, and Anthony Bradley, *European Human Rights Law, Text and Material*, 2nd edition (Oxford: Clarendon Press, 2000) стр. 156.

⁸¹ *Lingens v. Austria*, - 9815/82 [1986] ECHR 7; *Castells v. Spain* 11798/85 [1992] ECHR 48

⁸² См. *Dichand and Others v. Austria*, Judgment of 26 February 2002, Application No. 29271/95.

приводимые национальными властями «уместными и достаточными».⁸³ Иначе говоря, при оценке вопроса пропорциональности, Европейский суд исследует вопрос пропорциональности формальностей, условий, ограничений или наказаний по отношению к преследуемой законной цели. В соответствии с этим, ограничение права не должно быть чрезмерным, выходящим за борт дозволенных пределов и не должно считаться приемлемым в случае если наличествуют менее ограничительные альтернативные меры, которые служили бы той же самой цели.⁸⁴ Это означает, что государство может ограничить некоторые права до определенной степени, не выходя за пределы необходимости обеспечения защиты для той цели, которую государство пытается достигнуть с наложением ограничения для этого права.

Принцип пропорциональности, хотя и формально не закреплен в Конвенции, но постоянно применяется при решении дел Европейским судом.⁸⁵ В том случае, если ЕСПЧ посчитает, что все требования были удовлетворены, вмешательство со стороны государства будет считаться законным. Бремя доказывания в данном случае лежит на государстве, так же как и в системе Пакта. Суд рассматривает все эти три условия в вышеуказанной очереди. В случае, если Суд придет к выводу, что государство не сумело доказать удовлетворение со своей стороны одного из условий, тогда ЕСПЧ не будет дальше рассматривать другие условия и посчитает вмешательство неоправданным и соответственно право на свободу слова будет нарушено.

Таким образом, как было показано выше, система положений о свободе слова американской правовой системы существенным образом отличается от системы, придерживаемой в контексте международных регуляций, таких как Пакт и Европейской конвенции. Статья 19 Пакта и статья 10 Европейской

⁸³Handyside v. United Kingdom, 5493/72 [1976] ECHR 5; The Sunday Times v. United Kingdom (No 1) 6538/74 [1979] ECHR 1.

⁸⁴Lingens v. Austria, - 9815/82 [1986] ECHR ; Vogt v. Germany -17851191[1995] ECHR; The Sunday Times v. United Kingdom (No 2) -13166/87 [1991] ECHR; Fressoz and Roire v. France, - 29183/95 [1999] ECHR;

⁸⁵Sporrong and Lonroth v. Sweden - 7151/75 [1982] ECHR 5;

конвенции, как было показано выше, защищают и ограничивают право в более подробной манере, отказываясь от абстрактных формулировок и положений.

Таким образом, можно с уверенностью сказать, что почти что абсолютный статус свободы слова, не возникает и не проявляется в международном праве. Пакт и Европейская конвенция оба заключают в себе явные и конкретные ограничения на свободу слова. Эта разница между американской и международной системами проявляется также в методологии ограничения права на свободу слова. Тогда как судебная практика в США по этому вопросу одержима категоризацией, международная практика, как было наглядно выявлено выше, склоняется в сторону балансирования интересов обеспечения свободы слова и иных социальных ценностей и интересов.

Таким образом, делая выводы, нужно сказать, что в американской правовой системе свобода слова понимается почти как абсолютная ценность. Анализ показал, что система свободы слова, действующая в США, имеет тенденцию к категоризации. Она предусматривает чрезмерно жесткие критерии для ограничения данного права, когда оно может быть ограничено только, если тест «явной и непосредственной угрозы» считается удовлетворенным. В отличие от этого, право на свободу слова в международном праве является классическим квалифицированным правом, которое должно быть сбалансировано другими конкурирующими интересами. Однако, это не означает, что международное право является чрезмерно дозволительным для наложения ограничений на свободу слова. На международном уровне свобода выражения мнения является одной из самых важных прав гарантированных международным правом защиты прав человека. Когда государство ссылается на законные основания ограничения свободы слова, оно должно демонстрировать в специфической и индивидуализированной манере конкретную природу угрозы, а также необходимость и пропорциональность конкретно принятой меры, в частности, через установление прямой и немедленной связи между выражением мнения и угрозой. Любые ограничения, налагаемые на свободу выражения мнения

должны быть необходимы с целью охраны одного их законных интересов. Государство, таким образом, должно быть готово показать, что вмешательство в право обосновано одним или несколькими приведенными основаниями, предусмотренными международным правом. При отсутствии такого рода оправданий, ограничение не будет считаться приемлемыми.

ГЛАВА II. ОТРИЦАНИЕ ГЕНОЦИДА И ДРУГИХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЧЕЛОВЕЧНОСТИ КАК ОСНОВА ДЛЯ ОГРАНИЧЕНИ ПРАВА НА СВОБОДУ СЛОВА

1. Общая характеристика и виды отрицания геноцида и других преступлений против человечности

Одним из оснований для ограничения права на свободу слова является отрицание геноцида и других преступления против человечности. Понятие «отрицание»⁸⁶ охватывает многие виды выражения мнения.⁸⁷ В чистом виде отрицание это выражение мнения, оспаривающее существование преступления или характеристических особенностей преступления.⁸⁸ Отрицание можно подразделять на два вида: квалифицированное и простое отрицание.⁸⁹ В первом случае группа становится мишенью для отрицающих и отрицание сопровождается расистскими и ненавистническими высказываниями, а во втором случае группа индивидуумов не становится явной мишенью. Большинство из правовых актов, затрагивающих вопрос отрицания касаются преимущественно отрицания Холокоста и других преступлений против человечности совершенные Нацистами и их сообщниками. Долгое время только законы Швейцарии и Испании применяли более широкий подход, первый, затрагивая отрицания любых преступлений против человечности, а второй – отрицания любого геноцида.⁹⁰ Однако вскоре страны стали применять законы или изменять старые с целью распространения таких положений и на иные случаи геноцидов и преступлений против человечности. Этому

⁸⁶ В английском языке используется слово “denial”. Во французском языке данное понятие охватывается словом «Negationisme». На немецком Отрицание Холокоста охватывается словом «Auschwitzleugnung»

⁸⁷ см. Gerard Cohen-Jonathan, Negationisme et droits de l’homme –Droit international et europeen (la sentence du Comite des droits de l’homme, Faurisson c. France), 32 Revue Trimestrielle Des Droits De L’homme (1997), стр. 571

⁸⁸ Carole Vivante, L’historien Saise Par Le Droit, Contribution A L’etude Des Droits De L’histoire (Paris: Dalloz, 2007), стр. 417

⁸⁹ См например Thomas Wanderes, Die Strafbarkeit Des Auschwitz-Leugnens (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), стр. 96-97

⁹⁰ Конституционный Суд Испании признал данный закон неконституционным в 2007 году

способствовало принятию документов на международном и региональном уровнях налагающих позитивные обязательства для стран криминализировать такие виды поведения как отрицание геноцида и других преступлений против человечности. Страны, запрещающие отрицание также нацеливаются на запрещение выражения мнений одобряющих, оправдывающих и минимизирующих или тривиализирующих преступления геноцида или другие преступления против человечности.

Все виды таких высказываний могут быть интерпретированы и классифицированы, начиная как в качестве «ненавистнических высказываний» (hate speech), так и заканчивая случаями «простого отрицания» (bare denial). Понятие квалифицированное отрицания, несомненно, подпадает под сферу ненавистнических высказываний, так как является враждебной относительно группы индивидуумов, нацеливаясь на них из-за их национального или этнического происхождения, цвета кожи или расы. Однако того же нельзя с уверенностью сказать об оправдании, одобрении или количественной минимизации геноцида и других преступлений против человечности. Такие виды высказываний, хотя явным и открытым образом не нацелены на какую либо группу, но вместе с тем могут быть связаны с выражением ненависти и возможно также причинением вреда пострадавшим от преступлений. Простое отрицание и количественная минимизация, похоже, что не нацелены на кого либо, по крайней мере, явным образом, и такие высказывания не сопровождаются какими либо расистскими или ненавистническими высказываниями относительно группы. Таким образом, основные проблемы с свободой слова возникает при попытке ограничения слова являющегося само по себе только простым отрицанием или в случаях наличия заявлений количественным образом минимизирующих геноцид или преступление против человечности. В данных случаях, сфера отрицания геноцида не входит в сферу ненавистнических высказываний или, по крайней мере, так кажется с первого взгляда. Однако, то что простое отрицание является проблематичным с точки

зрения защиты свободы слова и определения ее границ не подпадает под сомнение. Это создает новые проблемы и новые вопросы для некоторых классических регуляций в области ненавистнических высказываний. Некоторые из этих вопросов являются сугубо правовыми, другие входят в сферу политического и философского осмысления границ свободы слова. Данная глава исследования направлена на выявление и анализ именно таких проблем, создаваемых запретом отрицания. Она также посвящена исследованию связи и взаимодействия между свободой слова и отрицанием геноцида и других преступлений против человечности в международном праве, стремится выявить наличие международных обязательств по криминализации отрицания в международном праве прав человека.

Таким образом, отрицание геноцида и других преступлений против человечности может являться основанием для ограничения права на свободу слова. В данном контексте, при определении пределов вмешательства и ограничений права на свободу слова при криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности, одним из важных аспектов является проблема выявления необходимости наличия или отсутствия требования о *намерении* отрицающего. Это важно как с общей позиции понимания возможных намерений отрицающих, а также для выяснения необходимости наличия или отсутствия данного элемента для установления и применения уголовного наказания за отрицание геноцида и других преступлений против человечности. Итак, как можно разграничивать намерения отрицающих? Для того, чтобы разобраться в этом вопросе мы обратимся к немецким авторам⁹¹, у которых принято разграничивать отрицание на два вида – отягчающее или квалифицированное отрицание и простое или голое отрицание.⁹² В первом случае группа становится мишенью для отрицающих и отрицание сопровождается расистскими и ненавистническими

⁹¹ См. например Winfried Brugger, Ban or Protection of Hate speech? Some Observation Based on German and American Law, 17 Tul. Eur. & Civ. L.F. 1, 15 (2002);

⁹² Thomas Wandes, Die Strafbarkeit der Auschwitz-Leugnens (Duncker & Humblot, 2000), стр. 96-97

высказываниями. Примером квалифицированного отрицания может являться утверждение о том, что «Евреи сами придумали обман Холокоста для того, чтобы эксплуатировать Германию» или утверждение, согласно которому «предполагаемый Геноцид армян 1915 года является армянской пропагандой» или «ложью». Вместе с этим, в случае с простым отрицанием явное обвинение не выдвигается против группы. В данном случае происходит только отрицание преступления или его существенного компонента. Примером такого вида отрицания может быть утверждение о том, что «газовые камеры не были использованы для убийства евреев во время Второй Мировой Войны». Основные проблемы со свободой слова возникают именно при попытке ограничения слова являющегося само по себе только простым отрицанием. В данных случаях, сфера отрицания геноцида не входит в сферу ненавистнических высказываний или по крайней мере так кажется с первого взгляда.

В случае, если правовая система конкретной страны позволяет ограничивать право на свободу выражения мнения, разжигающее ненависть, то в случае с отягчающим отрицанием не возникает проблем, так как такие высказывания ясным образом являются ненавистническими. В случае с простым отрицанием ситуация не является такой ясной, так как такое отрицание не вносит в себя неприкрытую и явную демонстрацию ненависти. Если такое отрицание будет считаться осуждаемым в правовой системе, то возникает вопрос: должна ли недобросовестность отрицающего быть доказана? Иначе говоря, должен ли судья установить, что отрицающий на самом деле знает, что преступление, которое он отрицает имело место (*mala fide denier*)? В ином случае, если отрицающий уверен, что говорит правду (*bona fide denier*), должен ли судья оправдать его?

Однако такой подход делает необходимым признание гипотезы о возможности существования *bona fide* отрицающего, в особенности в тех случаях, когда отрицающий претендует на научность своих исследований и

высказываний. Мы считаем, что в данном случае нужно проводить различие между «ученым» и человеком, который отрицает геноцид или преступление против человечности без каких либо «научных» проявлений.⁹³ В первом случае, если исследователь действительно имеет целью проводить объективное и добросовестное научное исследования, трудно себе представить, что результатом такого исследование будет отрицание. Хотя можно представить, что кто либо может скептически относиться к вопросу вначале исследования, однако проведение серьезного и честного исследования должно в конечном итоге очистить любые сомнения.⁹⁴ Однако, знает ли отрицающий с необходимостью о том, что он заявляет ложные факты? Предполагая, что отрицающий может в действительности заблуждаться, возникает другой вопрос - что может побудить его верить порой в бредовые интерпретации документов, которые он выдвигает? Одной возможной гипотезой может быть то, что он может принять желаемое за действительное. Фрейд выделяет два вида такого состояния ума.⁹⁵ Иллюзия это убеждение, которое может быть правильным или ошибочным, которое поддерживается человеком потому, что это убеждение удовлетворяет одно и из его желаний. «Делюзия» это ошибочное убеждение, которое поддерживается человеком, потому что это убеждение удовлетворяет какое либо его желание. «Несмотря на многочисленные и неопровержимые доказательства о том, что его убеждение ошибочно, человек продолжает верить в это, потому что это убеждение удовлетворяет какое либо его желание».⁹⁶ В случае с отрицанием, если предполагать, что отрицающий не ведает о ложности его заявлений, можно анализировать такие заявления как «делюзии». Возможно, что желание стать известным может затмить мышление

⁹³ Sevane Garibian, Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in French Law, 9 Cardozo J. Conflict Resol. (2008) стр. 479, 484

⁹⁴ См. Jean-Claude Pressac, Auschwitz. Technique and Operation of the Gas Chambers (The Beate Klarsfeld Foundation, 1989)

⁹⁵ Sigmund Freud, The Future of an Illusion, in The Standard Edition Of The Complete Psychological Work Of Sigmund Freud, Vol. 21, (Hogarth Press, 1961), стр. 30-32

⁹⁶ Raymond Geuss, The Idea Of A Critical Theory: Habermas And The Frankfurt School, (1981), стр. 40

отрицающего и заставить его не замечать доказательства противоречащие его положениям. Однако ненавистническая идеология кажется более вероятным объяснением. В данном случае, к примеру, антисемит, который убежден, что евреи являются манипуляторами может делать выводы о том, что они сфабриковали «миф о Холокосте.» Это может быть верно и в отношении «академического отрицающего» и простого отрицающего. В первом случае отрицающий руководствуется идеологией, а не научным методом исследования, а в случае с «простым отрицающим» он верит в свои убеждения из-за своей идеологии. Продолжая, Габель по этому поводу пишет: *«Будучи не в состоянии следовать трудоемким демонстрациям обычный читатель следует своим собственным предрассудкам («Я всегда был уверен в том, что евреи мошенники»). Данный процесс не имел бы эффекта на человека абсолютно не восприимчивым к расизму. Однако это может активизировать и актуализировать «пред-расистские» тенденции, которые все еще не являются сознательными».*⁹⁷

Таким образом, «недобросовестность» отрицающего может быть следствием его собственных расистских намерений.⁹⁸ Однако ситуация более простая в случае с отрицанием со стороны государства. Такое в особенности может случиться, когда отрицающий действует под влиянием того общества, в котором он вырос, в стране, где отрицание признается в качестве государственной доктрины. Когда государство принимает отрицание в качестве своей национальной доктрины, предвзятая версия истории переносится на население через образовательную систему. Индивиды, которые были воспитаны в такой системе, таким образом, могут *per se* быть *bona fide* отрицающими. В данном случае государство само "выпускает" *bona fide* отрицающих. Конечно те, кто занимаются исследованием иных источников,

⁹⁷ Joseph Gabel, *Reflexions Sur L'Avenir Des Juifs* (1987), стр. 136

⁹⁸ Lawrence McNamara, *History, Memory and Judgment: Holocaust Denial: The History Wars and Law's Problem with the Past*, 26 *Sydney L. Rev.* 353, 2004

кроме официального исторического повествования в стране должны в итоге прийти к иному результату, чем пропагандируемый государством.

Когда законодательство не предусматривает специфического запрета для отрицания геноцида, тогда добросовестность играет важную роль, так как наличие данного элемента позволяет отрицающего избежать наказания.⁹⁹ В данном случае судья должен принять во внимание контекстуальные факторы при определении виновности при простом отрицании геноцида и добросовестность отрицающего в этом случае должна играть решающую роль. Однако, добросовестность не сводится к вере в правду сказанного. Верить во что-то и сказать это без какой либо проверки или удостоверения не означает действовать *bona fide*. Многие правовые системы применяют тест проверки – тот, кто публично высказывается о каком-то факте, что может причинять вред другим должен сперва проверить достоверность своих высказываний.¹⁰⁰ Как пишет французский автор диссертации по теме «Ложь и Закон»: «Добросовестность» по сути сводится к отсутствию вины и наличию уважения своего обязательства прибегнуть к объективному поиску истины.»¹⁰¹ Примером является Конституционный Суд Германии, который налагает «обязанность соблюдать осторожность» (*duty of care*) по отношению вредоносных утверждений. Другим примером является Франция. Парижский трибунал, слушавший дело Фориссона в июле 1981 года объяснил, что его материалы «похоже, что принципиальным образом отвергают все улики доказывающие существование газовых камер и не признают за ними никакой убедительной ценности...тем же образом, любой письменный документ отвергается без какого либо семантического анализа постоянно ориентированным на отрицание; Г-н. Фориссон признает, что "только одно доказательство" может побудить его пересмотреть свои тезисы, однако эти уступки «научного сомнения» на самом деле направлены, по мнению автора, на невозможность

⁹⁹ Human Rights Committee, December 16 1996; *Faurisson v. France*, CCPR/C/58/D/550/1993 (1996)

¹⁰⁰ См. Cass. Crim. January 3, Bull. Crim. n. 7.

¹⁰¹ Yves Mayaud, *Le Mensonge En Droit Penal: Essai d'une Theorie Generale* (1976), стр. 430

доказывания (*probation diabolica*)...». ¹⁰² В данном деле Комитет ООН по международному праву представил, что для определения реального намерения отрицающего нужно исследовать общий контекст, в котором были высказаны мнения. ¹⁰³ Таким образом, определение намерения отрицающего принимает важное значение.

Вместе с тем, при определении недобросовестности отрицающего судьи не определяют историческую правду. Судья лишь осуществляет проверку относительно методов используемых ученым, отрицающим геноцид или другие преступления против человечности. Такая судебная проверка не является проблематичной. Нельзя сказать, что разграничение между «методом», приводящим в итоге к результатам, отрицающим геноцид или другие преступления против человечности и методам, используемым историками на добросовестной основе представляет какую либо трудность. При проверке метода, используемого отрицающим для судьи невозможно определить, что на самом деле думает отрицающий, однако тогда, когда судья замечает, что отрицающий постоянно исключает любые источники или документы противоречащие его доводам, в этом случае судья может определить недобросовестность отрицающего.

Примером этому является подход, придерживаемый швейцарской судебной системой. Закон об отрицании геноцида Швейцарии предусматривает доказывание намерения причинить вред определенной группе. Данную позицию швейцарской системы можно уследить из двух дел касательно отрицания Геноцида армян. В первом деле 2001 года трибунал Берна провел исследование вопроса добросовестности турецких граждан, отрицающих Геноцид армян. Суд пришел к мнению, что они не имели цель очернить этническую группу, а только защитить национальную точку зрения, в котором они были воспитаны. Согласно суду, для определения виновности отрицающий

¹⁰² T.G.I. Paris, July 8, 1981, Recueil Dalloz, Jurisprudence, 1982, стр. 59

¹⁰³ Faurisson v. France, Human Rights Committee Communication no. 550/1993, UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996) par. 9.6

«должен осознавать, что факты, которые он отрицает имели место», что является маловероятным в случае турецких обвиняемых из за «строгой национальной ориентации турецкой школьной системы».¹⁰⁴ Это решение, таким образом, освобождает *bona fide* отрицающих, принимая во внимание контекстуальные факторы.¹⁰⁵

Однако в другом деле касательно Догу Перинчека, турецкого политика, трибунал Лозанны признал его виновным после его заявлений о том, что Геноцид армян является «международной ложью».¹⁰⁶ Судья заметил, что Перинчек являлся доктором юридических наук и что он был четко осведомлен об аргументах об обратном, но попросту решил не принять их во внимание. Судья заключил, что заявления Перинчека явным образом имели расистские и националистические мотивы.¹⁰⁷

Таким образом, в обоих случаях суды приняли во внимание уровень образования отрицающих для определения их возможности быть *bona fide* отрицающими: в первом деле обвиняемые были необразованными людьми, тогда как во втором случае обвиняемый являлся доктором юридических наук, который сам себя характеризовал как «культурное лицо, имеющее очень хорошие знания в истории». Эти два дела имели противоположные результаты по причине установления судами субъективного состояния отрицающего.¹⁰⁸ О

Обобщая изложенное, нужно сказать, что понятие «отрицание» охватывает многие виды выражения мнения. В чистом виде отрицание это выражение мнения, оспаривающее существование преступления или характеристических особенностей преступления. Отрицание можно подразделять на два вида: квалифицированное и простое отрицание. В первом случае группа становится мишенью для отрицающих, и отрицание сопровождается расистскими и

¹⁰⁴ Karaman Fikri and Konsorten, Tribunal of Berne, Sept. 14, 2001, стр. 19

¹⁰⁵ там же, стр. 10

¹⁰⁶ Dogu Perincek, Tribunal de Police de Lausanne, Mar. 9, 2007, стр. 8

¹⁰⁷ там же, стр. 13

¹⁰⁸ Скорее всего официальное признание Парламентом Швейцарии Геноцида армян в декабре 2003 года тоже сыграло роль. В решении 2001 года трибунал подчеркнул, что нет официальной позиции Швейцарии на этот счет.

ненавистническими высказываниями, а во втором случае группа индивидуумов не становится явной мишенью. Также, мы считаем, что для недопущения непропорционального ограничения права на свободу слова при определении наличия виновности за простое отрицание геноцида и других преступлений против человечности необходимым основанием должно являться требование наличия *mal intent* или недобросовестного намерения у отрицающего. Недобросовестность выражается тогда, когда отрицающий знает или должен был знать, о ложности своих суждений, отрицающих геноцид или другие преступления против человечности. Соответственно, при оценке вины суд должен принять во внимание уровень образования отрицающего и иные контекстуальные факторы (обстоятельства). В особенности, при определении вины нужно проводить различие между «ученым» и лицом, который отрицает геноцид или другие преступления против человечности без каких либо «научных» проявлений. Данное требование существенным образом сужает объем ограничения, не налагая непропорциональные ограничения права на свободу слова, и в частности, не препятствуя пользованию научной и академической свободой. Однако свобода ученого не означает безответственность. Основопологающим элементом здесь должна играть идея об ответственности, которым должен обладать тот, кто ставит под сомнение геноцид или иные преступления против человечности.

