Организация Объединенных Наций CCPR/C/117/D/2124/2011

Международный пакт о гражданских и политических правах

Distr.: General
29 March 2017
Russian
Original: English

Комитет по правам человека

Соображения, принятые Комитетом по пункту 4 статьи 5 Факультативного протокола в отношении сообщения № 2124/2011* ** ***

Сообщение

Сообщение представлено:	Мохамедом Раббае, А. Б. С. и Н. А. (представлены адвокатами Эттиной Праккен и Михилом Пестманом)
Предполагаемая жертва:	авторы сообщения
Государство-участник:	Нидерланды
Дата сообщения:	15 ноября 2011 года (первоначальное представление)
Справочная документация:	решение в соответствии с правилом 97 правил процедуры Комитета, препровожденное государству-участнику 20 декабря 2011 года (в виде документа не издавалось)
Дата принятия Соображений:	14 июля 2016 года
Тема сообщения:	подстрекательство к расовой или религиозной ненависти со стороны политического деятеля
Процедурные вопросы:	статус жертвы; приостановление ratione materiae; исчерпание внутренних средств правовой защиты
Вопросы существа:	право на эффективное средство правовой защиты; право на справедливое судебное разбирательство; разжигание расовой или религиозной ненависти; право на

* Приняты Комитетом на его 117-й сессии (20 июня – 15 июля 2016 года).

** В рассмотрении настоящего сообщения участвовали следующие члены Комитета: Ядх Бен Ашур, Лазари Бузид, Константин Вардзелашвили, Марго Ватервал, Ивана Елич, Аня Зайберт-Фор, Юдзи Ивасава, Сара Кливленд, Фотини Пазарцис, Мауро Полити, сэр Найджел Родли, Виктор Мануэль Родригес-Ресиа, Фабиан Омар Сальвиоли, Дируджлалл Ситулсингх, Ахмед Амин Фаталла, Оливье де Фрувиль и Юваль Шани.

*** К настоящим Соображениям прилагаются тексты семи мнений, подписанных 11 членами Комитета. Приложения воспроизводятся в том виде, в котором они были получены, и только на том языке, на котором они были представлены.

GE.17-03929 (R) 050517 080517

1703929

Просьба отправить на вторичную переработку

	равенство перед законом и на равную защиту закона без всякого различия; защита меньшинств
Статьи Пакта:	пункт 3 статьи 2, пункт 1 статьи 14, статья 17, пункт 2 статьи 20, статьи 26 и 27
Статьи Факультативного протокола:	статьи 1, 3 и подпункт b) пункта 2 статьи 5

1. Авторами сообщения являются Мохамед Раббае, А. Б. С. и Н. А., которые обладают двойным гражданством Нидерландов и Марокко. Они утверждают, что являются жертвами нарушений Нидерландами их прав по пункту 3 статьи 2, пункту 1 статьи 14, статьям 17, 20, 26 и 27 Пакта. Факультативный протокол вступил в силу для Нидерландов 11 марта 1979 года. Авторы сообщения представлены адвокатами.

Факты в изложении авторов

2.1 В период между 2006 и 2009 годами полиция получила от отдельных лиц и организаций сотни сообщений, касающихся оскорблений и подстрекательства к дискриминации, насилию и ненависти со стороны Герта Вилдерса, члена парламента и основателя крайне правой политической партии «Партия за свободу». Однако прокурор решил не начинать судебное преследование в отношении г-на Вилдерса на том основании, что его заявления не носят преступного характера и не выходят за рамки свободы выражения мнений в публичных дискуссиях. Прокурор направил письмо всем, кто обращался в полицию с сообщениями относительно заявлений г-на Вилдерса, пояснив, что судебное преследование осуществляться не будет, поскольку представленные факты в соответствии с Уголовным кодексом наказанию не подлежат.

2.2 В соответствии с национальным законодательством граждане, которые считают себя потерпевшими от преступления, не имеют права преследовать в судебном порядке предполагаемого преступника. Это зависит от решения прокурора. Однако гражданин, непосредственно заинтересованный в возбуждении дела, может подать жалобу в Апелляционный суд в отношении решения не начинать судебное преследование[1]. Именно это ряд жертв и других заинтересованных сторон сделали в данном случае. Как следствие, 21 ноября 2009 года Амстердамский апелляционный суд постановил, чтобы прокурор начал судебное преследование г-на Вилдерса в Амстердамском окружном суде. В соответствии с этим постановлением прокурор направил г-ну Вилдерсу повестку с приглашением защищать себя по обвинению в оскорблении группы лиц по признаку расы или религии согласно статье 137c Уголовного кодекса[2], а также в подстрекательстве к ненависти и дискриминации по признаку религии или расы согласно статье 137d[3].

[1] В Уголовно-процессуальном кодексе указано, что, если судебное преследование в связи с уголовным преступлением не начинается, непосредственно заинтересованная сторона может подать в Апелляционный суд жалобу на это решение (статья 12).