2. Анализ проблем криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности

Режим международного права в сфере права на свободу выражения мнений помогает понять диалектику взаимодействия между отрицанием геноцида и других преступлений против человечности и свободой слова. Состояние международного права прав человека относительно вопроса отрицания геноцида можно анализировать с точки зрения двух основных вопросов. Первый вопрос относится к проблеме криминализации отрицания геноцида и

соответствия таких ограничений стандартам прав человека на свободу выражения мнений. Под данной проблемой входит вопрос о том, могут ли государства в свете международного права прав человека криминализировать отрицание геноцида, и при каких условиях? Второй вопрос касается того, что международное право прав человека может включать позитивные обязательства для государств криминализировать некоторые виды поведения, которые воздействуют на полную реализацию прав и свобод, защищаемых на международном уровне. Таким образом, вопрос о том имеют ли государства позитивные обязательства в свете международного права криминализировать отрицание геноцида и других преступлений против человечности становится чрезвычайно насущным и важным.

Отрицание геноцида и других преступлений против человечности является аналогичным с ненавистническими высказываниями, как по намерению, так и по эффекту влияния. Отрицающие выходят за рамки защищаемого спектра свободы слова. Отсутствие ценности такого дискурса выводит его из сферы применения свободы слова и перемещает его в область расовой дискриминации и ненависти. Отрицание может быть воспринято как причиняющий вред уцелевшим от преступлений против человечности, потомкам пострадавших и в более широком значении – членов группы, подвергнутым к преступлению против человечности. Является очевидным и несомнительным то, что отрицание наносит ущерб членам таких групп.

В международном праве прав человека уголовное законодательство может использоваться для ограничения определенного круга дискуссий. Сразу несколько международных инструментов включают обязательства для стран криминализировать ненавистнические высказывания. Основой этому всему, конечно является Устав ООН 1945 года¹⁰⁹, преамбула которой провозглашает веру народов Объединенных Наций «в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равные права мужчин и женщин» и

¹⁰⁹ Устав Организации Объединенных Наций (Сан-Франциско, 26 июня 1945 г.)

первая статья Устава ООН посвящена целям этой новой организации, которая стремится покончить с моделью Лиги Наций, среди которых и провозглашается цель «достижения международного сотрудничества для решения международных проблем экономического, социального, культурного, или гуманитарного характера, и для продвижения и поддержания уважения к правам человека и основным свободам для всех лиц без различия их расы, пола, языка или религии.»¹¹⁰ Эта послевоенная идеология была трансформирована, несколько годами позже, в первую статью Всеобщей декларации Прав человека, согласно которой «все люди рождены свободными и равными в достоинстве и правах..». Статья 2 Всеобщей декларации прав человека утверждает принцип недопущение дискриминации исходящий из принципа равенства.¹¹¹

С принятием Международного пакта о гражданских и политических правах (ICCPR) и Международной конвенции о всех форм расовой дискриминации (ICERD) в международном праве продолжалась тенденция к ограничению расистских высказываний при помощи международных соглашений. Особым образом развивались нормы направленные против дискриминации на международном и региональном уровне. Среди ограниченного количества конвенций и деклараций, спонсированных ООН касались вопросов расовой дискриминации (CERD), борьбе с апартеидом (Международная конвенция о подавлении и наказании за преступление апартеида 1973 года), половой дискриминации (Конвенция об устранении всех форм дискриминаций против женщин 1979 года (CEDAW)), и дискриминации на основе религии и веры (Декларация об устранении всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии и веры 1981 года). Более того, тенденция в международном сообществе ограничивать слово, разжигающее расовую дискриминацию является таким сильным, что некоторые утверждают, что такие ограничения

¹¹⁰ там же

¹¹¹ Всеобщая декларация прав человека, *Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года*

являются частью международного обычного права. Статья 4 Международной конвенции по устранению всех форм расовой дискриминации 1965 года предусматривает обязательство для стран криминализовать такого рода высказывания, так как страны должны:

«а) признать уголовно наказуемым по закону все виды распространения идей основанных на расовом превосходстве или ненависти, побуждение к расовой дискриминации, а также все акты насилия или побуждения к таким актам против любой расы или группы людей другого цвета кожи или этнического происхождения, а также предоставление помощи для любого рода расистской деятельности, включающим также финансирование такой деятельности.

б) Должны запретить и считать незаконными организации, а также организованное или иные пропаганды к расовой дискриминации, и должны признать участие в таких организациях или такой деятельности в качестве уголовно наказуемого деяния...»¹¹²

Европейский Суд по Правам Человека в своих разных решениях обратился к Конвенции 1965 года для того, чтобы напомнить государствам-ответчикам их обязательства в деле борьбы против расовой дискриминации в общем и ненавистнических высказываний в частности, даже имея ввиду межличностные взаимоотношения. Так в деле *Балсите-Лидикене против Литвы*, которое касалось запрета и конфискации календаря содержащее расистские и дискриминационные элементы, суд основываясь на международном праве и в особенности на Статью 20 Пакта, Конвенции 1965 года и Европейской Рамочной Конвенции по национальным меньшинствам 1995 года, поминает о международном обязательстве государств принимать меры необходимые для защиты людей от дискриминационного рода поведения и необходимости

¹¹² Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Принята резолюцией 2106 (XX) Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 1965 года

запрещать ненавистнические высказывания.¹¹³ Как было показано выше, Международный Пакт о Гражданских и Политических правах 1966 года обязывает государства запрещать по закону призывы «к национальной, расовой или религиозной ненависти, которые представляют из себя побуждение к дискриминации, вражде или насилию.»¹¹⁴ Государства могут прибегнуть к использованию уголовного законодательства для обеспечения эффективности данного запрета.

Американская конвенция о правах человека 1969 года требует от государств предусматривать наказания по закону за любого рода «пропаганду к национальной, расовой или религиозной ненависти, которая представляет из себя подстрекательство к противозаконному насилию или иного подобного рода деяния против любого лица или группы лиц на основе расы, цвета кожи, религии, языка или национальной принадлежности.»¹¹⁵

Отвержение слова, призывающее к ненависти является таким коренным в международном праве, что оно является элементом преступления побуждения к совершению геноцида, закрепленным в Конвенции о Геноциде 1948 года.¹¹⁶ Принимая во внимание развитие международного уголовного права с 1945 года, в данном случае это означает что обязательство о криминализации не сводится только к уровню национального права государств, но и приобретает международный характер. Статья 4 Устава Международного Трибунала по Бывшей Югославии (МТБЮ)¹¹⁷ и Статье 2 Устава Международного Трибунала по Руанде (МТР)¹¹⁸ можно найти данный компонент преступления геноцида (прямое и публичное побуждение к совершению геноцида) и в 2003 году

¹¹³ *Balsite-Lideikiene v. Lithuania*, no. 72596/01, 2008, параграф. 78; В других решениях, как например *Feret v. Belgium*, paras. 72-73, ЕСПЧ прямым образом не ссылается на Конвенцию 1965 года, но на иные международные или местные источники

¹¹⁴ Международный Пакт о Гражданских и Политических Правах, 1966, Статья 20

¹¹⁵ Американская конвенция, Статья 13, параграф 5

¹¹⁶ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, *Принята резолюцией 260 (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1948 года*

¹¹⁷ Устав Международного трибунала по бывшей Югославии, был учрежден резолюцией 827 (1993) Совета Безопасности от 25 мая 1993 года, Статья 4

¹¹⁸ Устав Международного Трибунала по Руанде, был учрежден резолюцией 955 (1994) Совета Безопасности от 8 Ноября 1994 года, Статья 2

Международный Трибунал по Руанде применил это в деле *Прокурор против Наимана* и др.¹¹⁹ Слово ненависти в его абсолютной форме, когда целью является совершение геноцида признается преступлением согласно международному праву в некоторых обстоятельствах. Однако, в определении геноцида закрепленным в Статье 6 Международного Уголовного Суда (МУС)¹²⁰ этот элемент исчезает, что вызывает сожаление, принимая во внимание те драматические последствия, что ненавистнические высказывания имели и продолжают иметь в Руанде, в Конго или Судане.

Парламентская ассамблея Совета Европы в своей рекомендации, принятой в Июне 2007 года вновь подтверждает, что «для ненавистнических высказываний против людей из-за религиозных или иных причин должно быть предусмотрено уголовное наказание... К таким родам высказываний относятся замечания необходимым образом направленные против лица или определенной группы лиц. Национальные законодательства должны предусматривать уголовное наказание за высказывания, которые призывают к ненависти, дискриминации или к насилию против определенного лица или группы лиц из за их религиозной принадлежности.»¹²¹

Таким образом, международные соглашения либо поддерживают либо обязывают стран участниц принимать законодательство делающее ненавистнические высказывания противозаконными. На основе этих и других развитий, принятии международных соглашений, можно с убежденностью сказать, что защита против (по меньшей мере) расовой дискриминации является нормой международного обычного права и *erga omnes* обязательством государств.¹²²

Однако, наряду с этим, начиная с 90х годов в международном праве стали разрабатываться документы, предусматривающие наложение уголовной

¹¹⁹ ICTR, Judgement December 3, 2003, Proc. c. Nahimana, Barayagwiza, Ngeze, 99-52-T

¹²⁰ Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 г.), Статья 6

¹²¹ Парламентская Ассамблея Совета Европы, Рекомендация 1805 (2007)

¹²² Hare, Ivan, "Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards" found in, *Extreme Speech and Democracy* (2009) стр.76

ответственности специфически за отрицание геноцида и других преступлений против человечности. Одной из ранних попыток регулировать данную сферу являлся Совместный план действий ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией. В рамках инициатив европейских институтов установить эффективное судебное сотрудничество между членами ЕС для борьбы с расизмом и ксенофобией в 1996 году был принят Совместный план действий ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией.¹²³ Этот документ являлся одним из первых попыток гармонизировать уголовную правоприменительную практику стран Европы в вопросе борьбе с отрицанием преступлений против человечности и Холокоста. В него было включено положение о криминализации, среди иных актов также и «публичного отрицания преступлений определенных статьей 6 Устава Международного Военного Трибунала, дополненным к Лондонскому Соглашению 8 Апреля 1945 года, если это отрицание включает в себя поведение, которое является презрительным или унижающим по отношению группы людей на основании их цвета кожи, расы, религии или национального или этнического происхождения.»¹²⁴

В отношении исторических фактов данный документ ссылается на два вида деяний – оправдание и отрицание. Первое насчитано для всех преступлений против человечности и нарушений прав человека, а второе относится только к преступлениям, установленным в Уставе Нюрнбергского Трибунала. С одной стороны текст данного документа сузил сферу данных преступлений дополнительными требованиями. В данном контексте, Совместный план предусматривает наказание за оправдание преступлений против человечности и нарушений прав человека только в случае, если такие акты были совершены с «расистскими или ксенофобскими целями». Однако в отношении отрицания наказание возможно только если такой акт «включает поведение, которое является презрительным или унижающим по отношению группы лиц из за их

¹²³ Совместный план действий ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией, /96/443/ЖНА, 1996, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:l33058>

¹²⁴ там же, Статья 3

цвета кожи, расы, религиозной принадлежности или национального или этнического происхождения.»¹²⁵ Таким образом, простое отрицание не является преступлением согласно данному документу. Хотя текст документа ограничивает объем данных преступлений, вместе с этим он предоставляет дискреционные полномочия для стран участниц в решении вопросов на счет таких дополнительных требованиях.

Другим инструментом являлись «Меры Европейской Комиссии против Расизма и Нетерпимости» (ECRI). Рекомендация общей политики ¹²⁶ направленная на все европейские страны была принята в 2003 году Европейской Комиссией против Расизма и Нетерпимости. Рекомендация включает в себя минимальные стандарты для стран против расизма. Согласно данному документу *«Закон должен считать наказуемым следующие акты совершенные с намерением... е) публичное отрицание, тривиализация или оправдание геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, совершенных с расистскими целями».*¹²⁷ Первоначальный вариант данного документа предусматривал положение только для отрицания Холокоста, однако Комиссия в конце пришла к другому решению и отрицание не только Холокоста, но и других геноцидов, преступлений против человечности и военных преступлений были включены в него. ЕСПЧ неоднократно обращался к данному документу в своих решениях и основывал свои решения на положении данного документа.¹²⁸

В дополнение к мерам принятым ЕС Совет Европы тоже аналогичным образом начал инициативы по борьбе против расизма, ксенофобии и отрицания

¹²⁵ там же

¹²⁶ ECRI General Policy Recommendation No.7: National legislation to combat racism and racial discrimination, См. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/default_en.asp

¹²⁷ там же

¹²⁸ Кочарян В.В. Проблемы формирования европейских стандартов в области борьбы с дискриминацией и нетерпимостью | Современные проблемы совершенствования правового регулирования: национальные и международные правовые аспекты. Сборник материалов международной научно-практической конференции, посвященная 80-летию создания юридического факультета ЕГУ, Изд. дом “Тигран Мец”, Ереван, 2013, стр. 145-159

в 2003 году с принятием Дополнительного протокола к Конвенции по киберпреступлениям.¹²⁹ Возникновение интернета вызвало изменение в законодательном регулировании отрицания геноцида и ненавистнических высказываний так как с его помощью стало легче распространять информацию. Интернет также дал возможность более легкого доступа материалов отрицающих Холокост в тех странах, в которых такие материалы являлись под запретом. Совет Европы попытался заняться этим новым пространством и принял Конвенцию по киберпреступлениям, таким образом, создавая обязательства для государств, считать противозаконным использование интернета для пропаганды отрицания Холокоста. Это было сделано Дополнительным протоколом к Конвенции, который предусматривал запрет и имел целью блокировать распространение материалов отрицающих Холокост в интернете, по меньшей мере, в европейском пространстве. На сегодняшний день 24 из 47 государств, входящих в Совет Европы уже ратифицировали Дополнительный протокол.¹³⁰

Таким образом, статья 6 Дополнительного протокола к Конвенции по киберпреступлениям, касающаяся криминализации актов расистского и ксенофобского характера, совершенные через компьютерные системы, требует от государств считать уголовно наказуемым, отрицание, совершенное через данную систему:

“Статья 6 – Отрицание, грубая минимизация, одобрение или оправдание геноцида или преступлений против человечности

1. Каждая Сторона принимает такие правовые меры, которые могут потребоваться для того, чтобы квалифицировать в качестве уголовных преступлений в соответствии с ее национальным правом, когда это сделано

¹²⁹ Дополнительный протокол к Конвенции по киберпреступлениям, касающиеся криминализации актов расистского и ксенофобского характера совершенные через компьютерные системы, Совет Европы, Страсбург 28 Января 2003 г., <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/189.htm>

¹³⁰ http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/conventions/treaty/189/signatures?p_auth=bsA0m9s9

умышленно и противоправно, следующее деяние: распространение или обеспечение свободного доступа через компьютерную систему материалов, которые полностью отрицают или грубо минимизируют отрицательные последствия, одобряют или оправдывают деяния, являющиеся геноцидом или преступлениями против человечности, уставленными международным правом и признанными окончательными и обязательными решениями Международного военного трибунала, образованного в соответствии с Лондонским Соглашением от 8 августа 1945 года, или любого другого международного суда, образованного согласно соответствующим международным документам и юрисдикция которых признана Стороной.

2. Сторона может :

а. либо требовать, чтобы отрицание или грубая минимизация отрицательных последствий, упомянутые в пункте 1 настоящей статьи, были совершены с намерением подстрекать к ненависти, дискриминации или насилию против любого лица или группы лиц, если это делается на основе расы, цвета кожи, национального или этнического происхождения, а также религии;

б. либо сохранить за собой право не применять полностью или частично пункт 1 настоящей статьи.”¹³¹

Таким образом, данная статья предусматривает наказание за распространение материалов через компьютерные системы за отрицания, грубой минимизации, одобрения или оправдания геноцида или преступлений против человечности, установленными международным правом и признанными Нюрнбергским трибуналом или иным международным судом. Соответственно требованием является криминализация актов отрицания Холокоста и иных геноцидов или преступлений против человечности.¹³² Таким образом, данное положение распространяет объем преступлений не только над

¹³¹ Конвенции по киберпреступлениям, Статья 6

¹³² Pech, L. "The law of Holocaust denial in Europe: towards a (qualified) EU-wide criminal prohibition." *Jean Monnet Working Paper* Vol. 10/09, 2009, стр. 40

Холокостом и другим преступлением против человечности, совершенных нацистами, но и над иными геноцидами кроме Холокоста.¹³³ Согласно Макгонагли, данное положение «представляет собой новый подход в международном праве прав человека» так как сфера преступлений была расширена и распространяется на иные геноциды кроме Холокоста.¹³⁴ Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции проясняет, что «составители Конвенции посчитали необходимым не ограничивать сферу положения только в отношении преступлений совершенных нацистским режимом во время Второй Мировой войны и установленные как таковые Нюрнбергским трибуналом, а также в отношении геноцидов и преступлений против человечности установленных иными международными инструментами».¹³⁵ Пояснительный доклад далее представляет три основные причины по которым отрицание геноцида должно криминализироваться: «ревизионисты» поощряют и даже стимулируют расистские и ксенофобские группы; распространение ревизионистских взглядов оскорбляет память тех лиц, которые стали жертвами таких злодеяний, а также их близких; в конце концов, оно также угрожает достоинству общества.¹³⁶ Согласно Дополнительному протоколу, страны участницы могут пользоваться расширенной дискрецией по наказанию преступных действий или могут разграничивать сферу криминализации действиями совершенными с намерением побуждать к ненависти, дискриминации или насилию, или же оставлять за собой право не применять в целом или в частично Статью 6 (1).

В 2001 году Европейская Комиссия предложила проект Рамочного решения по борьбе с расизмом и ксенофобией с целью заменить Совместный план

¹³³ McGonagle T., “International and European Legal Standards for Combating Racist Expression: Selected Current Conundrums,” in *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression*, Strasbourg, 16-17 November 2006, 2007, стр. 86.

¹³⁴ там же, стр. 49

¹³⁵ Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу, параграф. 40.

¹³⁶ там же, пар. 39

действий принятый в 1996 году.¹³⁷ После долгих переговоров Рамочное решение, в конце концов, было одобрено 28 Ноября 2008 года.¹³⁸ Ряд причин были представлены для обоснования необходимости для принятия нового законодательства: (1) новый текст ЕС показал бы сильный сигнал политическим лидерам, которые могут влиять на общественные восприятия; (2) это было бы новым сигналом для меньшинств о том, что они признаны и являются неотъемлемой частью общества; (3) Рамочное решение ЕС имело бы положительное влияние на имплементации законодательства, обращенное на расизм и ксенофобию в европейских обществах.¹³⁹ Европейская комиссия и сторонники ее предложения часто утверждали, что, несмотря на то, что большинство стран участниц ЕС имеют законодательства адресованные в большей степени к вопросам, о которых идет речь в Рамочном решении о расизме, однако разнородность и вариации в соответствующих уголовных положениях подчеркивали необходимость для гармонизации в ЕС национальных уголовных законов.

С принятием Рамочного решения перечень преступлений, предусмотренными Совместным планом стал более расширенным. Согласно статье 1(1) Рамочного Решения, страны участницы должны принять необходимые меры для того, чтобы обеспечить, чтоб акты публичного оправдания, отрицания или грубой тривиализации следующих умышленных деяний считались наказуемыми: (i) геноцид, преступления против человечности и военные преступления, установленными в Статуте Международного Уголовного Суда, (ii) преступления установленные Уставом Нюрнбергского Трибунала. В первой версии проекта, предложенной Комиссией, положение о

¹³⁷ Commission Proposal for a Council Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia, at 2, COM (2001) 664 final (Nov. 29, 2001), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0664:FIN:EN:PDF>

¹³⁸ Рамочное решение Совета Европейского Союза 2008/913/ПВД от 28 ноября 2008г. о борьбе с отдельными формами и проявлениями расизма и ксенофобии средствами уголовного права

¹³⁹ B. Winkler, Director of the EUMC, "Racism and Xenophobia in the EU Member States: Trends and Developments", Seminar on Combating Racism and Xenophobia, Vienna, 20 June 2006. См. речь: <http://eumc.europa.eu>.

криминализации отрицания или грубой тривиализации только касалась Холокоста. Однако во время процесса переговоров данный подход был строгим образом критикован балтийскими странами, которые предложили включить в положение также публичное оправдание, отрицание или грубую тривиализацию преступлений совершенных коммунистическим режимом.¹⁴⁰ Однако в конечном итоге данная специфика не нашла свое отражение в положении и в финальном варианте текста сфера преступлений была расширена для всех тяжелых международных преступлений установленными Римским Статутом, однако специальное положение касательно Холокоста все же осталось.¹⁴¹

С другой стороны, расширенная сфера преступлений, предусмотренными статьей 1 (1) (c) и (d) была причиной затягивания принятия Рамочного решения. Некоторые страны не соглашались с текстом из за их озабоченности по отношению его воздействию на свободу слова.¹⁴² Для того, чтобы разрешить этот тупик Комиссия пошла на некоторые уступки. В этом контексте, Статья 1(1) (c) и (d) требуют наличие нескольких ограничений для криминализации публичного оправдания, отрицания или тривиализации перечисленных преступлений. Соответственно, такие деяния могут быть криминализованы, когда они “направлены против группы людей или члена такой группы из за расы, цвета кожи, религиозной принадлежности, национального или этнического происхождения.” и “совершенные в манере вероятной побудить к насилию или ненависти”.

Вдобавок к этому, несколько дополнительных ограничений предусмотрены статьей 1. В этом контексте страны участницы могут свободно включать эти положения в свои национальные правовые системы. Соответственно образом,

¹⁴⁰ Council of the European Union, Brussels, 26 November 2008, 16351/1/08 REV 1 DROIPEN 94, Annex, Statements to be entered in the minutes of the Council at the time of adoption of the Framework Decision.

¹⁴¹ Pech, L. "The law of Holocaust denial in Europe: towards a (qualified) EU-wide criminal prohibition." *Jean Monnet Working Paper* Vol. 10/09, 2009, стр 46

¹⁴² Knechtle, J.C., "Holocaust denial and the concept of dignity in the European Union." *Florida State University Law Review*, Vol. 36, 2008, стр.44

статья 1 (2) делает возможным наказание простого деяния, которое (i) было совершено в манере способной нарушить общественное спокойствие или (ii) является угрожающим, чрезмерным или оскорбительным. По мнению Пека, первое положение не было включено в текст не в пользу стран участниц, которые не хотят криминализировать отрицание, а наоборот - оно содействовало «военным демократиям» сохранять криминализацию отрицания, когда наносился вред коллективным интересам вместо индивидуальных интересов.¹⁴³ Более того, понятия «вероятность» и «общественный порядок» не были ясным образом определены в тексте, таким образом, давая возможность государствам решать, когда отрицания становится «вероятным для нарушения общественного порядка».¹⁴⁴ Что касается другого дополнительного ограничения, страны участницы могут считать наказуемым отрицание или грубую тривиализацию преступлений предусмотренными частями 1(c) и (d) только если они были установлены окончательным решением национального и/или международного суда. Данное положение, скорее всего взятое из французской системы не встречалась ни в первой версии проекта, ни в Совместном плане.

В сравнение с Совместным планом 1996 года перечень преступлений был расширен и также было внесено изменение в методе для достижения гармонизации: тогда как Совместный план создавал возможность для стран участниц либо криминализировать определенное поведение, либо воздерживаться от принципа двойной криминализации, Рамочное решение налагает явное обязательство для стран участниц считать формы расистского и ксенофобского поведения в качестве уголовно наказуемыми. Другим развитием стало то, что Совет министров ЕС, с настоянием таких стран как Германия, Франция, Люксембург также согласилась считать наказуемым отрицание, а также тривиализацию преступлений геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений на основе положений, которые «в

¹⁴³ Pech, L. стр.47

¹⁴⁴ там же

большой степени инспирированы законодательством Германии, которая криминализирует не только отрицание, но также и тривиализацию упомянутых преступлений, если они способны нарушать общественное спокойствие. »¹⁴⁵

Объем Рамочного решения ЕС является более широким по сравнению с Дополнительным протоколом к Конвенции о киберпреступлениях, так как оно включает в себя преступления геноцида, преступления против человечности, а также военных преступлений. Более того, понятия отрицания и грубой тривиализации также распространяется на все геноциды, преступления против человечности и военные преступления (определенные Римским статутом МУСа). В отличие от этого, в первоначальной версии Рамочного решения 2001 года, только отрицание и грубая тривиализация Холокоста считалось наказуемым. Однако, вместо того, чтобы проводить различие между геноцидами финальная версия Рамочного решения предусматривает обязательство также криминализовать отрицание любого геноцида, преступления против человечности или военных преступлений, но одновременно сохраняет «особое» место для положения о Холокосте. Таким образом, Рамочное решение дает возможность для сосуществования «модели отрицания геноцида» (законодательство в Швейцарии, Словакии) и «модели отрицания Холокоста» (законодательство в Франции или Германии, Австрии и т.д.) в Европе.

Таким образом, обзор и анализ документов налагающих позитивные обязательства над государствами для криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности показал, что такие обязательства все же существуют, хотя опять же, ввиду ограниченного характера нельзя пока что говорить и развитой норме обычного международного права в этой области. Однако, это никоим образом не означает, что такая тенденция не может привести к возникновению такой нормы. Более того, дальше, в исследовании мы покажем, что много государств выбрали такой путь и предусматривают

¹⁴⁵ Commission Proposal for a Council Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia, at 2, COM (2001) 664 final (Nov. 29, 2001), Explanatory memorandum.

уголовное наказание за отрицания не только Холокоста, но и других геноцидов и преступлений против человечности.

В данной части диссертационного исследования мы обратимся к сравнительной практике государств по криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности. Отрицание геноцида является серьезной проблемой во многих западных странах.¹⁴⁶ Однако пути решения этих проблем в этих странах во многом различаются. В США эту проблему пытаются решить давая возможности «всем сторонам высказаться»,¹⁴⁷ другие страны, в основном в Европе используют другие методы, в том числе наложение уголовной ответственности за отрицание геноцида. Австрия, Бельгия, Чехия, Франция, Германия, Венгрия, Люксембург, Польша, Румыния, Словакия, Словения, Швейцария – все эти страны пошли по пути криминализации отрицания геноцида.¹⁴⁸

Основополагающим случаем для изучения законодательства об отрицании Холокоста является Германия. Это очевидным образом связано с прошлым данной страны. Как «виновное-государство» совершившее Холокост, Германия имеет одно из самых объемлющих законодательств против отрицания в Европе. Германия часто считается страной прототипом военной демократии (*militant democracy*), страной, конституция которой основана на принципе «демократии, способной защитить себя».¹⁴⁹ Это главным образом относится к тому факту, что творцы Основного закона 1949 года, памятуя о том, что случилось с Веймарской Республикой, решили включить положения, которые позволили бы публичным властям препятствовать индивидам или группам, желающим

¹⁴⁶ См. John C. Knechtle, *Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European* 36 Fla. St. U. L. Rev. 41, 55 (2008).

¹⁴⁷ См. там же

¹⁴⁸ Для сравнительного анализа криминализации отрицания геноцида, см. Kahn, R., *Holocaust Denial and the Law: a Comparative Study* (New York, NYL Palgrave Macmillan, 2004)

¹⁴⁹ See e.g. D. Oberndörfer, “Germany’s militant democracy: An attempt to fight incitement against democracy and freedom of expression through constitutional provisions. Historical and overall record”, in D. Kretzmer and F. Kershman Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy* (Kluwer, 2000), стр. 237.

уничтожить «свободный демократический конституционный порядок» в Германии через злоупотребление прав и свобод гарантированных Конституцией.¹⁵⁰ Федеральный Конституционный Суд Германии в своих решениях постоянно приходил к тому мнению, что уголовное наказание за отрицание Холокоста являются совместимыми с правом на свободу выражения мнения.

Однако уголовный кодекс Германии не включал в себя специфического положения об отрицании так называемого «Auschwitzluge» до 1994 года. Подход Германии по вопросу криминализации отрицания Холокоста был сформулирован под влиянием истории Третьего рейха и конституционной концепции свободы слова, которая основана на основополагающих ценностях таких как человеческое достоинство и конституционные интересы, такие как честь и индивидуальность.¹⁵¹ В уголовном законодательстве Германии существуют несколько положений имеющим дело с отрицанием «Auschwitzluge», которые вместе формируют юридический аппарат против отрицания. Статья 130 уголовного кодекса Германии является первичной мерой против отрицания. Она была принята в 1985 году с целью криминализации актов побуждающих к ненависти по отношению разным сегментам населения, а также нападок на человеческое достоинство.¹⁵² Однако первое положение, которое специфичным образом относилось к криминализации отрицания Холокоста, являлась 3-я часть статьи 130 уголовного кодекса Германии, добавленная в 1994 году, которое криминализирует публичное отрицание, тривиализацию или одобрение актов совершенных под режимом Национального Социализма, если это с вероятностью приведет к нарушению

¹⁵⁰ Примером является Статья 21 Основного закона Германии, которая предусматривает запрет политических партий, которые имеют “антиконституционные” цели.

¹⁵¹ Rosenfeld, M., “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis.” *Cardozo Law Review*, Vol: 24, 2002, pp 1523-1567, at стр. 1548

¹⁵² Section 130 of German Criminal Code in the version promulgated on 13 November 1998, *Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I*, стр. 3322, last amended by Article 3 of the Law of 2 October 2009, *Federal Law Gazette I*, стр. 3214.

общественного спокойствия.¹⁵³ Дополнительно к этому, в 2005 году 4-ая часть статьи 130 была включена и предусматривает наказание за прославление правления Национального социализма.¹⁵⁴ Таким образом, основным элементом статьи 130 является человеческое достоинство. Эта статья относится не только к фактическому нарушению спокойствия, а также «нападений, которые могут привести к ощущению угрозы» среди целевой группы, а также такие нападения, которые приведут к «возрастанию существующего предрасположения совершить такое нападение».¹⁵⁵ Под этим положением подпадает не только отрицание, но еще и тривиализация Холокоста и других преступлений против человечности, совершенных нацистами. В практике, суды интерпретировали понятие «тривиализации» в широком смысле для того, чтобы включать также акты тех, кто стремится представить уменьшенное число жертв в газовых камерах или приуменьшить ответственность нацистов. Таким образом, данные положения явным образом предусматривают только наказание за отрицание преступлений, совершенных нацистами. Предполагается, что в него не будут включены случаи публичного отрицания Геноцида армян только потому, что это преступление не было совершено нацистами во Время второй мировой войны. Однако, несмотря на то, что такие акты не могут быть прямым образом наказаны через статьи 130 (3), однако кажется само собой разумеющимся, что такого вида высказывания могут быть наказаны через применение части 1 и 2 статьи 130, которые предусматривают наказание за разжигание ненависти и защиту человеческого достоинства. В конце концов, нужно заметить, что уголовное наказание за отрицание или тривиализацию преступлений совершенных нацистами следует тогда, когда данные высказывания могут нарушить общественное спокойствие. Однако, исследуя практику судов Германии можно сделать вывод, что суды действуют с презумпцией, что любые высказывания, отрицающие или тривиализирующие

¹⁵³ там же, Section 130(3).

¹⁵⁴ там же, Section 130(4).

¹⁵⁵ Rainer Hofmann, “Incitement to National and Racial Hatred: The Legal Situation in Germany,” in ed. Coliver (1992), стр. 164.

преступления нацистов сами по себе с необходимостью представляют угрозу для общественного спокойствия.

Относительно отрицания Холокоста основное юридическое различие проводится между выражением *мнения* и высказыванием о *фактах*.¹⁵⁶ В соответствии с хорошо установленным принципом, мнения не могут быть ограничены только потому, что власти считают такие мнения безосновательными, эмоциональными, бесценными или опасными. Демонстрация правильности или ошибочности мнений не возможно. Тогда когда оценочные суждения содействуют общественной дискуссии мнений в общественных интересах, в таком случае суды Германии дают предпочтение свободе слова. В противоположность этому, (то, что важно по отношению отрицания Холокоста), статья 5 Основного закона Германии не защищает распространение высказываний о фактах, о ложности которых говорящий знает или когда он основывается на факте, который был доказан в качестве ложного факта. Иными словами, неправильные или ложные утверждения о фактах не подпадают под защиту гарантируемой статьей 5. Согласно основному аргументу Конституционного суда по этому поводу, такого рода высказывания не вносят никакой вклад в формирование общественного мнения. Из этих основных принципов следует, что согласно Конституции не будет считаться дозволенным наказание за отрицание Холокоста на основе ложности мнения лица излагающего такое мнение, если конечно Суд признает такие высказывание в качестве оценочных суждений. Выражение мнения, однако может быть ограничено если, такое мнение является оскорбительным. Однако, для Суда, те, кто отрицают Холокост не изъявляют свои собственные мнения, а скорее высказываются о фактах, заведомо ложный характер которых был установлен вне всякого сомнения из-за существования бесчисленных

¹⁵⁶ See case law referred to in the *Auschwitzlüge* (Holocaust Lie) Case, Decision of 13 April 1994, BVerfGE 90, 241, стр. 247.

доказательств.¹⁵⁷ В итоге, заявление, отрицающее или тривиализирующее Холокост не может пользоваться конституционной защитой.

Однако это еще не весь спектр правовых инструментов, которые могут использоваться против отрицания. Статья 131 Уголовного кодекса тоже нужно упомянуть, так как она регулирует побуждение к расовой ненависти, а также распространение, отображение и изготовления материалов прославляющих «насилие против людей в жестокой или другой бесчеловечной манере.» Отрицание геноцида причиняет вред пострадавшим и их преемникам. Правовая система Германии признает институт оскорбления памяти умерших людей. Статья 189 Уголовного кодекса предусматривает наказание за принижение памяти умерших. Федеральный Суд Справедливости Германии постановил, что достоинству индивида, убитого государством из за его принадлежности наносится ущерб, когда это преступление отрицается.¹⁵⁸

Как в случае с другими европейскими демократиями ратификации Международной Конвенции об Устранении всех форм расовой дискриминации 1966 года последовало принятие в 1972 году во Франции первого основного законодательства, имеющее дело с «ненавистническими высказываниями».¹⁵⁹ В Законе Франции о Свободе прессы 1881 года, таким образом, были внесены поправки таким образом считая противозаконным все виды расистских, ксенофобских заявлений, но отрицание геноцида не было специфическим образом адресовано данным положением. Однако, неправильно думать, что отрицающие не могли быть наказаны уголовным законодательством. Подобно ситуации существующей в Германии до 1994 года отрицающие могли быть приговорены если они нарушали положения запрещающие расовых оскорблениях, клевету или разжигание ненависти. Другим возможным

¹⁵⁷ там же., стр. 249.

¹⁵⁸ BGHSt 40, 97, 105-106

¹⁵⁹ См. Act no. 72-546 of 1 July 1972.

способом призвания к ответственности был гражданский процесс.¹⁶⁰ Решение криминализировать отрицание Холокоста как такового прямым образом связано с освещением в прессе одного дурного инцидента¹⁶¹ и набирающего популярность Национального Фронта,¹⁶² что убедило правительство Франции принять положение, специфически криминализирующее отрицание Холокоста. Вскоре в соответствии с так называемым «Законом Гейсо» (по имени депутата парламента спонсировавшего данный акт) Акт о свободе прессы 1881 года был дополнен частью 24-бис, который предусматривает наказание за «оспаривание существования преступлений против человечности определенных в статье 6 Устава Международного Военного Трибунала...которые были осуществлены либо членами организации, объявленными криминальными согласно статьи 9 Устава либо лицами признанными виновными за совершение таких преступлений признанных французским или международным судом...»¹⁶³

Если сравнить Часть 24-бис со статьей 130 (3) Уголовного кодекса Германии можно уследить общие и различные черты. В обеих странах закон относится только к преступлениям совершенным нацистским режимом, с дополнительным временным ограничением во Франции о том, что преступления должны были быть совершены между 1939 и 1945 годами. Это означает, что отрицание геноцида армян не может, согласно данному закону быть наказано. В противоположность с положением в Германии, Закон Гейсо не предусматривает формальное наказание за тривиализацию преступлений совершенных против евреев. Однако, французские суды часто давали интерпретацию понятию «отрицание» в широком смысле. К примеру, лицо

¹⁶⁰ Основным гражданско правовым делом было дело *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres c/ Faurisson*, TGI Paris, 8 July 1981, *Recueil Dalloz*, Jurisprudence, 1982, стр. 61

¹⁶¹ В мае 1990 года в на юге Франции, в городе Карпентрас близ Авиньона было осквернено еврейское кладбище.

¹⁶² Лидер Национального Фронта Жан Мари Лепен часто изъвлял оскорбительные взгляды против евреев. Так, в 1987 году он заявил, что способ истребления использованный нацистами в концентрационных лагерях являлся «незначительным» в истории Второй Мировой Войны

¹⁶³ Section 24 *bis* of the Freedom of the Press Act added by Law no. 90-615 of 13 July 1990.

может быть привлечено к ответственности за скрытое отрицание Холокоста, выраженное через сомнения или намеки. Высказывание будет считаться преступлением, если с отговоркой на попытку якобы выяснить историческую правду лицо недобросовестно будет выражать сомнения или грубо минимизировать число жертв.¹⁶⁴ Другим различием между положениями во Франции и Германии относительно криминализации отрицания геноцида является то, что французский закон не требует, чтобы отрицание было таковым, чтобы иметь возможность нарушить общественное спокойствие или быть в манере, способной разжечь ненависть. Другими словами, часть 24-бис предусматривает ограничение на основе содержания высказывания. В соответствии с этим, некоторые точки зрения будут запрещены во всех случаях по причине их содержания.

Другим интересным случаем является Испания. В 1995 году, парламент Испании, будучи под влиянием развивающейся в Европе законодательных разработок в области отрицания решил внести поправки в Уголовный кодекс для криминализации отрицания Холокоста, а также побуждение к дискриминации, ненависти или насилию направленной против группы мотивированный в частности расистским намерением. Относительно отрицания геноцида, статья 607(2) Уголовного кодекса предусматривает наказание из за распространение идей или доктрин, которые отрицают или оправдывают совершение геноцида или имеют целью реабилитировать режимы или институты ответственные за эти преступления. Данное положение было впервые применено по отношению одного владельца книжного магазина, где продавалась литература, в которой отрицался Холокост. После того как местный суд признал его виновным за отрицание геноцида и за подстрекательство к дискриминации, расовой ненависти и насилию, направленной против группы с расистскими и антисемитскими намерениями, он обратился в Апелляционный суд Барселоны, который будучи неуверенным в

¹⁶⁴ См. Cour de Cassation, Chambre criminelle, 17 June 1997 in *Recueil Dalloz*, 1998, jurisprudence, стр. 50, casenote J.-Ph. Feldman.

конституционности данного положения решил передать данный вопрос Конституционному суду на рассмотрение. В своем решении 235/2007 большинство судей Конституционного суда (восемь из двенадцати судей) пришли к мнению, что криминализация «простого» отрицания любого геноцида не соответствует конституционному праву на свободу слова.¹⁶⁵

Данное решение является неожиданным в свете тенденций судебной практики Германии и Франции. Конституционный суд Испании не принял аргумент о том, что распространение взглядов отрицающих Холокост представляет собой во всех случаях общую угрозу не только для безопасности меньшинств, но и конституционной или демократическому порядку в целом. Интересным образом Суд обосновывает такую интерпретацию, ссылаясь также на философские предпосылки, вдохновленные из системы США, когда речь идет о защите свободы слова в демократическом обществе. Согласно большинству Суда публичные власти не могут в демократическом обществе, где краеугольными ценностями являются плюрализм и свободный обмен идей, контролировать, выбирать или серьезным образом подрывать публичную циркуляцию идей или доктрин даже если эти идеи или доктрины отвергаются большинством или являются несовместимыми с принципом уважения человеческого достоинства.¹⁶⁶ Такой подход напоминает американскую систему «рынка идей» из которой и исходит принцип, согласно которому публичные власти не могут запрещать «выражение идеи только потому, что общество находит идею саму по себе оскорбительной или неприятной.»¹⁶⁷ Однако Суд вместе с этим объясняет, что свобода слова, конечно же, не является абсолютным правом. Это означает, что в частности, ненавистнические высказывания могут быть наказаны, так как в данном случае обычно существует ясная связь между расистским высказыванием и эффективным

¹⁶⁵ Относительно данного дела см. Salvador and A. Rubi, “Genocide Denial and Freedom of Speech. Comments on the Spanish Constitutional Court’s Judgment 235/2007, November 7th” (2008) 4 *Review of the Analysis of the Law*

¹⁶⁶ См. Judgment 235/2007, para. 6.

¹⁶⁷ *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989), стр. 414.

вредом для прав других лиц. Основная причина несоответствия конституции, таким образом, является тот факт, что статья 607(2) не требует наличия *mens rea* (злого умысла) или намерения возбуждать расовую дискриминацию или ненависть.

Аналогично с Испанией закон Швейцарии против отрицания имеет широкий спектр применения и направлен на криминализацию не только Холокоста, но и других геноцидов и преступлений против человечности. Статья 261-бис Уголовного кодекса Швейцарии наряду с криминализацией публичного побуждения расовой ненависти или дискриминации и распространения расистской идеологии и пропаганды, часть 4 предусматривает наказание за отрицание, грубую минимизацию или попытки оправдать геноцид или преступления против человечности на основании расистского, этнического, или религиозного или других целей.¹⁶⁸ Этот закон не ссылается на необходимость наличия прежнего решения Международного Военного Трибунала или международно-признанного определения геноцида. Суды Швейцарии интерпретировали данный закон во многих случаях и применили его по отношению отрицания Геноцида армян. Другим случаем является Израиль. Интересно, что Израиль принял такое положение в 1986 году,¹⁶⁹ таким образом, становясь единственной страной вне Европы, которая криминализирует отрицание Холокоста. В Израиле наказуемыми считаются любые высказывания, отрицающие или умаляющие размеры деяний совершенных во время нацистского режима (определенные как преступления против еврейского народа) а также другие преступления против человечности совершенные нацистами. Деяние считается наказуемым, если оно имело целью оправдать преступников за эти деяния через демонстрацию симпатии или отождествление с ними (Часть 2 и 3). Часть 4 предусматривает наказание за

¹⁶⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB] [Criminal Code] Dec. 21, 1937, 54 AS at 757 (1938), as amended by Gesetz, 29 June 18, 1993 AS 2887 (1994), ст. 261 (Switz.)

¹⁶⁹ Закон 5746-1886

публикацию доклада сделанное с намерением выразить симпатию по отношению преступников данных деяний.

Отрицание геноцида, Холокоста и других преступлений против человечности является уголовно наказуемым в других европейских странах. В Лихтейнштейне статья 283 уголовного кодекса запрещает публичное отрицание или тривиализация Холокоста, геноцида или других преступлений против человечности, также попытки оправдания этих преступлений. В Нидерландах, статья 137 уголовного кодекса включает в себя положение, криминализирующее диффамацию и религиозное и расовое побуждение которые были интерпретированы как запрет отрицания Холокоста. В Португалии, Статья 240(2) уголовного кодекса предусматривает наказание за диффамацию и оскорбление индивида или группы индивидов на основе их расы, цвета кожи, этнического, национального или религиозного происхождения, осуществляющем в том числе через отрицание военных преступлений и преступлений против мира или человечности. Такой акт считается уголовно наказуемым в случае если делается с намерением разжигания расовой или религиозной дискриминации. В Словакии Часть 261 уголовного кодекса предусматривает наказание за публичную демонстрацию симпатий по отношению фашизма или иных подобных движений, а также публичное отрицание, выражения сомнения, признания или оправдания преступлений фашистов или других подобных движений. Словакия в 2011 году расширила сферы действия своего закона об отрицании Холокоста, которая теперь распространяется также на отрицание Геноцида армян.¹⁷⁰ В Румынии считается наказуемым поощрение лиц, виновных в совершении преступлений против мира и человечности, а также поощрение и пропаганду фашистских, расистских, или ксенофобских идеологий. В Румынии также явным образом считается наказуемым отрицание Холокоста. Люксембург принял положение

¹⁷⁰ Slovak Official: Any Turk Denying Armenian *Genocide* in Slovakia Will Be Jailed, PanARMENIAN Net (Apr. 5, 2012, 2:45 PM), <http://www.panarmenian.net/eng/news/101796>.

очень похожий на Закон Гейсо. Статья 457-3 уголовного кодекса предусматривает наказание за оспаривание, тривиализацию, оправдание или отрицание существования военных преступлений или преступлений против человечности, установленные в уставе Международного Военного Трибунала или существования геноцида.

Такие страны как Польша и Чехия пошли по другому пути, принимая во внимание их коммунистическое прошлое. В Польше отрицание является противозаконным согласно статье 256 уголовного кодекса. Однако, сфера действия данного положения является более широкой: в него включены преступления нацистов, преступления против мира и человечности, военные преступления. Статья распространяется также на преступления совершенные коммунистами. Вдобавок, оно имеет и временные ограничения: для того, чтобы отрицание считалось наказуемым преступление, которое отрицается должно быть совершено между 1 Сентября 1939 и 31 Декабря 1989 годов. В Чехии, статья 261(a) Конституции имеет много схожестей с положением, существующим в Польши.

Таким образом, резюмируя, проведенное исследование выявило, что в международном праве государства имеют универсальные обязательства запрещать публичное выражение мнений, подстрекающих к расовой дискриминации или ненависти, в том числе с помощью уголовного законодательства. В связи с этим, на основе проведенного исследования можно утверждать, что государства также имеют позитивные обязательства универсального характера запрещать и криминализировать публичное отрицание геноцида и других преступлений против человечности, при условии, что такое отрицание представляет собой подстрекательство к расовой дискриминации или ненависти. Данные обязательства государств относятся не только к криминализации отрицания Холокоста, но и иных случаев геноцида и преступлений против человечности.

Таким образом, нужно констатировать, что в международном праве государства имеют обязательства по борьбе с расизмом и ненавистническими высказываниями, в том числе через криминализацию отрицания геноцида и других преступлений против человечности. Этому, в частности, поспособствовало принятие Рамочного решения ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией 2008 года, а также иных документов универсального и регионального характера. В соответствии с данным документом, а также иными инструментами государства имеют позитивные обязательства криминализировать не только отрицание Холокоста, но и других геноцидов и преступлений против человечности для правомерного ограничения права на свободу слова высказывания, отрицающие геноцид и другие преступления против человечности должны иметь расистский или ненавистнический характер. Это отчетливо видно в принятой Общей рекомендации 35 Комитета по расовой дискриминации, где в пункте 14 говорится, что *«Комитет рекомендует признать публичное отрицание или попытки оправдать геноцид и другие преступления против человечности в соответствии с их определением в международном праве уголовными преступлениями при условии, что они явно провоцируют расово мотивированное насилие или ненависть.»*¹⁷¹ Нужно заметить, что Комитет по ликвидации расовой дискриминации не предусматривает необходимость присутствия окончательного решения международного или национального суда. Таким образом, в международном праве в основном криминализация только лишь квалифицированного отрицания геноцида и других преступлений против человечности является правомерным основанием для ограничения права на свободу слова. Однако, вместе с тем, государства не должны запрещать или наказывать простое выражение мнений об исторических фактах.

Отрицание геноцида и других преступлений против человечности является уголовным преступлением во многих государствах. Хотя раньше в основном

¹⁷¹ Общая рекомендация Комитета по ликвидации расовой дискриминации N 35, 2013, пункт 14

государства криминализировали отрицание Холокоста и других преступлений совершенных нацистами во время Второй Мировой Войны однако с принятием Рамочного решения ЕС и других обязательств и рекомендаций международных органов многие страны теперь считают уголовно наказуемым не только отрицание Холокоста, но и других геноцидов и преступлений против человечности. Данная тенденция служит хорошим знаком того, что государства признают важность криминализации не только Холокоста, но и других геноцидов, что поддерживается международными органами. Так Комитет ООН по ликвидации расовой дискриминации в своем годовом отчете 1997 года выразил свою критику в отношении Бельгии за то, что закон этой страны предусматривает уголовное наказание только лишь за отрицание Холокоста и предложил расширить сферу действия закона для того, чтобы он охватывал другие многообразные случаи геноцида.¹⁷² Соответствующее уголовное законодательство государства наряду с отрицанием в основном криминализируют также и грубую минимизацию и тривиализацию геноцида и других преступлений против человечности. Однако другим важным вопросом является соответствие таких законов международному праву и системы защиты права на свободу выражения мнения действующая на международном уровне. В следующей части мы будем рассматривать позиции двух основных институтов по защите прав человека в международной арене – Комитета по ООН правам человека, призванная следить за соблюдением государствами своих обязательств по Пакту, а также Европейского суда по правам человека, действующая в региональном масштабе для обеспечения соблюдения Европейской конвенции странами членами Совета Европы.

¹⁷² UN Doc. A/52/18(Supp), §§ 217 and 226

3. Анализ международной практики по вопросу отрицания геноцида и других преступлений против человечности

В свете глобального режима свободы слова можно было ожидать, что в международном праве ограничения, налагаемые государствами над отрицающими, не будут считаться нарушением международных соглашений по правам человека. Однако, нужно заметить, что позиция, поддерживаемая на уровне ООН отличается от позиции Совета Европы. Вопрос отрицания геноцида возник перед Комитетом ООН по правам человека по делу Роберта Фориссона против Франции 1996 года.¹⁷³ По данному делу, Роберт Фориссон был осужден уголовным судом согласно Закону Гейсо после публикации в газете его интервью, в котором он оспаривал существование газовых камер для уничтожения евреев в Нацистских концентрационных лагерях. Представ перед комиссией он жаловался на нарушение его права на свободу выражения мнения и академической свободы, но Комитет не нашел нарушений его прав. Однако, вместе с этим Комитет сделал критические выводы относительно самого Закона Гейсо, по которому был приговорен Фориссон. Согласно Комитету, так как согласно данному Закону уголовно наказуемым считается одно лишь оспаривание выводов и решения Международного Нюрнбергского Трибунала, это обстоятельство может привести к тому, что в некоторых случаях будут приняты решения или меры несовместимые с Международным Пактом по Гражданским и Политическим правам.¹⁷⁴

Комитет применил трехуровневый тест для того, чтобы оценить являются ли условия ограничения свободы выражения мнения совместимыми с Пактом. Касательно первого критерия, ограничение было признано закрепленным в законе и закон был признан соответствующим Пакту. Относительно второго критерия, Комитет решил, что ограничение являлось дозволенным в соответствии с статьей 19(3) на основании, что заявления Фориссона вызвали

¹⁷³ Human Rights Committee, Robert Faurisson v. France, no. 550/1995, 1996

¹⁷⁴ там же, пар. 9.3

анти-семитские настроения. И наконец, Комитет решил, что ограничение было необходимым и в этом отношении разделил позицию французских властей относительно того, что Закон Гейсо служит для борьбы против расизма и антисемитизма, так как отрицание Холокоста является главным звеном для антисемитизма.¹⁷⁵ Таким образом, Комитет пришел к заключению, что ограничение было необходимым и не нашел нарушений права на свободу слова.¹⁷⁶ Комитет ясным образом не критиковал Закон Гейсо и не представил четкую доктринальную базу для исследования соответствия законов об отрицании Холокоста свободе выражения мнения.¹⁷⁷ Однако вскоре с принятием Общего комментария 34 позиция Комитета относительно этого вопроса немножко разъяснилась. Согласно Комментарии: «законы предусматривающие наказание за выражение мнения об исторических фактах не являются совместимыми с обязательствами, налагаемыми перед государствами Пактом относительно уважения свободы выражения мнения. Пакт не позволяет наложение запрета общего характера за выражения ложного мнения или за ошибочную интерпретацию исторических событий».¹⁷⁸ Можно сказать, что этим Комитет разъяснил свою позицию относительно характера возможного ограничения права на свободу выражения мнения отрицающее геноцид. Комитет является сторонником анализа конкретных обстоятельств дела и против наложения запретов общего характера. Другим примечательным аспектом позиции Комитета, в отличие от Европейского суда, Статья 20 не предоставляет возможность содержательного ограничения свободы слова, а является сторонником анализа принимая во внимания контекстуальные элементы каждого дела.

В начале своей судебной практики в отношении отрицания Холокоста Комитет косвенным образом принимает позицию, согласно которому, все

¹⁷⁵ там же, пар. 9.7.

¹⁷⁶ там же, пар. 10.

¹⁷⁷ Williams, A.M. & Cooper, J., "Hate speech, holocaust denial and international human rights law", *European Human Rights Law Review*, Vol:6, 1999, стр.608.

¹⁷⁸ HRC, General Comment No. 34, пар. 49

отрицающие, в какой-то степени, своей целью имеют способствование антисемитизму. Таким образом, в данном контексте нет места «честным» ошибкам или сомнениям и отрицание Холокоста считается главным звеном для антисемитизма и отрицающие Холокост знают или должны хорошо знать это. Таким образом, когда речь идет об отрицании Холокоста, в этом значении нет места простому отрицанию, отрицание этого типа согласно Комитету основывается на намерении побуждать и таким образом *ipso facto* является отягощённым отрицанием.¹⁷⁹

Необходимость ограничения, таким образом, считается несомнительным, принимая во внимание содержание высказываний, не давая значение контекстуальным факторам, в том числе вероятности совершения побочных актов. В своем индивидуальном совпадающем мнении судья Лалла поддерживает позицию Комитета через проведение более основательной связи с статьей 20(2) Пакта. По его мнению: «в тех случаях, когда речь идет об ограничениях или запретах в соответствии с статьей 20 (2) элемент необходимости сливается с самой природой высказываний, которые могут законным образом запрещаться, то есть, высказывания должны иметь характер пропаганды национальной, расовой или религиозной ненависти, что из себя представляет побуждение к дискриминации, вражде и насилию».¹⁸⁰

Однако позиция, согласно которому, если высказывания подпадают под ограничение статьи 20 (2), тогда ограничение автоматическим образом является оправданным, не представляется здравым. Придерживание такой позиции означало бы, что либо выражение мнения подпадают под категорию статьи 19 со всеми гарантиями, окружающими ограничения, либо в категорию статьи 20 (2), когда выражение мнения будет считаться вовсе исключенным из защиты. В своей ранней стадии практики позиция Комитета поддерживает эту точку

¹⁷⁹ See Christian Tomuschat, 'Prosecuting Denials of Past Alleged Genocides', in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: a Commentary* (Oxford: OUP, 2009), стр. 513-530.

¹⁸⁰ Individual opinion by Rajsoomer Lallah, para. 4

зрения,¹⁸¹ однако позиция о том, что статья 20(2) является специальным типом положения о «злоупотреблении прав», которое попросту делает различие между защищенным и категорически незащищенным словом была впоследствии оставлена Комитетом. В своей последующей практике и в Общих комментариях Комитет обычно начинает с оговоркой, что «ограничения, которые являются оправданными на основе статьи 20, также должны быть в соответствии с частью 3 статьи 19».¹⁸² Соответственно, статья 20 (2) налагает ограничения на законы о подстрекательстве, но вместе с тем предусматривает проведение конкретных исследований о необходимости этих законов. Несколько лет после принятия решения по делу Фориссона Комитет оговорил в Общем комментарии, что *«когда государство ссылается на законные основания ограничения свободы слова, оно должно демонстрировать в специфической и индивидуализированной манере конкретную природу угрозы, а также необходимость и пропорциональность конкретно принятой меры, в частности через установление прямой и немедленной связи между выражением мнения и угрозой»*.¹⁸³ Закон Гейсо 1990 года прямым образом не запрещает отрицание Холокоста, а криминализирует оспаривание категорий преступлений против человечности определенных в Лондонском уставе 8-го Августа 1945 года, на основе которых нацистские лидеры были осуждены Международным Военным трибуналом в Нюрнберге 1945-1946г. Согласно мнению Комитета такое преступление отрицания была формулирована в чрезмерно широком виде, таким образом, чрезмерным образом угрожая свободе слова.¹⁸⁴ Однако Комитет все равно решил дело в пользу Франции.

¹⁸¹ E.g. *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 25 (1984)

¹⁸² Human Rights Committee, *General comment No. 34: Article 19: Freedoms of opinion and expression* (CCPR/C/GC/34, adopted at its 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011, para. 50. As first held in *Malcolm Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000), para. 10.6.

¹⁸³ Human Rights Committee, *General Comment No. 34*, para. 35. It held so before in *Hak-Chul Shin v. Republic of Korea*, Communication No. 926/2000, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/926/2000 (2004), par. 7.3

¹⁸⁴ *Faurisson*, par. 9.3.

Вместе с тем, позиция занимаемая ЕСПЧ в этом вопросе существенным образом отличается от той, что придерживается Комитет. Практика показывает, что ЕСПЧ зачастую даже и не рассматривает дело. В деле *Марэ против Франции* 1996 года¹⁸⁵ Европейская Комиссия посчитала приемлемым дело на основании статьи 17 Европейской конвенции, которая препятствует, чтобы лицо злоупотребляло правами, защищаемые Конвенцией для уничтожения тех же самых прав и свобод предусмотренные данной Конвенцией. В этом деле была напечатана статья, притворяющимся научным исследованием, целью которой было отрицание факта существования газовых камер или того, что камеры были использованы для того чтобы совершить Холокост. Комиссия признала, что такие высказывания «противоречат основным руководящим идеям Конвенции – справедливости и мира, изложенным в преамбуле». Настоящей целью использования права на свободу слова в данном деле Европейская комиссия признала «противоречащим тексту и духу Конвенции».¹⁸⁶ Таким образом, можно сказать, что международная судебная практика в вопросе отрицания предусматривает возможность отказа в защите свободы слова в случае отрицания геноцида, которым пользуются отрицающие лица. Однако, тогда как Комиссия считает, что заявления отрицающих могут быть приняты и рассмотрены, Европейский суд придерживается иной позиции, считающим такие жалобы противоречащим стандартам защиты прав человека. Позиция исходит из четко поставленной политической задачи Совета Европы, которая имеет целью бороться против возрождения нацистской идеологии.¹⁸⁷

Первые дела об отрицании Холокоста затрагивались прежней Европейской Комиссией по правам человека в небольших количествах в 1980х.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Marais v. France*, no. 31195/96, Commission decision of June 24, 1996

¹⁸⁶ См. подобные решения Комиссии в делах *Remer v. Germany*, no. 25096/94, Commission decision September 6, 1995; *N.D.СТР. BezirkverbandMunchen-Oberbayern v. Germany*, no. 24398/94, Commission decision November 29, 1995.

¹⁸⁷ Parliamentary Assembly, Council of Europe, Resolution 1495 (2006) April 12, 2006, Combating the resurgence of Nazi ideology, par. 8.

¹⁸⁸ *X. v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 16 July 1982, 9235/81; *T. v. Belgium*, (dec.), 14 July 1983, 9777/82.

Отличительной особенностью данной стадии являлась то, что статья 17 не применялась, кроме двух ранних дел, в которых она была применена для исключения из защиты Конвенции заявлений расистского характера на основании так называемого «эффекта гильотины». В этих делах судебный анализ заявлений об отрицании Холокоста проводилась согласно общему порядку рассмотрения дела о нарушении права на свободу слова, установленной статьей 10 Европейской конвенции. Это означало, что принимались во внимание все аспекты обстоятельств дела и страна ответчик была обязана демонстрировать, что ограничения, налагаемые на свободу слова, являются необходимыми и пропорциональными в демократическом обществе. Статья 17 в этой первоначальной стадии применяется в ограниченном объеме в деле *Лоуэс против Великобритании*.¹⁸⁹ Несмотря на то, что это дело касалось антисемитской деятельности, включающей в себя поведение схожее с отрицанием, эта статья все равно не применяется. Заявление было отклонено в соответствии части второй статьи 10. Согласно Суду применение статьи 17 может быть оправдано в случае присутствия расистской деятельности.¹⁹⁰

Во второй стадии положение о злоупотреблении прав применяется Комиссией не через «эффект гильотины», а уже в качестве способа толкования. Аргументация Комиссии все еще строится на основе статьи 10.¹⁹¹ Примером такого дела является *Кунен против Германии* вовлекающую нео-нацистскую пропаганду.¹⁹² С этих пор статья 17 постоянно применяется, когда под сомнение ставится действительность Холокоста. Комиссия вносит второе важное изменение своего подхода относительно положения о злоупотреблении, расширяя его объем применения. В то время как целью текста статьи 17

¹⁸⁹ *Lowes v. United Kingdom*, (dec.), 9 December 1988, 13214/87.

¹⁹⁰ См. S. van Drooghenbroeck, L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? , 46 RTDH (2001), стр. 552-553 См. также *Lawless v. Ireland (3)*, 1 July 1961, 332/57, (the law), § 7.

¹⁹¹ G. Cohen-Jonathan, *supra* note 9, at 667-668. Compare S. van Drooghenbroeck, *supra* note 14, at 553- 555; H. Cannie, D. Voorhoof, The abuse clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? , 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011) 54, at 67- 68.

¹⁹² *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 12 May 1988, 12194/86.

является деятельность, нацеленная на уничтожение прав и свобод, изложенных Европейской конвенцией, Комиссия расширяет ее объем, распространяя на действия противоречащие основным ценностям, лежащим в основе Европейской конвенции, понимаемая в свете текста и духа Конвенции. Вместе с другими делами касательно нацистской деятельности дело *Кунен*¹⁹³ формирует концептуальную основу, на котором будут строиться последующие дела, попадающие во вторую стадию применения статьи 17.¹⁹⁴ В отношении всех этих дел можно заметить, что, в общем, судьи демонстрируют необычную почтительность в отношении оценок проводимых на уровне национальных судов, которые они довольно широким образом отображают в своих рассуждениях. Более того, можно предположить, что Комиссия включает отрицание в более широкий класс нацистской деятельности, не вдаваясь в выяснения по конкретным делам о необходимости демонстрация различного подхода по делу. Этот подход подтверждается решениями вовлекающими нацистскую деятельность, где рассуждения судьей является идентичным характерным делам об отрицании Холокоста второй стадии.¹⁹⁵

В третьей стадии Суд переходит к применению «эффекта гильотины» статьи 17, согласно которому некоторые категории выражения мнения исключаются из защиты статьи 10 Конвенции. Перемена интерпретации статьи 17 начинается с дела *Леудо и Изорни против Франции*.¹⁹⁶ Дело касалось публичной защиты и попытки реабилитации памяти Маршала Петэна (главы нацистского Режима Виши во Франции), который был приговорен к смерти за сговор с Германией. Правительство Франции пыталась доказать, что мера воздействия была оправданной, так как заявления имели целью исказить

¹⁹³ *B.H., M.W., H.CTP. and G.K. v. Austria*, (dec.), 12 October 1989, 12774/87; *Ochensberger v. Austria*, (dec.), 2 September 1994, 21318/93.

¹⁹⁴ *F. CTP. v. Germany*, (dec.), 29 March 1993, 19459/92; *Walendy v. Germany*, (dec.), 11 January 1995, 21128/92; *Remer v. Germany*, (dec.), 6 September 1995, 25096/94; *Honsik v. Austria*, (dec.), 18 October 1995, 25062/94; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, (dec.), 29 November 1995, 25992/94; *Rebhandl v. Austria*, (dec.), 16 January 1996, 24398/94; *Pierre Marais v. France*, (dec.), 24 June 1996, 31159/96;

¹⁹⁵ See e.g. *Schimanek v. Austria*, (dec.), 1 February 2000, 32307/96.

¹⁹⁶ *Lehideux and Isorni v. France*, Grand Chamber (GC), 23 September 1998, 24662/94.

реальное значение деятельности Петэна, представляя его в благоприятном свете.¹⁹⁷ В данном деле Большая палата Суда выдвинула новый подход к интерпретации и применения статьи 17, заявляя, что «своей задачей Суд не считает разрешение данного вопроса, который является частью продолжающейся дискуссии среди историков по интерпретации данных событий. По существу, эти события не подпадают под категорию четко установленных исторических фактов, такие как Холокост, отрицание которого будет считаться исключенным из защиты статьи 10 через применение статьи 17».¹⁹⁸ Большая палата, таким образом, возрождает «эффект гильотины» статьи 17, заявляя, что применение данного положения привело бы к исключению некоторого рода высказываний из объема принципа свободы слова.¹⁹⁹ Одной из таких последствий является отклонение заявления без исследования контекста и строгого изучения пропорциональности вмешательства государства в ограничение права.

Таким образом, в то время как новая роль статьи 17 была только объявлена в деле *Леидо*, но не была применена, два последующих дела об отрицании Холокоста демонстрируют его потенциал. Первое дело касается осуждения Рожера Гарауди на основании некоторых отрывков в его книге, которые французский суд посчитал в качестве преступления отрицания Холокоста, расовой клеветы и возбуждения расовой ненависти.²⁰⁰ Суд напоминает с одобрением о прецеденте дела *Леидо* и продолжает: «Отрицание действительности четко установленных исторических фактов, таких как Холокост... подрывает ценности на которых основываются борьба против расизма и антисемитизма и представляет из себя серьезную угрозу публичному порядку. Такие действия являются несовместимыми с демократией и правами

¹⁹⁷ *Lehideux and Isorni v. France*, § 42.

¹⁹⁸ *там же*, § 47.

¹⁹⁹ H. Cannie, D. Voorhoof, The abuse clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? , 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011) стр. 54

²⁰⁰ *Garaudy c. France*, (déc.), 24 June 2003, 65831/01.

человека так как они посягают на права иных людей. Их сторонники неоспоримым образом имеют планы, которые входят в категорию целей запрещенной статьей 17 Конвенции».²⁰¹ Согласно суду, так как реальной целью заявителя была реабилитация нацистского режима и основное содержание его книги было явным образом ревизионистским, его заявления должны было считаться противоречащими фундаментальным ценностям справедливости и мира.²⁰² Соответственным образом Судьи применили положения о злоупотреблении прав и отклонили данную часть заявления считая его несовместимым *ratione materiae* с Конвенцией.²⁰³

Можно сказать, что решение суда по делу Гарауди ограничивает объем статьи 17 требуя наличие расистских или антисемитских намерений или намерения реабилитировать нацистский режим в дополнение к простому отрицанию установленных исторических фактов для его применения. Однако действительность такого рода понимания ставится под вопросом в последующих решениях Суда. Дело *Витши против Германии (2)* касалась частного письма, в которой ставились под сомнение ответственность Гитлера и его партии за истребление евреев, но действительность Холокоста и количественные факторы не ставилось под сомнение.²⁰⁴ Дело *Витшиа* таким образом не может считаться классическим делом об отрицании Холокоста, так как существование Холокоста и газовых камер *per se* не ставилось под сомнение. Именно поэтому для того, чтобы иметь возможность отклонить дело согласно положениям о злоупотреблении прав, Суд должен был расширить принцип применимый в деле *Лейдо*, делая вывод, что не только отрицание Холокоста, но и отрицание других равнозначно важных и установленных обстоятельств тоже входит в объем статьи 17.²⁰⁵ Интересно заметить, что в данном деле судьи не обнаружили никакой про-нацистской цели являющейся

²⁰¹ *Garaudy c. France, (en droit), § 1(i), стр. 29*

²⁰² там же

²⁰³ там же

²⁰⁴ *Witzsch v. Germany (2), (dec.), 13 December 2005, 7485/03.*

²⁰⁵ *Witzsch v. Germany, § 2, стр. 8.*

основой этих высказываний. Применение положения о злоупотреблении прав скорее всего проявляется в связи с наличием презрительного отношения заявителя по отношению к жертвам Холокоста.²⁰⁶ Данное решение Суда ставит под вопросом выше представленную гипотезу, согласно которой статья 17 применяется по отношению к расистским или иным видам деятельности связанными с нацизмом. Наше сомнение усиливается тем фактом, что некоторые дела, вовлекающие очевидные расистские заявления отклонялись только согласно статье 10. Таким образом, категорическое исключение по статье 17 видится в соединении с отрицанием Холокоста как такового и необходимым образом не связывается с расистским видом высказываний.

Краткий анализ обстоятельств при которых применяется Статья 17 является необходимым для выяснения объема данного положения и понимания вопроса распространения данного положения на иные исторические факты кроме Холокоста. Памятуя о крушении демократических систем в довоенной Европе, составители Европейской конвенции решили ввести механизм, который бы давал возможность демократии защитить саму себя. Этим механизмом стала статья 17, которая являлась прототипом конституционно правовой концепции воинствующей демократии.²⁰⁷ Статья 17 была первоначально задумана в качестве дополнительного гарантии против угрозам исходящим от групп или лиц, имеющих тоталитарные намерения.²⁰⁸ В этой ранней стадии, статья 17 применялась редко, в основном только в отношении отрицания Холокоста. Только начиная с 2000ых годов применимость положения о злоупотреблении прав становится более расширенной. Некоторые принципы можно извлечь из группы дел относимых к закрытию политических партий, которые местные власти считали преследующими антидемократические цели. В таких случаях,

²⁰⁶ там же

²⁰⁷ Концепция была выдвинута немецким философом Карлом Ловенштейном, см. Karl Loewenstein: K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, 31 *The American Political Science Review* (1937) 417 and 638. См. также K. Mannheim, *Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist* (London: Kegan Paul, 1943);

²⁰⁸ СТР. Le Mire, *sub* Art. 17, in L.-E. Pettiti, E. Decaux and СТР.-Н. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l homme* (2nd edn., Paris: Economica, 1999) 509, at 510-512.

Суд использовал возможность подчеркнуть, что в свете современной европейской истории нельзя исключить, что права, предоставляемые Конвенцией, могут использоваться для ослабления или уничтожения идеалов и ценностей демократического общества. В этом и виделся смысл существования статьи 17 - положения, которое дает легитимность усилиям предпринимаемыми местными властями для обеспечения большей стабильности страны в целом через ограничение прав некоторых лиц. Таким образом, «военная демократия» (*wehrhafte Demokratie*) является политической моделью совместимой с Конвенцией, при условии, что обеспечивается разумный компромисс между правами индивидов и ограничениями, налагаемыми для защиты демократической системы. Суд решал дела, придавая особую важность обстоятельствам дела, в особенности историческому и политическому контексту, характеризующему конкретную страну и степени угрозы риска для демократии. В этом отношении, Судом было подмечено, что меры, применяемые для защиты демократической системы от тоталитарной деятельности не могут быть «драконовскими», когда они применяются в стабильных демократиях полным образом интегрированные в европейские институты и ценности.

Другой сферой, где Суд применил принципы, закрепленные в статье 17 является борьба демократических систем против нетерпимости. До начала 2000-ых годов статья 17 была применена в этой сфере только касательно расистских высказываний, тогда как высказывания более широкого вида, таких как ненавистнические высказывания решались согласно статье 10²⁰⁹ даже тогда, когда способны были побудить к насилию.²¹⁰ Более широкий подход к статье 17 был применен в 2003 году, когда Суд заявил, что: «Не сомнительным является то, что конкретные высказывания являющимся пропагандой

²⁰⁹ См. *Erdogdu and Ince v. Turkey*, GC, 8 July 1999, 25067/94 and 25068/94, § 52.

²¹⁰ *Sürek v. Turkey (1)*, GC, 8 July 1999, 26682/95, § 62.

ненависти, которые могут являться оскорбительными для определенных индивидов или групп, не подпадают под защиту статьи 10 Конвенции».²¹¹

Начиная с тех пор, действия пропагандирующие ненависть постоянно провозглашались выходящими за пределы защиты гарантированной Конвенцией. Параллельно с этой расширительной тенденцией, понятие ненавистнических высказываний было также расширено и стало пониматься включающим в себя высказывания, которые не призывают к противозаконному поведению или насильственным актам.²¹² Однако положение о злоупотреблении прав эффективным образом применяется только по отношению некоторых категорий ненавистнического слова, к примеру, высказываний призывающим к этнической ненависти²¹³ или мотивированными антисемитскими²¹⁴ или исламофобскими²¹⁵ намерениями. В любом случае, Суду не удалось установить последовательные руководящие принципы для такой новой сферы применения статьи 17. Верно, что Суд время от времени проводил свое исследование в соответствии с обычным тестом предусмотренным статьей 10, несмотря на факт, что данные высказывания принадлежали к одной из категорий раньше признаваемыми выходящими за пределы защиты Конвенции. Такое происходило не только в случае с высказываниями имеющими антисемитский и исламофобский характер, но и относительно расистских высказываний, которые можно считать самыми далекими из ценностей, лежащих в основе Конвенции.

Таким образом, вопросы поднимаемые практикой Суда относительно отрицания Холокоста не могут быть решены через простые утверждения, что такие высказывания являются наказуемыми по причине их расистского или тоталитарного характера. Фактически, статья 17 применялась против высказываний, отрицающих Холокост независимо от их расистской

²¹¹ *Gündüz v. Turkey*, 4 December 2003, 35071/97, § 41.

²¹² *Féret c. Belgique*, 16 July 2009, 15615/07, § 73;

²¹³ *Molnar c. Roumanie*, (dec.), 23 October 2012, 16637/06, § 23.

²¹⁴ *W.CTP. and Others v. Poland*, (dec.), 2 September 2004, 42264/98, (the law), § 2(b)(iii), стр.11;

²¹⁵ *Norwood v. United Kingdom*, (dec.), 16 November 2004, 23131/03, (the law), стр. 4.

направленности, хотя верно и то, что расистские высказывание не всегда вызывали применение положения о злоупотреблении прав. Ключом для понимания причин жесткого отторжения Судом отрицания Холокоста лежит в основе другой категории подпадающей в область применения статьи 17. В ряде дел положение о злоупотреблении прав было истолковано будучи применимым в отношении поведения, являющимся презрительным по отношению к жертвам, специально принимая во внимание действия намеренные оскорбить или унизить их достоинство через нападение на их память.²¹⁶ Данная судебная практика является полезной для выяснения эволюции относительно применения статьи 17 к отрицанию Холокоста. Она показывает, что обстоятельства дела все еще играют роль, принимая во внимание, что Суд часто связывал применение статьи 17 с степенью серьезности. К примеру, тогда как в деле Гарауди статья 17 применялась в случае публикаций четко антисемитских или ревизионистских характера,²¹⁷ в других случаях Суд отказывался применять ее по той причине, что данные высказывания не были достаточно опасными для того, чтобы требовать их категорического исключения из защиты Конвенции.²¹⁸

Соображения о серьезности, вероятно, неявным образом легли в основе других дел, в которых судьи концентрировали свой анализ на том, являлась ли цель лежащий в основе поведения однозначным образом направленной на уничтожение прав закрепленных в Конвенции.²¹⁹ В некоторых других случаях решение Суда не применять положение о злоупотреблении прав являлось аналогичным образом основано на косвенном характере данного поведения.²²⁰ Другим фактором имеющим значение в деле применения статьи 17 можно

²¹⁶ См. например *Fáber v. Hungary*, 24 July 2012, 40721/08, § 58; *Witzsch v. Germany (2)*, *supra* note 31, (the law), § 2, стр. 8; *Leroy c. France*, 2 October 2008, 36109/03, §§ 27, 43;

²¹⁷ *Garaudy c. France*, (en droit), § 1(i), стр. 29.

²¹⁸ См. например *Soulas et autres c. France*, 10 July 2008, 15948/03, §§ 23, 48; *Féret c. Belgique*, *supra* note 51, §§ 52, 82.

²¹⁹ *Leroy c. France*, *supra* note 58, § 27; *Orban et autres c. France*, *supra* note 58, § 35;

²²⁰ *Lehideux and Isorni v. France*, *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, § 6

найти в наличии компенсационных интересов, которые препятствуют, чтоб выражения мнения были сочтены явным образом оскорбительными. Эти противоположные интересы предположительно стали причиной для решения Суда основываться на статье 10 в отношении дел вовлекающих политическую речь, ограничение которого обычно является предметом строгого контроля.²²¹ Эти интересы также сыграли решающую роль тогда, когда Суд дал значение факту, что действия заявителя могли способствовать продолжающимся дискуссиям касательно предмета общественного интереса. Таким образом, тогда как Суд расширил сферы речи на которых в принципе распространяется статья 17, он также ввел серию критерий основанных на серьезности, таким образом, желая ограничивать положение о злоупотреблении прав исключительными обстоятельствами.²²²

Отрицание Холокоста, как было замечено, было первоначально отнесено под статью 17 из-за его связи с нацистской деятельностью, для сдерживания которых данное положение было первоначально задумано. Эта связь отрицания Холокоста с нацизмом, однако, никогда не была оценена конкретным образом европейскими судьями, но считалась его присущим свойством.²²³ Суд основывал свои выводы на кажущейся неопровержимой презумпции, часто основываясь на решениях местных судов, которые не ставились под вопросом, что является резким контрастом по отношению к более свободной оценки фактических обстоятельств дела, проводимые в случае других решений относительно права на свободу слова. Правда, что такое решение характерно для большинства дел решаемых на основе статьи 17. Однако, по нашему мнению, принципы применимые по отношению к отрицанию Холокоста представляют собой исключение из уже исключительного режима предусмотренного статьей 17. Даже в отношении расизма и антисемитизма Суд

²²¹ См. *Wingrove v. United Kingdom*, 25 November 1996, 17419/90, § 58.

²²² *De Becker c. Belgique*, Rapport de la Commission, 22 January 1960, 214/56, § 279, стр. 165.

²²³ См. J. Temperman, Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, *Brigham Young University Law Review* (2011) 729, стр. 729.

применял критерии, основанные на серьезности и на контекст для ограничения применение положения о злоупотреблении прав в исключительных случаях. По сравнению с этим и в противоположность к этому, в случае дел об отрицании Холокоста европейские судьи никогда не проводили проверку однозначного характера цели данного выражения мнения и тот контекст, в котором такое слово было высказано или актуальность иных противостоящих интересов.²²⁴ Они также не проводили тщательной оценки того обстоятельства подвергалась ли демократия в конкретном случае к угрозе в результате заявлений заявителя. Таким же образом, когда Суд признавал надобность защиты человеческого достоинства жертв Холокоста, он одновременно заявлял, что этот фактор не может в одиночку являться ограничением для слова и что нужно перейти к балансирующему тесту, однако та же линия действий не был следован в делах отрицания Холокоста.

Таким образом, когда речь идет об отрицании Холокоста Суд неизменным образом склоняет чашу весов против свободы слова, давая привилегии стабильности системы и потребностям потерпевших. Принимая во внимание практику Суда, статья 17 применялась в отношении отрицания «четко установленных исторических фактов». Однако существует неясность в отношении данной концепции. В соответствии с этой категоризацией Европейский суд проводит различие между отрицанием Холокоста и отрицанием других геноцидов. Это различие приводит к проблеме неравенства в отношении жертв и потерпевших разных исторических событий. Это является одним из самых проблематичных аспектов практики Суда. В то время как Суд использует множественное число, однако, один лишь Холокост был признан в качестве «четко установленного исторического факта» и Суд все еще должен точным образом объяснить, когда конкретно исторический факт становится «четко установленным». Другим проблематичным аспектом является то, что Суд чрезмерно быстро приходит к заключению, что отрицание

²²⁴ См. *Lehideux and Isorni v. France*, § 55

Холокоста является видом выражения мнения, который полностью и можно сказать, автоматически выходит за рамки защиты Статьи 10 Конвенции. Правда данная позиция имеет прецедент в национальном уровне. Конституционный суд Германии, к примеру, также признал, что отрицание Холокоста не подпадает под защиту статьи 5(1) Основного закона Германии. Однако, Конституционный суд обосновал свою позицию подчеркивая, что отрицание Холокоста не представляет собой выражение собственного мнения, а должно подпадать под категорию неверных заявлений относительно факта. В отличие от этого, Европейский суд исключает отрицание Холокоста из сферы статьи 10 потому, что оно представляет собой злоупотребление правом.²²⁵ Однако, более разумным подходом было бы разграничение между «сферой действия» статьи 10 и «защитой» статьи 10. Другими словами, сфера в которой действует свобода выражения мнения не должна быть идентична по отношению сферы защиты данного права. Прежняя практика Европейского Комитета по Правам человека, когда местные власти имели большую свободу усмотрения и осуждения за отрицание Холокоста были оценены согласно статье 10 интерпретированной в свете статьи 17 по нашему мнению было бы более разумным подходом.

Таким образом, делая выводы, нужно подчеркнуть, что анализ практики Комитета ООН по правам человека по вопросу отрицания геноцида показывает, что его позиция отличается от позиции Европейского суда по правам человека. Комитет является сторонником анализа конкретных обстоятельств дела и против наложения запретов общего характера. Другим примечательным аспектом позиции Комитета, в отличие от Европейского суда, статья 20 не предоставляет возможность содержательного ограничения свободы слова. Таким образом, Комитет является сторонником анализа, принимая во внимания контекстуальные элементы каждого дела. Анализ Общего комментария 34

²²⁵ В результате можно сказать, что юриспруденция суда по делу Гарауди заходит дальше практики Конституционного суда Германии, См. D. Grimm, “The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany”, I. Hare and J. Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy* (OUP, 2009), стр. 559.

показывает, что Комитет является противником криминализации простого выражения ложных мнений об исторических событиях как таковых, что не является препятствием для криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности, когда это делается с расистскими или ненавистническими намерениями. Исследование практики Европейского суда по правам человека показало, что положение о злоупотреблении прав (статья 17) Европейской конвенции применялось исключительно в отношении отрицания Холокоста как «четко установленного исторического факта». Однако существует неясность в отношении данной концепции. В соответствии с этой категоризацией ЕСПЧ проводит различие между отрицанием Холокоста и отрицанием других случаев геноцида. Это различие приводит к проблеме неравенства в отношении жертв различных исторических событий и к применению двойных стандартов. Это является одним из самых проблематичных аспектов практики Суда. В то время как Суд использует слово «факты» во множественном числе, однако только лишь Холокост был признан в качестве «четко установленного исторического факта» и Суд все еще точным образом не дал объяснение о том, когда конкретно исторический факт становится «четко установленным». Таким образом, позиция Европейского суда по правам человека в вопросе отрицания геноцида является чрезмерно односторонней и несбалансированной, направленной на запрещение отрицания одного лишь Холокоста через применение «эффекта гильотины» статьи 17 Европейской конвенции (положения о злоупотреблении прав). Практика ЕСПЧ показывает, что Суд приходит к заключению о том, что высказывания, отрицающие Холокост полностью и автоматически выходят за рамки защиты статьи 10 Европейской конвенции. Полагаем, что более разумным подходом было бы проведение оценки присутствия или отсутствия нарушения права на свободу слова согласно общим механизмам статьи 10 Европейской конвенции, а также предоставление большей свободы усмотрения национальным судам в этом вопросе.

ГЛАВА III. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРИЦАНИЯ ГЕНОЦИДА АРМЯН

1. Некоторые проблемы криминализации отрицания Геноцида армян

Данная глава диссертационного исследования посвящена выявлению некоторых проблем, возникающих относительно криминализации отрицания Геноцида армян. Исследование практики государств по криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности показало, что в большинстве своем государства выбирают путь криминализации отрицания Холокоста и других преступлений против человечности совершенных нацистами. Причины, которые приводятся для такого подхода сводятся к тому, что европейские страны, подвергнутые истории нацизма во время Второй мировой войны имеют конкретную и материальную связь с данными происшествиями и соответственно и обязательства по предотвращению любых попыток отрицания Холокоста, который считается «движущей силой» для антисемитизма и разжигания ненавистнических отношений против евреев. Примерами таких стран являются Германия, Австрия, Франция. Однако, помимо этого, с принятием Рамочного решения ЕС 2008 года все больше европейских стран пошли по пути криминализации общего отрицания геноцида, что свидетельствует о готовности европейских стран следовать основным принципам имплементации своих обязательств. Так, например, Словакия в 2011 году расширила сферы действия своего закона об отрицании Холокоста, которая теперь распространяется также на отрицание Геноцида армян.²²⁶ Примерами иных стран, в которых отрицание Геноцида армян считается уголовно наказуемым являются Люксембург, Швейцария, Мальта, Греция.

Однако, отрицание Геноцида армян все еще не является уголовным преступлением во Франции, в которой живет значительное количество

²²⁶ Slovak Official: Any Turk Denying Armenian *Genocide* in Slovakia Will Be Jailed, PanARMENIAN Net (Apr. 5, 2012, 2:45 PM), <http://www.panarmenian.net/eng/news/101796>.

армянской диаспоры – примерно полмиллиона армян. Законодательные инициативы во Франции по принятию закона, предусматривающего уголовную ответственность за отрицание Геноцида армян в Османской Турции были представлены в законодательный орган Франции еще с 2006 года, но только в 2012 году французский парламент принял такой закон. 23 Января 2012 года французский парламент принял акт, в первой части, которой идет речь о привлечении к уголовной ответственности за отрицание, грубой тривиализации геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, установленных статьями 6, 7 и 8 Римского статута, соответствующих статей уголовного кодекса Франции устанавливающие данные виды преступлений, а также в статье 6 Международного Военного трибунала и «таковые признанные законом, международным соглашением, подписанным или ратифицированным Францией, в решении принятой Европейским Союзом или международным институтом, либо характеризованном французским судом, решение которого подпадает в сферу применения на территории Франции».²²⁷ Таким образом, как мы видим, данный закон был насчитан на широкий спектр применения и по сути относился ко всем геноцидам, признанным Францией, в том числе и в особенности к Геноциду армян. Однако вскоре данный закон был признан неконституционным Конституционным советом Франции и противоречащим праву на свободу выражения мнения. В своем решении 2012 года Конституционный совет Франции изъясил мнение о том, что «законодательный акт 'признающий' преступление геноцида не может сам по себе иметь нормативный характер, прикрепленный к закону».²²⁸ Иначе говоря, согласно Совету, принцип необходимости будет нарушен, если геноцид был бы признан формальным актом законодателя. По нашему мнению данное решение имеет ряд существенных недостатков.

Так, ошибочно полагать, что предмет законов о признании исторических фактов принадлежит только историкам и что такие законы, соответственно,

²²⁷ French Constitutional Council, decision of 28 February 2012.

²²⁸ там же

лишены какого либо юридического или нормативного значения. Юридическая характеристика акта в качестве преступления геноцида имеет юридические последствия, как в уголовном, так и в гражданском праве. Ошибочно также будет полагать, что законы о признании исторических фактов вторгаются в сферу компетенции судей и таким образом являются *ultra vires* актами законодательной власти по той причине, что юридическая характеристика акта как “геноцида” не предполагает вменение конкретного лица или группы лиц в совершении данного акта, что является компетенцией судебных органов власти. Таким образом, данное заключение является действительным по отношению любого официального заявления сделанного иными ветвями и органами власти такими как президент или правительство. Законодатель, президент или правительство имеют компетенцию делать официальные заявления и даже принимать законы и подзаконные акты в отношении юридической природы соответственного факта, однако это не подразумевает оценку относительно противозаконности поведения и личной вины любого конкретного лица. Далее в своем решении Конституционный совет Франции также заявил, что «Парламент осуществил вмешательство в манере противоречащей Конституции в осуществление права на свободу выражения мнений и свободу коммуникаций». Однако такое лаконичное заявление не является достаточным для признания нарушения права на свободу выражения мнения. В решении не говорится даже о необходимости или пропорциональности вмешательства в право на свободу выражения мнения, а также не приводятся никакие исследования касательно целей уголовной политики преследуемой криминализацией отрицание геноцида.

Другим примером страны, законодательство которой предусматривала наложение уголовной ответственности за отрицание геноцида в широком значении являлась Испания. Статья 607(2) Уголовного кодекса Испании предусматривало наказание за распространение «идей или доктрин отрицающих или оправдывающих» геноцид. Однако, в результате решения от 7

Ноября 2007 года Конституционным судом Испании слова «отрицание или» были признаны противоречащими конституции Испании и были удалены из формулировки закона. В решении Конституционный суд Испании, оценивая соответствие положения Уголовного кодекса о криминализации отрицания геноцида праву на свободу выражения мнения, разъясняет, что данное положение предусматривает наказание, как за отрицание, так и за оправдание геноцида. По мнению Суда, отрицание должно пониматься как утверждение о том, что определенные происшествия не имели места или не были совершены в такой манере, чтобы считаться геноцидом. Вместе с тем, согласно Суду, оправдание не предполагает отрицание существования геноцида, а является скорее отрицанием того, что такое преступление является противозаконным, в некоторых возможных случаях через отождествление с самими преступниками. Суд задается вопросом, являются ли оба этих случая случаями «ненавистнических высказываний». Суд приходит к заключению, что простое отрицание само по себе не может служить причиной для нарастания климата враждебности против группы, которая являлась жертвой геноцида, действительность которого отрицается. Таким образом, отрицание может только подпадать под запрет, если наличествуют также и оценочные суждения относительно этих происшествий. Однако, статья 607(2) не включала такого ограничивающего требования, поэтому, по мнению Суда и не соответствовала Конституции.

Таким образом, Конституционный суд Испании проводит различие между криминализацией оправдания геноцида, что считается дозволительным и отрицания геноцида, что считается конституционно неприемлемым. Однако такое различие является противоречащим как Дополнительному протоколу к Конвенции о Киберпреступлениях, так и Рамочному Решению 2008 года. Однако важно подчеркнуть, что Испания не ратифицировала Дополнительный протокол, таким образом, Конституционный суд Испании не принял во внимание данный документ. Также, нужно подчеркнуть, что судьи

Конституционного Суда Испании изъявили свои взгляды еще до принятия Рамочного решения ЕС 2008 года, что является фактором существенным образом уменьшающим их актуальность и соответствие таких взглядов сегодняшним реалиям, существующим в Европе по поводу наличия позитивного обязательства государств по криминализации отрицания геноцида.

Также нужно сказать, что отличие между простым отрицанием и оправданием является искусственной и может быть легко обойдено при желании и наличии проработанных высказываний. Различие между отрицанием геноцида и его оправданием является также неустойчивым так как отрицание так же как и оправдание геноцида унижает пострадавших и их семей, оскорбляет память истребленных людей, реабилитирует тех, кто был ответственен за массовые убийства, и таким образом является серьезным подстрекательством к ненависти и расовой дискриминации и прокладывает путь для дискриминационных и насильственных действий в отношении тех, кто является частью жертв и потерпевших от данных преступлений. Конституционный суд дальше ссылается на необходимость защиты научной или академической свободы. Однако, свобода заниматься научными исследованиями не может служить для признания законными те различия, которые были ошибочным образом выявлены Конституционным судом Испании. В противном случае, расистские, ксенофобские взгляды и идеи призывающими к нетерпимости могут с легкостью распространяться недобросовестными отрицающими, которые могут привести доводы о том, что якобы намереваются заниматься историческими или научными исследованиями. Вместе с тем, распространение научной информации добросовестным ученым, основанной на соответствующих доказательствах может являться защитой для высказываний научного значения о геноциде. Однако когда явным образом отсутствует добросовестность в намерениях и высказываниях отрицающего тогда такое отрицание не должно быть дозволено, так как толерантность в отношении отрицания является недопустимым.

Противники криминализации отрицания Геноцида армян проводят различные доводы для поддержки своих позиций. Согласно одному из таких доводов не существует «общего консенсуса» относительно существования Геноцида армян, так как он был признан всего лишь ограниченным количеством государств.²²⁹ Такое суждение однако, едва ли может считаться разумным поскольку в международном праве не существует обязательство для государств признать все геноциды и Геноцид армян в частности. Попросту говоря у большинства из «не признающих» государств и не просили признать Геноцид армян. Более того, существуют только два государства, которые официально не признают Геноцид армян – Турция и Азербайджан и в обоих государствах пропагандируются арменофобские настроения, причем в Азербайджане арменофобия является чуть ли не официальной государственной политической позицией. Противники криминализации отрицания Геноцида армян зачастую не принимают такую позицию относительно отрицания Холокоста. Однако по нашему глубокому убеждению большинство из тех доводов, которые приводятся для проведения категориального различия между отрицанием Геноцида армян и отрицанием Холокоста являются искусственными и необоснованными.

Так, согласно одному из таких доводов, факты Холокоста являются конкретными, такие как существование газовых камер и наличие таких фактов не оспаривается отрицающими Геноцид армян, так как они в основном лишь оспаривают юридическую характеристику данных происшествий, а не сам факт убийства и депортации людей. Такая позиция не является убедительной так как, во-первых, факты Геноцида армян являются такими же четкими, как и в случае с Холокостом. Такие факты как те законы, которые были приняты правительством Османской Империи о депортациях и экспроприации имущества армянских семей, фотографии свидетельствующих о маршах смерти через пустыни и бесчисленные показания очевидцев о варварских убийствах

²²⁹ На сегодняшний день 29 государств признали массовые убийства и депортации армянского населения в османской Турции геноцидом.

армян. Назвать такие факты неконкретными было бы попросту абсурдно. Во-вторых, относительно отрицания лишь юридической характеристики происшествий нужно сказать, что отрицание юридической характеристики не различается от отрицания исторических фактов. Так, согласно Конвенции о Геноциде основным элементом, *dolus specialis* для квалификации преступления геноцида является наличие у свершителя особого намерения – намерения уничтожить группу или часть ее как таковую.²³⁰ Таким образом, при отрицании Геноцида армян отрицается конкретный факт – наличие намерения у турецкого правительства решить армянский вопрос и уничтожить армян как национальную и этническую группу. Это нельзя назвать ничем иным как историческим фактом.

Далее, согласно иному доводу, в отличие от Геноцида армян, в случае с Холокостом отрицаются преступления, совершенные нацистским режимом, для которого существовала четкая правовая основа, чему служит статья 6(с) Устав Нюрнбергского Трибунала. Однако этот аргумент скорее вводит в заблуждение и является ошибкой, так как данный устав был принят в 1945 году, *после* Холокоста и не относился к геноциду, попросту потому, что этот термин все еще не существовал в то время и в ней говорится лишь о преступлениях против человечности. Это является аналогичным с ситуацией с Геноцидом армян 1915-1917 годов. Оба геноцида имели место до принятия Конвенции о геноциде 1948 года или Устава Нюрнбергского трибунала 1945 года и в обоих случаях происходили массовые убийства государством своих граждан на основании их расы. Таким образом, такое суждение является, мягко говоря, некорректным как с позиции фактов так и с правовой точки зрения.

Другим обоснованием для тех, кто проводит различие между Геноцидом армян и Холокостом является та идея, согласно которому, в отличие от Геноцида армян исторические факты Холокоста, которые отрицаются являлись

²³⁰ Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него
Принята резолюцией 260 (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1948 года. Статья 2

четко установленными международным судом, тогда как в случае с Геноцидом армян такое решение отсутствует. Однако по нашему мнению такое суждение не является обоснованным.

Во-первых, было бы ошибочно полагать, что факт геноцида не является фактом, пока он не был признан международным судом. В соответствии с этим нельзя будет считать массовые убийства в Дарфуре, Бангладеше и др. геноцидами, потому что, хотя факты являются четкими, однако, как и в случае с Геноцидом армян отсутствует решение международного судебного органа на счет характеристики данных происшествий в качестве геноцида. Кроме того, Нюрнбергский трибунал не являлся международным судом по сегодняшним меркам. Все судьи были представлены государствами, победителями Второй Мировой Войны. Более того, те же страны признали Геноцид армян 1915 года не только в качестве преступления или трагедии, но как «преступления против человечности». В Совместной декларации Британии, Франции и России принятой в Мае 1915 года впервые в международных отношениях было упомянуто о «преступлениях против человечности» относительно массовой резни и депортации армянского населения и эти страны заявили, что «все члены османского правительства, которые были вовлечены в резне будут привлечены к ответственности».²³¹ Таким образом, союзники дали обещание самим себе, армянам и всему миру о том, что турецкие политические лидеры будут привлечены к ответственности за «преступления против человечества». Однако вопрос о том кто конкретно будет привлекать к ответственности не был решен: «международного уголовного права» как такового не существовало в 1918 году и к тому же Вестфальские принципы суверенитета требовали, чтобы преступления государства против своего населения были наказаны самим этим государством или не были наказаны вовсе. В международном праве не существовало прецедента международного уголовного суда и «преступления против человечности», за совершение которых союзники обязались призвать к

²³¹ Joint Declaration of France, Great Britain and Russia, 28 May 1915. United Nations War Crimes Commission, London HMSO 1948, стр. 35

ответственности турецких политических лидеров в 1915 году все еще не были определены международным правом. Новое турецкое правительство попыталась призвать прежних политических лидеров к ответственности инициировав судебные дела против них. Однако те основные виновные за геноцид – Тальят, Энвер и некоторые другие чиновники немедленно бежали в Германию боясь преследования за совершения резни армян. Новое правительство Турции установило военный трибунал, который осудило их *in absentia*: они были осуждены за массовые убийства вместе с другими министрами, должностными лицами и губернаторами районов, три из которых были повешены. Однако вскоре после прихода к власти нового правительства во главе Мустафы Кемаля данные судебные дела были постепенно прекращены.

Далее, во время парижской конференции в Версале Британия потребовала предъявить обвинения турецким лидерам, ответственным за резню армян и представила список основных виновных, особенно министра внутренних дел Тальята и военного министра Энвера, «которые обязательно должны быть повешены».²³² Комиссия Ответственности Виновников Войны была установленная в Январе 1919 года рекомендовала преследование турецких лидеров за военные преступления совершенных против своих же граждан на своей суверенной территории, так как это являлось примером «примитивного варварства» и была осуществлена «террористкой системой». В Версальском договоре союзники оставили за собой право призвать преступников к преследованию и в статье 230 Севрского договора 1920 года относительно армянской резни было провозглашено о том, что: *«Турецкое правительство гарантирует передачу Союзническим силам лиц сдача, которых может быть необходима для признания ответственными за резню совершенную во время войны на территории Турецкой империи... Союзнические страны сохраняют за собой право установить Трибунал, который будет осуждать лиц*

²³² Gary Bass, *Stay the Hand of Vengeance* (Princeton University Press, 2000), стр. 118

обвиненных в совершение данных деяний и Турецкое правительство гарантирует признание такого Трибунала». Однако уже в середине 1919 года после затяжки судебных дел в Константинополе 68 заключенных ждущих суда, которые в большинстве своем были обвинены за вовлеченность в резни армян были захвачены британскими силами и переведены в Мальту, который тогда являлся частью британских колоний. Целью было установление международного трибунала для привлечения их к ответственности за массовые убийства армян.²³³ Однако впоследствии они были сданы обратно Турции, в части из за того, что существовала неясность относительно того имеет ли Британия юрисдикцию для осуждения должностных лиц иного государства за деяния совершенные в иной стране. Проблема был еще в том, что резня и депортации не являлись военными преступлениями и с международно-правой точки зрения не было ясно, как привлекать к ответственности виновных. Севрский договор предоставлял основы для этого, однако судебные дела так и не были начаты.

Севрский договор впоследствии был вовсе заменен Лозанским соглашением, которым в угоду политическим и экономическим интересам мировых держав решили отказаться от всех положений об уголовной ответственности Севрского договора и заменить договор новым Лозанским договором, в котором была включена «Декларация об амнистии» за все преступления совершенные между 1 Августом 1914 года до 20 Ноября 1922 года и таким образом армянский вопрос так и не получил своего решения. Однако нужно подчеркнуть, что массовые убийства армян послужили первым случаем, когда Британией, Францией и Россией были приняты торжественные обязательства для обеспечения того, чтоб «преступления против человечности» были наказаны и только в 1945 году Лондонским соглашением устанавливающего Нюрнбергский трибунал было предусмотрено наказание за «преступления против человечности» определенные в первый раз в Статье 6(с)

²³³ Gary Bass, стр. 128

как «убийство, истребление, порабощение, депортация и другие бесчеловечные действия совершенные против гражданского населения, до или во время войны, либо преследования на политической, расовой или религиозной основе..»

В любом случае, все основные организаторы Геноцида армян были признаны виновными за массовые убийства в самой Турции с применением международного права войны того времени. Таким образом, пока факты относительно Геноцида армян являются четкими и достоверными какими они и являются, не имеет значения то обстоятельство, что по причине замены Севрского договора, эти факты не были установлены международным судом. По крайней мере это не является виной жертв и потерпевших Геноцида армян.

Кроме этого, такие суды не являются непогрешимыми. К примеру, предварительная палата Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) принимала постановления об осуждении и оправдании, которые впоследствии были отменены апелляционной палатой суда по причине ошибочных оценок относительно фактов, обоснованных доказательствами.

Резюмируя, нужно констатировать, что в международном праве нет никаких препятствий для криминализации отрицания Геноцида армян. Более того, это является составной частью позитивных обязательств государств в данной сфере. Аргументы, поддерживающие проведение различия между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян, являются искусственными и необоснованными. В международном праве не существуют никаких оснований для проведения любых разграничений между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян. Государства, в которых существует армянская диаспора, имеют обязательства препятствовать распространению ненависти и дискриминации в отношении армян, которые, как и все национальные меньшинства, нуждаются в специальной защите от расовой дискриминации и ненависти, в том числе при помощи уголовного законодательства. Доводы для проведения категориального различия между Холокостом и Геноцидом армян являются искусственными и как мы показали необоснованными.

Криминализация отрицания Геноцида армян, когда это делается с расистскими намерениями не противоречит международному праву прав человека. В своей Общей рекомендации номер 34 Комитет по правам человека подчеркивает недопустимость запрещения или наказания «выражения мнений об исторических фактах».²³⁴ Однако это не относится к криминализации отрицания или оправдания геноцида когда это осуществляется с расистскими намерениями. Это отчетливо видно в принятой Общей рекомендации 35 Комитета по расовой дискриминации, где в пункте 14 говорится, что «Комитет рекомендует признать публичное отрицание или попытки оправдать геноцид и другие преступления против человечности в соответствии с их определением в международном праве уголовными преступлениями при условии, что они явно провоцируют расово мотивированное насилие или ненависть.»²³⁵ Нужно заметить, что Комитет по ликвидации расовой дискриминации не предусматривает необходимость присутствия окончательного решения международного или национального суда. Также, мы считаем, что Различия, проводимые Конституционным судом Испании между отрицанием и оправданием геноцида и других преступлений против человечности, являются искусственными и нечеткими. Такое различие также является неустойчивым, так как отрицание, так же, как и оправдание геноцида, унижает пострадавших и их семей, оскорбляет память погибших людей, реабилитирует тех, кто был ответственен за геноцид или преступления против человечности, и таким образом является серьезным подстрекательством к ненависти и расовой дискриминации. Таким образом, мы считаем, что проведение таких различий является неоправданным и противоречит международным обязательствам государств по криминализации, как оправдания, так и отрицания геноцида и других преступлений против человечности.

²³⁴ Замечание общего порядка № 34 Комитета по правам человека, пункт 49

²³⁵ Общая рекомендация N 35 Комитета по ликвидации расовой дискриминации, 2013, пункт 14

Однако, вместе с этим, того же нельзя с уверенностью сказать о позиции Европейского Суда по правам человека по данному вопросу. По этой причине в следующем параграфе мы считаем необходимым основательно обратиться и анализировать дело *Перинчек против Швейцарии*, который является единственным делом, в котором Европейский суд коснулся отрицания иного геноцида кроме как Холокоста.

2. Вопрос отрицания Геноцида армян в практике Европейского суда по правам человека

15-го Ноября 2015 года Большая палата Европейского суда по правам человека приняла постановление по делу *Перинчек против Швейцарии*²³⁶. Ранее дело было рассмотрено одной из нижних палат Суда и после вынесения постановления Швейцария приняла решение подать на апелляцию. Догу Перинчек, турецкий политик, доктор юридических наук несколько раз публично выступал в трех разных конференциях в Швейцарии называя Геноцид армян "международной ложью". После того как власти Швейцарии посчитали его высказывания противоправными его осудили за публичное отрицание геноцида и расовую дискриминацию. Перинчек подал заявление в ЕСПЧ о нарушении его права на свободу выражения мнения. В своем постановлении нижняя палата ЕСПЧ признала нарушение права на свободу выражения мнения, защищаемой статьей 10 Европейской конвенции. Это было первое решение²³⁷, в котором ЕСПЧ коснулся вопроса отрицания Геноцида Армян. Однако помимо этого Нижняя палата в своем постановлении посчитала нужным делать высказывания и суждения, которые по сути ставили под сомнение наличие широкого консенсуса по вопросу юридической характеристики Геноцида Армян и проводил четкое материальное различие

²³⁶ Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, [2015] (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235>)

²³⁷ Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, [2013] (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139724>)

между отрицанием Геноцида Армян и отрицанием Холокоста. Хотя в отличие от Нижней палаты Высшая палата воздержалась от таких суждений, однако по сути в новом решении Суда опять же проводится различие между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян и только лишь аргументы использованные Судом различаются. Суд снова признал нарушение его права на свободу выражения мнения. Считается нужным рассмотреть постановление Суда на предмет его влияния на дальнейшую криминализацию отрицания Геноцида армян в Европе. В данной части исследования предпринимается попытка анализировать проблему отрицания Геноцида армян и свободы слова в практике Европейского Суда по Правам Человека.

Данное дело изначально представляло собой большой интерес не только для заинтересованных сторон, но и для многочисленной армянской диаспоры ввиду того, что Суд впервые непосредственно должен был касаться вопроса отрицания Геноцида армян в Османской империи и наметить юридически значимые ориентиры в этом вопросе. Швейцария – одна из стран в Европе, которая пошла по пути общей криминализации отрицания геноцида, не разграничиваясь исключительно криминализацией отрицания Холокоста и иных преступлений против человечности совершенные во время Второй мировой войны нацистской Германией. Параграф 4 статьи 261 Уголовного кодекса Швейцарии предусматривает наказание за отрицание, грубую минимизацию или оправдание геноцида или иных преступлений против человечности на основе расы, этнического происхождения или религии в манере нарушающей человеческое достоинство или которое по тем самым основаниям отрицает, грубо тривиализирует или ищет оправдание для геноцида или другого преступления против человечности. Данная статья была принята Швейцарией после того как она стала участницей Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации.²³⁸

²³⁸ Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Принята резолюцией 2106 (XX) Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 1965 года (http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/raceconv.shtml)

Догу Перинчек, публично отрицая Геноцид армян в частности 7 Мая 2005 года в одной из таких мероприятий сделал заявление обвиняя империалистические державы в создании “международной лжи” по поводу существования Геноцида армян.²³⁹ В другом своем заявлении сделанном 18 сентября того же года Перинчек опять провоцирующим образом высказался по этой теме, призывая не верить в предубеждения относительно армянского вопроса и Геноцида армян, что “никакого Геноцида армян в 1915 году не было”, что были столкновения с обеих сторон и что “есть сведения, что армянские войска сами осуществляли резню турков и мусульман”²⁴⁰.

Казалось бы, что такого рода высказывания должны быть несомненным образом признаны Европейским судом выходящими за рамки защиты свободы слова так как в данном случае мы явным образом имеем дело с квалифицированным видом отрицания Геноцида армян. Перинчек не только отрицает сам факт геноцида, но и оправдывает геноцид, обвиняя самих армян в осуществлении резни. То есть его отрицание не является простым отрицанием. Однако нижняя палата Суда не нашла оснований о необходимости в демократическом обществе для ограничения права Перинчека на свободу выражения мнения и посчитала, что высказывания Перинчека носили исторический, юридический и политический характер, вызывающим общественный интерес. Однако, наряду с этим, Нижняя палата в своем постановлении сделала высказывания и суждения, далеко выходящие за рамки своих компетенций. Хотя Суд подчеркивал, что не намерен играть роль историка и давать соответствующие характеристики, однако, по сути, он пошел по этому пути, в частности, сомневаясь, что может существовать общий консенсус среди ученых относительно происходящих событий, о которых идет речь в деле. Суд пошел дальше, проводя различия между отрицанием Геноцида армян и отрицанием Холокоста, делая суждение о том, что “можно проводить четкое различие между этим делом и делами, касающимися отрицания

²³⁹ Perinçek v. Switzerland (2013), параграф 13

²⁴⁰ там же, параграф 16

преступлений имеющих отношение с Холокостом...исторические факты оспариваемые в данных делах были признаны международным судом как четко установленные.”²⁴¹ Таким образом Суд позволил себе давать характеристики относительно Геноцида армян и проводил «четкие» различия между отрицанием Холокоста и Геноцида Армян. По сути Суд перешел за рамки своих компетенций.

Большая палата в своем постановлении не отменяет прежнее решение нижней палаты и по сути проводит различие между отрицанием Холокоста и Геноцида армян, но основывается на разных доводах. Во первых, Большая палата, как и Нижняя палата снова ссылается на то, что она не считает своим обязательством решать вопрос относительно того являлись ли массовые убийства и депортация армянского населения в османской Турции геноцидом или нет и не призвана давать юридические характеристики обязательные в соответствии с международным правом.²⁴² Хотя в отличие от Нижней палаты Суд на этот раз дистанцируется от таких характеристик, однако такая явно робкая позиция Суда в общем значении по нашему мнению не соответствует той важной миссии, который Суд выполняет в деле закрепления и защиты прав человека в соответствии со справедливостью. То, что массовые убийства и депортация являлись геноцидом не является спорным. Геноцид армян является четко установленным историческим фактом и не подпадает под сомнение.

Относительно отрицания Холокоста Суд высказался: «для Суда оправдание для криминализации отрицания Холокоста лежит не столько в том, что оно является четко установленным фактом, сколько в том, что в свете исторического контекста в странах, которых идет речь (Австрия, Бельгия, Германия, Франция) его отрицание имеет под собой анти-семитскую основу...таким образом отрицания Холокоста является вдвойне опасным, особенно в тех странах, которые были подвергнуты нацистским ужасам и которые могут иметь специальную, моральную ответственность

²⁴¹ там же, параграф 117

²⁴² *Perinçek v. Switzerland* (2015), пар. 102

дистанцироваться от массовых преступлений, которые они совершили или являлись пособниками к их совершению, среди прочих способов дела уголовно наказуемым их отрицания».²⁴³ Суд дальше делает суждение, что в отличие от этого такой прямой линии связи не существует между Швейцарией и теми событиями, которые происходили в Османской империи в 1915 и последующих годах и что нет доказательств о том, что во время высказываний Перинчека в Швейцарии царила такая атмосфера, в результате которого могли начаться серьезные трения между армянскими и турецкими общинами.²⁴⁴

Таким образом, как нижняя палата, так и Большая палата Суда в своих решениях проводят различие между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян. Они лишь приводят разные аргументы для проведения различия дела Перинчека от дел вовлекающих отрицание Холокоста. Нижняя палата выразила сомнение по поводу наличия «общего консенсуса» в отношении вопроса характеристики событий происходивших в 1915 и последующих годах в тогдашней Турции в качестве геноцида. На этом основе нижняя палата проводит различие между уголовным наказанием наложенным на Перинчека за его заявления и дел об отрицании преступлений Холокоста. Хотя нижняя палата заявляет, что не считает своей обязанностью оценивать исторические события, однако ее решение по сути основывается на разной степени определенности по отношению событий происходивших в Турции в начале 20-го века и в Германии во время Второй мировой войны.

Вместо этого Большая палата попыталась аргументировать и обосновать свое различие, ссылаясь на географические и исторические факторы²⁴⁵, а также временные факторы.²⁴⁶ По мнению большинства Суда, те страны, в которых запрет отрицания Холокоста считался совместимым с Европейской Конвенцией являются странами, которые «пережили ужасы нацизма и которые

²⁴³ там же, параграф 243

²⁴⁴ там же, параграф 244

²⁴⁵ там же, пар. 242-48

²⁴⁶ там же, пар. 249-50

могут считаться имеющими особые моральные обязательства дистанцироваться от массовых убийств, которые они совершили, либо поспособствовали к их совершению...».²⁴⁷ Большинство судей Большой палаты не сумело найти такую связь ответственности между Швейцарией и теми событиями, которые имели место в Османской империи. Суд также переходит к временному фактору и аргументирует, что промежуток времени между совершением злодеяний и возрождением дебатов смягчает эффект критических заявлений.

По нашему мнению такой подход является ошибочным. Как было выявлено в ходе исследования, многие страны приняли законы криминализирующие отрицание геноцида и преступлений против человечности. Однако существует ли связь между страной запрещающей отрицание и тем актом, который отрицается? Сторонники этой идеи существования необходимой связи между страной криминализирующей отрицание и тем актом, который отрицается, используют этот аргумент в качестве критики специфических законов об отрицании геноцида и преступлений против человечности. Этот аргумент используется критиками также для построения аргумента «скользкой дороги». Согласно данному аргументу, принимая во внимание трагическую историю двадцатого века криминализация отрицания Холокоста Германией можно считать понятной, что тоже может относиться к Австрии и Франции, страны где последствия Холокоста все еще ощутимы. Однако, означает ли это что и другие страны тоже могут позволить себе предусматривать запрет для отрицания Холокоста, или должны ли страны Европы и другие страны принимать законы криминализирующие отрицание других геноцидов, в особенности и в частности отрицания Геноцида армян?

В данной части исследования мы попытаемся выявить проблемы возникающие при практическом применении такой аргументации и показать, что данная связь не является абсолютным и необходимым критерием для выяснения вопроса о том какие страны могут или должны криминализовать

²⁴⁷ там же, пар. 243

отрицание Холокоста или Геноцида армян или других геноцидов и преступлений против человечности.

Это не только «соответствует духу универсальной защиты прав человека, ... отстаивание прав жертв массовых убийств независимо от места где это случилось»²⁴⁸ как признал Суд, но и является полным образом достаточным для обоснования такого рода законодательства. Каждый социум и каждое государство должно само решать какой путь выбрать. Это является «выбором социума»²⁴⁹, который должен быть принят и признан Судом. Законодательство предусматривающее уголовное наказание за отрицание геноцида или преступлений против человечности как солидарность с жертвами этих преступлений должно быть возможно во всех государствах, даже при отсутствии прямой связи между событиями или жертвами, даже при прохождении долгого отрезка времени после таких событий. Каждое общество должно иметь возможность самому выбирать, каким образом адресовать эти проблемы даже при отсутствии соответствующего международного обязательства.

Преуменьшение заявлений Перинчека через ограничение их географического охвата прямым образом противоречит универсальному и *erga omnes* характеру защиты прав человека, который является важным определяющим фактором для них. Как было замечено Институтом Международного права обязательства государств по обеспечению соблюдения прав человека является *erga omnes* обязательством и «возложены на каждое государство в отношении международного сообщества в целом и каждое государство имеет юридический интерес в защите прав человека».²⁵⁰ Подобно этому, согласно Декларации и Программе действий принятой Всемирной конференцией по Правам человека в Вене «поощрение и защита прав человека

²⁴⁸ там же, пар. 246

²⁴⁹ См. *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, § 153, ECHR 2014

²⁵⁰ Resolution on “The Protection of Human Rights and the Principle of Non- intervention in Internal Affairs of States”, *Yearbook of the Institute of International Law*, 1989, vol. II, стр. 341, Статья 1

является законным поводом для озабоченности международного сообщества». ²⁵¹ Таким образом, универсальные ценности, которые были заложены в Европейской конвенции не соответствуют той позиции, которой придерживается Суд в данном вопросе. Говоря о временном факторе, можно ли представить, что через двадцать или тридцать лет отрицания Холокоста будет являться соответствующим праве на свободу выражения мнения? По нашему мнению позиция занимаемая Судом относительно отрицания Геноцида армян логическим образом приводит к такому риторическому вопросу. Таким образом, не существует никакого публичного интереса для защиты утверждений и заявлений, которые порочат и унижают жертв преступлений, пытаются реабилитировать или попросту отождествляют себя с преступниками и подстрекают к ненависти и дискриминации даже когда эти заявления были сделаны на счет ужасающих преступлениях, которые имели место 70 или 100 лет назад.

Относительно того мнения, что Швейцария не имела обязательство криминализировать заявления Перинчека об отрицании Геноцида армян, можно с уверенностью сказать, основываясь на проведенном исследовании и анализе, что такое обязательство она несомненно имела. Практика государств и документы, принимаемые на уровне как Европейского Союза (Рамочное решение ЕС 2008 года), так и Совета Европы (Рекомендационная политика ECRI номер 7) и другие документы свидетельствуют о наличии такого обязательства не только для европейских стран, но и такая тенденция наблюдается и вне границ Европы, свидетельством которой является рекомендация Комитета по устранению расовой дискриминации по криминализации отрицания геноцида²⁵². Все эти развития по данному вопросу были игнорированы и должным образом не принимались во внимание Судом. Кроме данных развитий, которые указывают о противоположной ситуации, чем

²⁵¹ UN doc. A/CONF/123, I, paragraph 4, 1993

²⁵² Общая рекомендация N 35 Комитета по ликвидации расовой дискриминации, 2013, пункт 14

той занимаемой большинством Суда нужно еще заметить, что по нашему мнению криминализация такого поведения в демократическом обществе является предметом, подпадающим в свободу усмотрения государства в каждом конкретном случае.

Кроме того, криминализация отрицания геноцида является необходимым для полной имплементации духа и текста статьи 1 Конвенции о Геноциде 1948 года, который налагает обязательства для государств предотвращать геноцид. В конкретном случае отрицания Геноцида армян государства также дополнительно должны препятствовать распространению ненависти и дискриминации в отношении армян, которые как и все уязвимые меньшинства заслуживают специальную защиту, в том числе при помощи уголовного законодательства. Так судя по отчетам Европейской комиссии по борьбе с расизмом и нетерпимостью про Азербайджан ²⁵³, Грузию ²⁵⁴, Турцию ²⁵⁵ армянские меньшинства являются уязвимыми и нуждаются в особой защите в этих странах. Судом не было принято во внимание и должным образом оценено существование расистских и ксенофобских движений в Европе как достаточной основы для криминализации отрицания геноцида. Таким образом, то мнение, что в Европе нет необходимости для уголовной защиты армян от расистских настроениях не является достоверным.

В данном деле наличествуют все составляющие элементы преступления отрицания геноцида, относительно как *actus reus* так и *mens rea*. Что касается *actus reus* Перинчек публичным образом отрицал геноцид армян, называя его “международной ложью”, обвинил самих армян в агрессии и идентифицировал самого себя как последователя Тальята Паши, который являлся одним из главных организаторов Геноцида армян и был признан виновным в «массовых

²⁵³ Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Четвертый отчет про Азербайджан, 2011, пар. 101

²⁵⁴ Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Третий отчет про Грузию, 2010, пар. 74

²⁵⁵ Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Третий отчет про Турцию, 2005, пар. 35, 89-93

убийствах» армянского населения турецким судом в 1919 году. Утверждения Перинчека никаким образом не имели цель и не способствовали каким либо общественным и демократическим дебатам относительно предмета в данном деле. Наоборот, эти заявления являлись серьезным подстрекательством к нетерпимости и ненависти по отношению уязвимой группы меньшинств. Фактически, Перинчек не представил и не обсудил какие либо доказательства о цели и объеме злодеяний и даже признал, что он бы никогда не признал бы геноцид даже если нейтральная научная комиссия установила бы действительность Геноцида армян.

Относительно *mens rea*, нужно подчеркнуть, что Перинчек действовал имея четкие «расистские» и «националистические» мотивы, что было установлено национальными суды Швейцарии. Не было установлено наличие какой либо исторической, научной или политической цели в его речах. Выражение мнения не может считаться имеющей исторической, юридической или политической целью только потому что оно затрагивает исторические, юридические или политические вопросы. Оно также должно иметь соответствующую ценность и должно содействовать историческому, юридическому, политическому дискурсу.²⁵⁶ Через свои действия Перинчек неоднократно и сознательно пренебрегал правовой системой иностранного государства, куда он приехал с predetermined намерением делать соответствующие заявления, таким образом, открытым образом выражая свое пренебрежение законодательству конкретной страны. Стремясь «обелить» османский режим через отрицание и оправдание политики геноцида, тем самым заявления Перинчека заложили основу для последующей нетерпимости, дискриминации и насилия.

Кроме того, фактическую мотивацию Перинчека мог установить только местный национальный суд, который собрал доказательства и выслушал его

²⁵⁶ Վ. Վարդանյան, Ե. Կիրակոսյան, Լ. Գևորգյան, Հայերի ցեղասպանության համար միջազգային-իրավական պատասխանատվության հիմքերը: Իրավական ուղեցույց / Երևան, Անտարես, 2014, стр. 28

доводы. Таким образом Европейский суд фактически должен был быть обязан признать установленный факт о том, что Перинчек действовал имея расистские мотивы и не мог изменять данный факт, что является крайне важным. Это показывает, что намерением *Перинчека* являлось не только отрицание существования Геноцида армян, но и обвинение самих жертв и остальной мир в фальсификации истории, изображать армян в качестве агрессоров и оправдать политику Османской империи совершить геноцид в качестве акта самозащиты, приуменьшить злодеяния и страдания, причиненные армянскому населению турецким государством, а также порочить и оскорбить армян живущих в Швейцарии и в других странах мира через комментарии, которые преднамеренно являлись ненавистническими и расистскими. Как высказался Суд в деле *Гарауди*, «обвинение самих жертв в фальсификации истории является одной из самых серьезных форм расовой дискриминации евреев и подстрекательства к ненависти к ним и таким образом является серьезной угрозой для общественного порядка...и нарушает права иных лиц».²⁵⁷ То же самое относится и к армянам. Отрицание Геноцида армян или *Мэдз Егерн* не является менее опасным, чем отрицание Холокоста или *Шоа*. То, что по мнению большинства Суда Перинчек не имел никаких ненавистнических и расистских намерений не имеет никаких доказательственного основания и даже противоречит фактам, установленным местными судами. Таким образом большинство судей Суда действовали в качестве первой инстанции, переоценивая намерения Перинчека без возможности применять уголовно-процессуальные меры и допросить его соответствующим образом.

Заявления Перинчека включали в себя намерение оскорбить весь народ. Они были направлены против армян как группы с попыткой оправдать действия османских властей изображая эти действия в качестве самозащиты и являлись расистскими по характеру, пороча память жертв. Перинчек описывал себя как последователь Тальята Паши, одним из главных действующих лиц в

²⁵⁷ Garaudy, см. выше

организации и совершении Геноцида армян, который однако был охарактеризован Перинчеком как «лучший друг армян». Перинчек ясным образом сделал такие высказывания с намерением провоцировать швейцарских властей. Он позже попытался повторить то же самое в Греции, однако ему был отказан въезд в эту страну.

Высказывания Перинчека не только являлись примером квалифицированного отрицания геноцида, но и включали в себе характеристики оправдания Геноцида армян. Как мы показали в предыдущем параграфе, грань между отрицанием и оправданием геноцида может являться весьма смутным и нечетким. В данном случае можно констатировать, что высказывания Перинчека являлись как отрицанием, так и оправданием геноцида. Самоидентификация с организаторами и свершителями геноцида, обвинения самих жертв в случившемся, все это можно с уверенностью квалифицировать как оправдание геноцида. Европейский суд, который так охотно ссылался на решение Конституционного суда Испании логическим образом должен был и учесть, что Конституционный суд Испании посчитал оправданным наложение ответственности за оправдание геноцида. Хотя, как мы уже показали, мы являемся противниками такого подхода проведения четких различий между отрицанием и оправданием геноцида и других преступлений против человечности, однако, даже если учесть, что такая позиция правильная, то даже в таком случае высказывания Перинчека должны были быть явным образом неприемлемыми, так как они не только являлись ненавистническими и расистскими, но и фактически и оправдывающими Геноцид армян.

Суд проводит различие между «нейтральными» высказываниями Перинчека с одной стороны и разжиганием ненависти с другой. Станным образом, согласно Суду Перинчек говоря о том, что Геноцид армян является «международной ложью» имел антиимпериалистические намерения, а не анти-армянские. Однако этим Европейский суд противоречит своим же решениям, в

которых он интересным образом приходил к другому мнению. Лишь несколько годами ранее, по делу *Лерой против Франции*²⁵⁸ Суд отказался признать оправдание карикатуриста, сделавший рисунок, пародирующий террористические атаки 11 Сентября в Нью-Йорке, который утверждал, что его рисунок не является прославлением злодеяния, а попросту сжато выражал антиимпериалистические послания. В других делах Суд неоднократно признавал отрицание Холокост в качестве разжигания анти-семитизма или прославления преступлений совершенные против евреев в тех случаях, когда не все отрицающие Холокост делали антисемитские высказывания. Однако такое нейтральное восприятие высказываний Перинчека вызывает недоумения и является парадоксальным. По сути для Суда Холокост является уникальным и не подпадающим под сравнение с другими геноцидами.

Выражение «международная ложь», употребленное Перинчеком явным образом заходит за рамки дозволенных границ свободы слова, так как таким образом жертвы приравниваются к лжецам. Вместе с тем, в своих ранних делах Суд придерживался совершенно иного подхода в отношении дел касательно отрицания Холокоста. Так в деле *Витш против Германии* 1999 года Европейский суд признал, что выражение «историческая ложь» сделанная на счет массовых убийств жертв нацизма не подпадает под защиту Статьи 10 Конвенции.²⁵⁹ Данный подход был далее следован Судом в делах *Шиманек против Австрии* 2000 года²⁶⁰ и *Витш против Германии* 2005 года.²⁶¹ По нашему мнению применение иной позиции Суда относительно дела об отрицании Геноцида армян является по меньшей мере непонятной и вызывающей недоумение.

В данной степени, сравнивая дело Перинчека с делом Гарауди можно заметить, что Перинчек не только действовал имея те же самые неприемлемые намерения, как и Гарауди, но и по сути действовал в еще более отвратительной

²⁵⁸ <http://echrblog.blogspot.am/2008/10/judgment-on-apology-of-terrorism.html>

²⁵⁹ *Witzsch v. Germany* ((dec.), no. 41448/98, 20 April 1999)

²⁶⁰ *Schimanek v. Austria* ((dec.), no. 32307/96, 1 February 2000)

²⁶¹ *Witzsch v. Germany* ((dec.), no. 7485/03, 13 December 2005).

манере так как он идентифицировал себя с Тальятом Пашой – главным организатором и «вдохновителем» Геноцида армян. Таким образом, аргумент о том, что Перинчек имел целью отрицать не само существование геноцида, а его юридическую характеристику *per se* вызывает недоумение и не является приемлемым.²⁶² Данный аргумент противоречит здравому смыслу. Перинчек не только ставил под сомнение юридическую характеристику, но и изображал Геноцид армян как эквивалентным по отношению жертв войны с турецкой стороны и своими заявлениями оправдывал политику Тальята Паши по уничтожению армян в качестве акта самозащиты против «армянской агрессии».

Перинчек является активным членом так называемого Комитета Тальята Паши. Непонятно как по мнению Суда тот, кто поклоняется Тальяту Паше может иметь менее анти-армянские намерения, чем поклонники Гитлера или Гимmlера? По мнению Перинчека турки не хотели резни армян, тогда как «западные и русские империалисты» провоцировали Османскую империю. Это похоже на утверждения многих тех, кто отрицает Холокост относительно того, что нацисты только хотели собрать всех евреев вместе чтоб просто транспортировать их в другие места. Аналогичным образом то же самое относится и к отрицанию Геноцида армян.

В своем постановлении Большая палата Суда, как бы «пытаясь смягчить грядущее негодование» армянского сообщества, для которых данное дело является первым со стороны Европейского суда признает, что у армянского сообщества есть право на достоинство относительно своего прошлого и существует необходимость уважать и не нарушать данное право. Однако Суд подчеркнул, что в данном деле и принимая во внимания сущность и контекст высказываний он не считает, что высказывания Перинчека были направлены против армянского сообщества и имели целью призывать к расовой неприязни или ненависти и соответственно не затрагивали достоинство армянского

²⁶² Վիզեն Քոչարյան, Հայոց Ցեղասպանության միջազգային իրավական որակումը և դրա ժխտման համար քրեական պատասխանատվությունը, Օրինականություն N. 1, Հատուկ թողարկում, 2015, փ. 48

сообщества до такой степени, чтобы установить уголовную ответственность за эти высказывания. Таким образом, Суду не удалось защитить достоинство армянской общины, для которых этот вопрос играет центральную роль в самоидентификации и которые отождествляют себя через память о геноциде в совершенном в начале 20-го века.²⁶³ Также Суд по существу не принимает должное внимание специфическую атмосферу отрицания и грубые нарушения прав меньшинств в Турции в связи также с делом Гранта Динка, который был убит националистами в Стамбуле 2007 году.²⁶⁴ Вместо этого Суд перемещает внимание на Швейцарию, где по мнению Суда нет возможности к возникновению напряженности на основе анти-армянских настроений. Таким образом, Суду не удалось прийти к осознанию существования анти-армянской специфической идеологии, который царит у турецких и азербайджанских националистов, в том числе и тех находящихся среди большой турецкой диаспоры в Европе.

В своем постановлении Суд все же попытался принять во внимание то влияние, которое могли иметь данные высказывания на армянское сообщество, живущее в Турции и которое подвергается дискриминации в этой стране. Однако Суд пожаловался на то, что ему не были представлены достаточные аргументы о том, что этот контекст играл какую либо существенную роль в данном деле. Суд также высказался, что единственным элементом, который мог сыграть роль в аргументировании о том, что высказывания Перинчека имели расистский подтекст и соответствующий контекст это вовлеченность Перинчека в так называемых делах по Эргенекону в Турции и его принадлежности к так называемому Комитету Тальята Паши. Однако Суду не были представлены оригиналы или полные переводы этих дел. По сути Суд ссылается на недостаточность и неполноту сведений представленных ему, которые могли подтвердить эту связь.²⁶⁵ Таким образом Суд приходит к

²⁶³ Perinçek v. Switzerland (2015), пар. 271

²⁶⁴ <https://cpj.org/2007/01/turkisharmenian-editor-murdered-in-istanbul.php>

²⁶⁵ там же, пар. 234, 235

мнению, что в данном деле Перинчек был необоснованно лишен своего права на свободу выражения мнения и что не было настоятельной общественной необходимости в наложении уголовной ответственности за его высказывания.

Делая выводы, нужно сказать, что суждения Европейского Суда по делу *Перинчека* не являются достаточным образом обоснованными. Нельзя согласиться с Судом о характеристиках высказываний Перинчека, так как они носили явным образом провоцирующий характер, имеющим цель отрицать, подвергнуть под сомнение и оправдать Геноцид Армян и унижить достоинство тех, для кого этот вопрос является чувствительным и можно сказать краеугольным в своей самоидентификации. В данном деле наличествуют все составляющие элементы преступления отрицания геноцида, относительно как *actus reus* так и *mens rea*. Относительно *actus reus*, Перинчек публичным образом отрицал геноцид армян, называя его “международной ложью”, обвинил армян в агрессии и идентифицировал самого себя как последователя Тальата Паши, который являлся одним из главных организаторов Геноцида армян и был признан виновным за преступления против человечества турецким трибуналом в 1919 году. Относительно *mens rea*, Перинчек действовал, имея четкие расистские и националистические мотивы, что было установлено местными судами Швейцарии. Высказывания Перинчека не только являлись наглядным случаем квалифицированного отрицания геноцида, но и включали в себя характеристики оправдания геноцида. Принимая во внимание прежнюю практику Суда относительно отрицания Холокоста, данное дело является примером применения Судом двойных стандартов.

Нужно также заметить, что Суду не удалось прийти к решению, которое бы отвечало нуждам справедливости и морали. Суд не смог или не захотел понять вопрос глубоко и адресовать нужным образом эту чувствительную проблему. Нельзя согласиться с Судом о характеристиках высказываний Перинчека, так как они носили явным образом провоцирующий характер, имеющим цель отрицать, подвергнуть под сомнение Геноцид Армян и унижить достоинство

тех, для кого этот вопрос является таким чувствительным и можно сказать краеугольным в своей самоидентификации. Однако в месте с тем, не думается, что это постановление каким либо негативным образом скажется на вопрос дальнейшей криминализации отрицания Геноцида армян. В любом случае это не помешает другим странам ЕС криминализировать отрицание Геноцида Армян и других преступлений против человечности, которые прямо не предусмотрены их законодательством. Нужно заметить, что в деле Перинчека Большая палата признала нарушение права на свободу выражения мнения только по той причине, что тест "настоятельной общественной потребности" не был удовлетворен для Суда. Однако, такая потребность может быть удовлетворена в других случаях. По сути, постановление Суда говорит лишь о том, что Швейцария неправильно применило свой закон об отрицании геноцида в данном деле. Речь не идет о криминализации отрицания Геноцида армян или о целесообразности криминализации отрицания геноцида как такового, а о том, что в данном деле, в данных обстоятельствах Суд не удовлетворился теми аргументами, что данные высказывания имели такой характер и такую направленность, чтобы налагать уголовную ответственность на Перинчека. Разграничение отношения к отрицанию Холокоста от других геноцидов, в особенности Геноцида армян не представляется обоснованным. Для армян отрицание геноцида является еще болезненным вопросом ввиду того, что этот геноцид все еще не признан самой Турцией, где процветает и пропагандируется отрицание Геноцида армян. В отличие от этого, Германия не только признала Холокост, но и сделала, все чтобы «искупить вину», налагая уголовную ответственность на отрицание Холокоста. В международном праве не существуют никаких оснований для проведения любых разграничения между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян. В частности, проведение разграничений относительно присутствия социальной необходимости для запрещения отрицания Холокоста и отрицания Геноцида армян является искусственным и необоснованным. Государства, в которых

существует армянская диаспора, имеют обязательства препятствовать распространению ненависти и дискриминации в отношении армян, которые, как и все национальные меньшинства, нуждаются в специальной защите от расовой дискриминации и ненависти, в том числе при помощи уголовного законодательства. Таким образом, по нашему мнению, в таких странах существует настоятельная социальная необходимость в демократичном обществе обеспечить защиту армян от расистских и ненавистнических настроений, в том числе с помощью запрещения и наказания за выражения публичных мнений, отрицающих Геноцид армян, являющиеся подстрекательством к ненависти, а также выраженные расистскими или иными недобросовестными намерениями. Таким образом, мы считаем, что отрицание любого геноцида не может являться совместимым с демократическими ценностями, на которых строится здоровое общество.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На основании результатов диссертационного исследования автор пришел к следующим **выводам**:

1. Существуют три основные теоретические принципы для определения границ свободы слова: принцип вреда (harm principle), принцип оскорбления (offence principle) и принцип демократических ценностей (democratic values principle). Соответственно, выражение мнения, которое является вредоносным или оскорбительным для индивидуумов, групп или общества в целом или нарушает права и свободы иных лиц имеет более низкую социальную ценность. Согласно принципу вреда свобода слова действует, пока это слово не причиняет непосредственный вред иным лицам. На практике, большинство из демократических систем полагаются на принцип оскорбления для регулирования свободы слова. Ненавистнические высказывания, как наглядный тому пример «безвредного», но наносящего оскорбление слова обычно не подпадает под регулирование принципа вреда, однако является запрещенной, или, по крайней мере, регулируемой многими международными правовыми инструментами. Согласно принципу демократических ценностей некоторые типы выражения мнения могут быть запрещены ради большей свободы для общества в целом.

2. В американской правовой системе свобода слова понимается почти как абсолютная ценность. Анализ показал, что система свободы слова, действующая в США, имеет тенденцию к категоризации. Она предусматривает чрезмерно жесткие критерии для ограничения данного права, когда оно может быть ограничено только, если тест «явной и непосредственной угрозы» считается удовлетворенным. В отличие от этого, право на свободу слова в международном праве является классическим квалифицированным правом, которое должно быть сбалансировано другими конкурирующими интересами. Однако, это не означает, что международное право является чрезмерно

дозволительным для наложения ограничений на свободу слова. На международном уровне свобода выражения мнения является одной из самых важных прав гарантированных международным правом защиты прав человека. Когда государство ссылается на законные основания ограничения свободы слова, оно должно демонстрировать в специфической и индивидуализированной манере конкретную природу угрозы, а также необходимость и пропорциональность конкретно принятой меры, в частности, через установление прямой и немедленной связи между выражением мнения и угрозой. Любые ограничения, налагаемые на свободу выражения мнения должны быть необходимы с целью охраны одного из законных интересов. Государство, таким образом, должно быть готово показать, что вмешательство в право обосновано одним или несколькими приведенными основаниями, предусмотренными международным правом. При отсутствии такого рода оправданий, ограничение не будет считаться приемлемыми.

3. Понятие «отрицание» охватывает многие виды выражения мнения. В чистом виде отрицание это выражение мнения, оспаривающее существование преступления или характеристических особенностей преступления. Отрицание можно подразделять на два вида: квалифицированное и простое отрицание. В первом случае группа становится мишенью для отрицающих, и отрицание сопровождается расистскими и ненавистническими высказываниями, а во втором случае группа индивидуумов не становится явной мишенью.

4. На основе проведенного анализа можно утверждать, что в международном праве государства имеют обязательства по борьбе с расизмом и ненавистническими высказываниями, в том числе через криминализацию отрицания геноцида и других преступлений против человечности. Этому, в частности, поспособствовало принятие Рамочного решение ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией 2008 года, а также иных документов универсального и регионального характера. В соответствие с данным документом, а также иным инструментами государства имеют позитивные обязательства

криминализировать не только отрицание Холокоста, но и других геноцидов и преступлений против человечности. Данные высказывания должны быть публично высказанными и должны иметь расистскую или ненавистническую направленность.

5. Анализ практики Комитета ООН по правам человека по вопросу отрицания геноцида показывает, что его позиция отличается от позиции Европейского суда по правам человека. Комитет является сторонником анализа конкретных обстоятельств дела и против наложения запретов общего характера. Другим примечательным аспектом позиции Комитета, в отличие от Европейского суда, статья 20 не предоставляет возможность содержательного ограничения свободы слова. Таким образом, Комитет является сторонником анализа, принимая во внимания контекстуальные элементы каждого дела. Анализ Общего комментария 34 показывает, что Комитет является противником криминализации простого выражения ложных мнений об исторических событиях как таковых, что не является препятствием для криминализации отрицания геноцида и других преступлений против человечности, когда это делается с расистскими или ненавистническими намерениями.

6. Анализ законодательства ряда стран показал, что большинство из государств все еще криминализируют отрицание Холокоста и других преступлений против человечности совершенные нацистами, однако, вместе с тем, усматривается четкая тенденция к тому, что все больше государств, изменяют свои законодательства и предусматривают уголовное наказание не только за отрицание Холокоста, но и других геноцидов и преступлений против человечности для соответствия своих законов международно-правовым требованиям. Наряду с отрицанием, государства криминализируют также грубую тривиализацию, количественную минимизацию и оправдание геноцида и других преступлений против человечности.

7. Позиция, занимаемая Европейским судом по правам человека в вопросе отрицания, существенным образом отличается от той, которой придерживается Комитет. Европейский суд даже и не рассматривает дела вовлекающие отрицание Холокоста, исключая их, основываясь на статье 17 Европейской конвенции (о злоупотреблении правами защищаемые Конвенцией). Таким образом, Европейский суд исключает отрицание Холокоста из сферы статьи 10 потому, что оно представляет собой злоупотребление правом. Таким образом, принципы, применяемые по отношению к отрицанию Холокоста, представляют собой исключение из уже исключительного режима предусмотренного статьей 17 Европейской конвенции.

8. В международном праве нет никаких препятствий для криминализации отрицания Геноцида армян. Более того, это является составной частью позитивных обязательств государств в данной сфере. Аргументы, поддерживающие проведение различия между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян, являются искусственными и необоснованными. В международном праве не существуют никаких оснований для проведения любых разграничений между отрицанием Холокоста и отрицанием Геноцида армян. Государства, в которых существует армянская диаспора, имеют обязательства препятствовать распространению ненависти и дискриминации в отношении армян, которые, как и все национальные меньшинства, нуждаются в специальной защите от расовой дискриминации и ненависти, в том числе при помощи уголовного законодательства.

9. Конституционный Суд Испании проводит различие между оправданием геноцида, что считается дозволительным и отрицанием геноцида, что считается противоречащим конституции. Однако, такое различие является противоречащим как Дополнительному протоколу к Конвенции о киберпреступлениях, так и Рамочному Решению ЕС 2008 года. Также, отличие между отрицанием и оправданием является искусственной и может быть легко обойдено при желании и использовании проработанных высказываний.

10. Суждения Европейского Суда по делу *Перинчека* не являются достаточным образом обоснованными. Нельзя согласиться с Судом о характеристиках высказываний Перинчека, так как они носили явным образом провоцирующий характер, имеющим цель отрицать, подвергнуть под сомнение и оправдать Геноцид Армян и унижить достоинство тех, для кого этот вопрос является чувствительным и можно сказать краеугольным в своей самоидентификации. В данном деле наличествуют все составляющие элементы преступления отрицания геноцида, относительно как *actus reus* так и *mens rea*. Относительно *actus reus*, Перинчек публичным образом отрицал геноцид армян, называя его “международной ложью”, обвинил армян в агрессии и идентифицировал самого себя как последователя Тальята Паши, который являлся одним из главных организаторов Геноцида армян и был признан виновным за преступления против человечества турецким трибуналом в 1919 году. Относительно *mens rea*, Перинчек действовал, имея четкие расистские и националистические мотивы, что было установлено местными судами Швейцарии. Высказывания Перинчека не только являлись наглядным случаем квалифицированного отрицания геноцида, но и включали в себя характеристики оправдания геноцида. Принимая во внимание прежнюю практику Суда относительно отрицания Холокоста, данное дело является примером применения Судом двойных стандартов.

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативно-правовые акты

1. Freedom of the Press Act added by Law no. 90-615 of 13 July 1990, France
2. German Criminal Code in the version promulgated on 13 November 1998, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I, last amended by Article 3 of the Law of 2 October 2009, Federal Law Gazette I.
3. Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB] [Criminal Code] Dec. 21, 1937, 54 AS at 757 (1938), as amended by Gesetz, 29 June 18, 1993 AS 2887 (1994), (Switz.)
4. Всеобщая декларация прав человека, *Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года*
5. Дополнительный протокол к Конвенции по киберпреступлениям в отношении криминализации деяний расистского и ксенофобского характера, осуществляемых при помощи компьютерных систем, г. Страсбург, 28 января 2003 года,
6. Европейская конвенция о защите прав и основных свобод, Рим, 1950г.
7. Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, *Принята резолюцией 260 (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1948 года*
8. Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Принята резолюцией 2106 (XX) Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 1965 года
9. Международный пакт о гражданских и политических правах, *Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года*
10. Рамочное решение Совета Европейского Союза 2008/913/ПВД от 28 ноября 2008г. о борьбе с отдельными формами и проявлениями расизма и ксенофобии средствами уголовного права
11. Римский статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 г.)

12. Совместный план действий ЕС по борьбе с расизмом и ксенофобией, /96/443/ЈНА, 1996
13. Устав Международного трибунала по бывшей Югославии, был учрежден резолюцией 827 (1993) Совета Безопасности от 25 мая 1993 года,
14. Устав Международного Трибунала по Руанде, был учрежден резолюцией 955 (1994) Совета Безопасности от 8 Ноября 1994 года,
15. Устав Организации Объединенных Наций (Сан-Франциско, 26 июня 1945 г.)

Научная литература

Книги, монографии, научные статьи, презентации на научных конференциях

1. Кочарян В.В. Проблемы формирования европейских стандартов в области борьбы с дискриминацией и нетерпимостью | Современные проблемы совершенствования правового регулирования: национальные и международные правовые аспекты. Сборник материалов международной научно-практической конференции, посвященная 80-летию создания юридического факультета ЕГУ, Изд. дом “Тигран Мец”, Ереван, 2013, стр. 145-159
2. Almagor, R., Speech, Media, and Ethics: The Limits of Free Expression (Palgrave, Basingstoke, 2001) p. 220
3. Antieau, C., "The Rule of Clear and Present Danger: Scope of Its Applicability", Michigan Law Review, 48.6 (1950), p. 296
4. Bair, J., The International Covenant on Civil And Political Rights And Its (First) Optional Protocol (Peter Lang Pub Inc. 2005) p. 212
5. Bass G., Stay the Hand of Vengeance (Princeton University Press, 2000), pp. 440
6. Bollinger L., The Tolerant Society: Freedom Of Speech And Extremist Speech In America (Oxford University Press 1986), p. 295

7. Brayard F., Comment L'Idée Vint A M. Rassinier, Naissance du Revisionnisme, (Fayard, 1996) p. 464
8. Cannie H., Voorhoof D., The abuse clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? , 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011) p. 54-83
9. Castberg, F., Freedom of Speech in the West (Oslo: Oslo University Press, London: George Allen & Unwin LTD, 1960) p. 475
10. Clements, L., European Human Rights, Taking a case under the Convention (London: Sweet & Maxwell, 1994) p. 338
11. Coderch P. and Rubi A., "Genocide Denial and Freedom of Speech. Comments on the Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, November 7th" 4 *Review of the Analysis of the Law* (2008), p. 30
12. Cram, I., Contested Words: Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies (Ashgate Publishing, 2006) p. 244
13. David R. Dow & R. Scott Shieldes "Rethinking the Clear and Present Danger Test", *Indiana Law Journal*, 73.4 (1998) p. 1217
14. Feinberg, J., Harm to Others, (New York, Oxford: Oxford University Press, 1984) p. 288
15. Fiss, O., "The Right Kind of Neutrality", in Fiss, *Liberalism Divided* (Boulder, Westview, 1996) p. 192
16. Gates, H., "Truth or Consequences: Putting Limits on Limits, in *The Limits of Expression in American Intellectual Life*", ACLS Occasional Paper, No. 22-New York: American Council of Learned Societies, 1993
17. Gerard Cohen-Jonathan, Negationisme et droits de l'homme –Droit international et europeen (la sentence du Comite des droits de l'homme, Faurisson c. France), 32 *Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme* (1997) p. 571
18. Greer, S., *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge University Press, 2007) p. 359

19. Grimm D., "The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany", I. Hare and J. Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy* (OUP, 2009) p. 720
20. Harcourt, B., "The Collapse of the Harm Principle", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90.1 (1999) p. 109
21. Hare, Ivan, "Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards" found in, *Extreme Speech and Democracy* (2009), p. 720
22. Henkin, L., "Infallibility Under Law: Constitutional Balancing", *Colum. L. Rev* 78 (1978) p. 1029-1042
23. Hentoff T., "Speech, Harm, and Self-Government: Understanding the Ambit of the Clear and Present Danger Test", *Columbia Law Review*, 91 (1991), p. 1453-1494
24. Heyman, S., "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", *Boston University Law Review* 78.5 (1998) p. 1277-1390
25. Israel Charny, *The Psychological Satisfaction of Denials of the Holocaust or Other genocides by Non-Extremists or Bigots, and Even by Known Scholars*, IDEA, 6(1) 2001
26. Janis, M., Richard Kay, and Anthony Bradley, *European Human Rights Law, Text and Material*, 2nd edition (Oxford: Clarendon Press, 2000) p. 957
27. Jean-Claude Pressac, *Auschwitz. Technique and Operation of the Gas Chambers* (The Beate Klarsfeld Foundation, 1989) p. 537
28. Jorge Menezes Oliveira, "Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty", *Faculty of Law, Oxford University*, 2004, p 36
29. Joseph Gabel, *Reflexions Sur L'Avenir Des Juifs*, Klincksieck (1987), p. 204
30. Joseph, S., Jenny Schultz, and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials, and commentary*, 2nd edn (Oxford: Oxford University Press, 2004) , p. 1042
31. Kahn, R., *Holocaust Denial and the Law: a Comparative Study* (New York, NYL Palgrave Macmillan, 2004), p. 207

32. Karl Loewenstein: K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, 31 *The American Political Science Review* (1937), p. 417-437
33. Knechtle, J.C., "Holocaust denial and the concept of dignity in the European Union." *Florida State University Law Review*, Vol. 36, 2008
34. Knowles, D., "A Reformulation of the Harm Principle", *Political Theory*, 6.2 (1978), p. 233-246
35. Lynd, S., "Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Seasons?" *The University of Chicago Law Review* 43.1 (1975) p. 151-191
36. Macovei, M., *Freedom of expression: A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edn (Human rights handbooks no. 2. Council of Europe, 2004) p. 64
37. Mannheim, *Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist* (London: Kegan Paul, 1943), p. 179
38. McGonagle T., "International and European Legal Standards for Combating Racist Expression: Selected Current Conundrums," in *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression*, Strasbourg, 16-17 November 2006, (2007) p. 151
39. Melamed, M., "Towards an Explicit Balancing Inquiry: R.A.V. and Black Through the Lens of Foreign Freedom of Expression Jurisprudence", 59 *Hastings L.J* (2007) p. 407
40. Mendelson, W., "On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance." *California Law Review* 50 (1962) p. 821
41. Mill, D., "Freedom of Speech", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2002 Edition), Edward N. Zalta (ed.)
42. Mill, J., *On Liberty* (1859), (London: Penguin, 1982), p. 96
43. Oberndörfer D., "Germany's militant democracy: An attempt to fight incitement against democracy and freedom of expression through constitutional provisions. Historical and overall record", in D. Kretzmer and F. Kershman Hazan (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy* (Kluwer, 2000) p. 285

44. Ovey, C., and Robin C.A. White, *European Convention on Human Rights*, 3d edn (Oxford University Press, 2002), p. 644
45. Pech, L. "The law of Holocaust denial in Europe: towards a (qualified) EU-wide criminal prohibition." *Jean Monnet Working Paper* Vol. 10/09, 2009, p. 51
46. Rainer Hofmann, "Incitement to National and Racial Hatred: The Legal Situation in Germany," in S. Coliver (Ed.), *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Nondiscrimination* (Kluwer Law International, The Hague 1992), p. 159-170.
47. Raymond Geuss, *The Idea Of A Critical Theory: Haberman And The Frankfurt School*, (1981), p. 116
48. Richard G. Hovannisian, "Denial of the Armenian Genocide in Comparison with Holocaust Denial" in Richard G. Hovannisian (ed.), *Remembrance and Denial: The Case of the Armenian Genocide*, Detroit: Wayne State University Press 1999, p. 328
49. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution* (Oxford University Press 1996), p. 416
50. Rosenfeld, M., "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis." *Cardozo Law Review*, Vol: 24, 2002, pp. 1523-1568
51. S. van Drooghenbroeck, L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? , *RTDH* (2001), p. 541-566
52. Schauer, F., "The Freedom of Expression, The Harm of Expression, and The Danish Cartoons," Discussion Draft for the Transatlantic Lecture Series of the Robert Schuman Centre of the European University Institute in Florence. Italy, 26 May 2006.
53. Schlag, P., *An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech*, *University of California-Los Angeles Law Review* 30 (1983) p. 671
54. Sigmund Freud, *The Future of an Illusion*, in *The Standard Edition Of The Complete Psychological Work Of Sigmund Freud*, Vol. 21,(Hogarth Press, 1961) p. 100

55. Smolla R., *The First Amendment: Freedom of Expression, Regulation of Mass Media, Freedom of Religion* (Durham, NC: Carolina Academic Press, 1999) p. 882
56. Temperman J., *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, *Brigham Young University Law Review* (2011) p. 729
57. Thomas Wanderes, *Die Strafbarkeit Des Auschwits-Leugnens* (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), s. 338
58. Tomuschat C., 'Prosecuting Denials of Past Alleged Genocides', in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: a Commentary* (Oxford: OUP, 2009) p. 616
59. Trager, R., and Dickerson D., *Freedom of Expression in the 21st Century* (Thousand Oaks: Pine Forge Press) 1999, p. 240
60. Vincent Blasi, "The First Amendment and the Ideal of Civil Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney v. California*", *William and Mary Law Review* 29 (1988) p. 653-697
61. Vivante C., *L'historien saise par le droit, Contribution a l'etude des droits de l'histoire* (Paris: Dalloz, 2007) p. 544
62. Weaver, R. and Arthur D. Hellman, "The First Amendment: Cases, Materials and Problems," 2004, p. 279
63. Williams, A.M. & Cooper, J., "Hate speech, holocaust denial and international human rights law", *European Human Rights Law Review*, Vol:6, 1999, p. 593-613
64. Winfried Brugger, *Ban or Protection of Hate speech? Some Observation Based on German and American Law*, 17 *Tul. Eur. & Civ. L.F.*(2002), p.20
65. Yourow, H., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence* (London, New York, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Press, 1996), p. 224
66. Yves Mayaud, *Le Mensonge En Droit Penal: Essai d'une Theorie Generale* (1976), p. 430

67. Վ. Վարդանյան, Ե. Կիրակոսյան, Լ. Գևորգյան, Հայերի ցեղասպանության համար միջազգային-իրավական պատասխանատվության հիմքերը: Իրավական ուղեցույց / Երևան, Անտարես, 2014, 59 էջ

68. Վիգեն Քոչարյան, Հայոց Ցեղասպանության միջազգային իրավական որակումը և դրա ժխտման համար քրեական պատասխանատվությունը, Օրինականություն N. 1, Հատուկ թողարկում, 2015, 48 էջ

Судебные прецеденты

1. *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616 (1919).
2. *B.H., M.W., H.CTP. and G.K. v. Austria*, (dec.), 12 October 1989, 12774/87;
3. *Balsite-Lideikiene v. Lithuania*, no. 72596/01, 2008
4. *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, 4 November 2008, 72596/01.
5. BGHSt 47, 278 (April 10, 2002), 2115.
6. *Bingöl c. Turquie*, 22 June 2010, 36141/04, §§ 32, 39.
7. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969).
8. Cass. Crim. January 3, Bull. Crim. n. 7.
9. *Castells v. Spain* 11798/85 [1992] ECHR;
10. *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942);
11. Cour de Cassation, Chambre criminelle, 17 June 1997 in *Recueil Dalloz*, 1998, jurisprudence
12. *De Becker c. Belgique*, Rapport de la Commission, 22 January 1960, 214/56;
13. *Dichand and Others v. Austria*, Judgment of 26 February 2002, Application No. 29271/95.
14. Dogu Perincek, Tribunal de Police de Lausanne, Mar. 9, 2007
15. *Erdogdu and Ince v. Turkey*, GC, 8 July 1999, 25067/94 and 25068/94.
16. *F. CTP. v. Germany*, (dec.), 29 March 1993, 19459/92;

17. *Fáber v. Hungary*, 24 July 2012, 40721/08,
18. *Féret c. Belgique*, 16 July 2009, 15615/07;
19. *Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey*, GC, 8 December 1999, 23885/94;
20. French Constitutional Council, decision of 28 February 2012.
21. *Fressoz and Roire v. France*, -29183/95 [1999] ECHR;
22. *Garaudy c. France*, (déc.), 24 June 2003, 65831/01.
23. *Gooding v. Wilson*, 405 U. S. 518 (1972).
24. *Goodwin v. United Kingdom*, 17488/90 [1996] ECHR
25. *Gündüz v. Turkey*, 4 December 2003, 35071/97,
26. *Hak-Chul Shin v. Republic of Korea* CCPR/C/80/D/926/2000;
27. *Hak-Chul Shin v. Republic of Korea*, Communication No. 926/2000, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/926/2000 (2004)
28. *Handyside v. United Kingdom*, 54931/72[1976] ECHR
29. *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany*, (dec.), 12 June 2012, 31098/08.
30. *Honsik v. Austria*, (dec.), 18 October 1995, 25062/94;
31. HRC, *Robert Faurisson v. France*, no. 550/1995, 1996
32. ICTR, Judgement December 3, 2003, Proc. c. Nahimana, Barayagwiza, Ngeze, 99-52-T
33. *Incal v. Turkey* - 22678/93 [1998] ECHR;
34. *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1984)
35. *Jenkins v. Georgia*, 418 U. S. 153 (1974);
36. *Jersild v. Denmark*, GC, 23 September 1994, 15890/89
37. *Karaman Fikri and Konsorten*, Tribunal of Berne, Sept. 14, 2001.
38. *Keun-Tae Kim v Republic of Korea* CCPR/C/64/D/574/1994;
39. *Kim v. Republic of Korea*. CCPR/C/64/D/574/1994;
40. *Kosiek v. Germany*, 28 August 1986, 9704/82, *Partly Dissenting Opinion of Judge Spielmann*, §§ 26, 28-29, 33);

41. *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 12 May 1988, 12194/86.
42. *Laptsevich v. Belarus*, CCPR/C/68/D/780/1997.
43. *Lawless v. Ireland (3)*, 1 July 1961, 332/57, (the law)
44. *Le Pen c. France*, (déc.), 20 April 2010, 18788/09, (en droit),
45. *Lehideux and Isorni v. France*, Grand Chamber (GC), 23 September 1998, 24662/94
46. *Lehideux and Isorni v. France, Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*;
47. *Leroy c. France*, 2 October 2008, 36109/03;
48. *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres c/ Faurisson*, TGI Paris, 8 July 1981, *Recueil Dalloz*, Jurisprudence, 1982,
49. *Lingens v. Austria*, - 9815/82 [1986] ECHR;
50. *Lowes v. United Kingdom*, (dec.), 9 December 1988, 13214/87
51. *Marais v. France*, no. 31195/96, Commission decision of June 24, 1996
52. *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* 10572/83 [1989] ECHR
53. *Molnar c. Roumanie*, (dec.), 23 October 2012, 16637/06;
54. *Muller v. Switzerland*, 10737/84 [1988] ECHR
55. *N.D.CTP. Bezirksverband München-Oberbayern v. Germany*, no. 24398/94, Commission decision November 29, 1995.
56. *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, (dec.), 29 November 1995, 25992/94;
57. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697(1931)
58. *Norwood v. United Kingdom*, (dec.), 16 November 2004, 23131/03, (the law)
59. *Oberschlick v. Austria*, 11662/85 [1991] ECHR.
60. *Observer and Guardian v. United Kingdom*, 13585/88 [1991] ECHR.
61. *Ochensberger v. Austria*, (dec.), 2 September 1994, 21318/93.
62. *Perinçek v. Switzerland*, App. No. 27510/08, [2013]
63. *Perinçek v. Switzerland*, App. No. 27510/08, [2015]

64. Philip Afuson Njaru v. Cameroon, CCPR/C/89/D/1353/2005.
65. *Pierre Marais v. France*, (dec.), 24 June 1996, 31159/96;
66. *Pietraroia v. Uruguay*, 44/1979,
67. *Rebhandl v. Austria*, (dec.), 16 January 1996, 24398/94;
68. *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, GC, 13 February 2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98;
69. *Rekvénki v. Hungary*, 20 May 1999, 25390/94
70. *Remer v. Germany*, (dec.), 6 September 1995, 25096/94;
71. *Remer v. Germany*, no. 25096/94, Commission decision September 6, 1995;
72. *Ross v. Canada* CCPR/C/70/Dr736/1997;
73. *S v. Mamabolo*, 2001 (3) SA 409 (CC).
74. *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, ECHR
75. *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919).
76. *Schimanek v. Austria* ((dec.), no. 32307/96, 1 February 2000)
77. *Seurot c. France*, (déc.), 18 May 2004, 57383/00, (en droit),
78. *Soulas et autres c. France*, 10 July 2008, 15948/03,
79. *Sporrong and Lonroth v. Sweden* - 7151/75 [1982] ECHR.
80. *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931)
81. *Sürek v. Turkey (1)*, GC, 8 July 1999, 26682/95
82. *T. v. Belgium*, (dec.), 14 July 1983, 9777/82.
83. *Tae Hoon Park v. Republic of Korea* CCPR/C/64/D/628/1995;
84. *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989);
85. *The Sunday Times v. United Kingdom (No 1)* 6538/74 [1979] ECHR.
86. *The Sunday Times v. United Kingdom (No 2)* -13166/87 [1991] ECHR
87. *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, - 18139/91 [1995] ECHR.
88. *Vejdeland and Others v. Sweden*, 9 February 2012, 1813/07,
89. *Vogt v. Germany* -17851191[1995] ECHR
90. *W.CTP. and Others v. Poland*, (dec.), 2 September 2004, 42264/98, (the law),
91. *Walendy v. Germany*, (dec.), 11 January 1995, 21128/92;

92. *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1972).
93. *Wingrove v. United Kingdom*, 25 November 1996, 17419/90;
94. *Witzsch v. Germany* ((dec.), no. 41448/98, 20 April 1999)
95. *Witzsch v. Germany (2)*, (dec.), 13 December 2005, 7485/03.
96. *Wornah Mukong v. Cameroon*, CCPR/C/51/D/458/1991;
97. *X. v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 16 July 1982, 9235/81;
98. *Zana v. Turkey*, GC, 25 November 1997, 18954/91;
99. *Ždanoka v. Latvia*, GC, 16 March 2006, 58278/00;

Иные документы

1. Commission Proposal for a Council Framework Decision on Combating Racism and Xenophobia, at 2, COM (2001) 664 final (Nov. 29, 2001)
2. Council of the European Union, Brussels, 26 November 2008, 16351/1/08 Rev 1 Droipen 94, Annex, Statements to be entered in the minutes of the Council at the time of adoption of the Framework Decision.
3. ECRI General Policy Recommendation No.7: National legislation to combat racism and racial discrimination
4. Human Rights Committee, *General comment No. 34: Article 19: Freedoms of opinion and expression* (CCPR/C/GC/34, adopted at its 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011)
5. Joint Declaration of France, Great Britain and Russia, 28 May 1915. United Nations War Crimes Commission, London HMSO 1948
6. Parliamentary Assembly, Council of Europe, Resolution 1495 (2006) April 12, 2006, Combating the resurgence of Nazi ideology
7. B. Winkler, “Racism and Xenophobia in the EU Member States: Trends and Developments”, Seminar on Combating Racism and Xenophobia, Vienna, 20 June 2006.

8. Resolution on “The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States”, *Yearbook of the Institute of International Law*, 1989, vol. II
9. UN Doc. A/52/18(Supp);
10. UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 10: Article 19 (Freedom of Expression)*, 29 June 1983
11. Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Третий отчет про Грузию, 2010,
12. Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Третий отчет про Турцию, 2005,
13. Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Четвертый отчет про Азербайджан, 2011,
14. Общая рекомендация Комитета по ликвидации расовой дискриминации N 35, 2013
15. Парламентская Ассамблея Совета Европы, Рекомендация 1805 (2007)