[2] В статье 137c указано, что любое лицо, которое публично, устно, в письменной форме или с помощью изображений умышленно делает оскорбительные заявления в отношении группы лиц по причине их расы, религии или убеждений, гетеро- или гомосексуальной ориентации или физической, психической или умственной инвалидности, подлежит наказанию в виде тюремного заключения на срок не более одного года или штрафа третьей категории; в статье 137c (2) предусматривается, что если преступление совершается лицом, которое делает это в силу своей профессии или по обыкновению, или совершается совместно двумя или более лицами, то применяется наказание в виде тюремного заключения на срок не более двух лет или штрафа четвертой категории.

[3] В статье 137d предусматривается, что любое лицо, которое публично, устно, в письменной форме или с помощью изображений подстрекает к ненависти или

2.3 В соответствии с пунктами a) и f) статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса любое лицо, которое понесло прямой ущерб в результате уголовного преступления, может участвовать в уголовном судопроизводстве в качестве потерпевшей стороны и требовать компенсации. Потерпевшая сторона имеет право быть информированной о разбирательствах и получить доступ к материалам дела. В соответствии со статьей 334 этого Кодекса потерпевшие стороны могут представлять доказательства в поддержку своего гражданского иска, но не могут приглашать свидетелей или высказывать свое мнение по существу уголовного дела[4].

2.4 Авторы и ряд других лиц и организаций мусульман и мигрантов вступили в уголовное разбирательство в качестве потерпевших сторон, потребовав от г-на Вилдерса символическую компенсацию в размере одного евро, с целью повлиять на судебное решение, аргументировав свою позицию тем, что заявления г-на Вилдерса подпадают под определение уголовно наказуемого подстрекательства. Они намеревались уточнить пределы того, что может быть сказано в политических дебатах, и наполнить практическим содержанием свое право на защиту от подстрекательства к ненависти, дискриминации и насилию. Требование о выплате символической компенсации должно было убедить судью в том, что г-н Вилдерс переступил границу между тем, что приемлемо в демократическом обществе, и тем, что подлежит наказанию, поскольку его поступок наносит ущерб обществу в целом, этническим и религиозным меньшинствам и лично авторам. Такое решение суда не могло бы быть вынесено в порядке гражданского судопроизводства.

2.5 В ходе судебных прений прокурор ходатайствовал об отклонении претензии авторов на том основании, что они не понесли прямого ущерба в результате нарушения статей 137c и 137d Уголовного кодекса. Г-н Вилдерс попросил заслушать ряд экспертов, одни из которых получили отвод, а другие были допрошены следственным судьей. Адвокатам авторов не было разрешено присутствовать на этом допросе. Первоначально суд намеревался ограничить устные выступления адвокатов авторов строго разъяснением нанесенного им ущерба, но в конечном счете он позволил им высказаться относительно того, подлежат ли наказанию изложенные в обвинении факты, поскольку это лежало в основе гражданского иска о возмещении ущерба в соответствии с деликтным правом, что подразумевает противоправное деяние. Адвокаты сослались на то, что заявления г-на Вилдерса представляют собой нарушение статей 137c и 137d, но им не было разрешено ни прокомментировать нежелание прокурора возбуждать дело, ни привести аргументы в пользу того, что обвинение должно привести к осуждению. Впоследствии, после изменения состава суда, авторам не было разрешено представить аргументы относительно того, нарушают ли заявления г-на Вилдерса закон.

2.6 В своем решении от 23 июня 2011 года суд, рассмотрев каждое заявление, изложенное в обвинительном акте, постановил, что элементы обвинительного

дискриминации в отношении каких-либо лиц или насилию в отношении другого лица или собственности по причине расы, религии или убеждений, гетеро- или гомосексуальной ориентации или физической, психической или умственной инвалидности, подлежит наказанию в виде тюремного заключения на срок не более одного года или штрафа третьей категории.

[4] В статье 334 предусматривается, что на судебном заседании потерпевшая сторона может представлять документы в качестве доказательства наличия ущерба или убытков, понесенных в результате уголовного преступления, но не может приглашать свидетелей или свидетелей-экспертов. Потерпевший или лицо, оказывающее ему помощь, может задавать вопросы свидетелям и свидетелям-экспертам, но только в отношении своего иска о компенсации. Потерпевший может объяснить и уточнить или поручить какой-либо третьей стороне объяснить и уточнить свою претензию после того, как государственный прокурор обратится к суду. Он может повторно выступать в суде каждый раз, когда государственный прокурор обратится к суду или когда ему самому будет предоставлена возможность обратиться к суду.

акта не могут быть доказаны, и оправдал г-на Вилдерса по всем пунктам обвинения. Таким образом, претензии авторов в качестве потерпевших сторон были объявлены неприемлемыми. Ни обвинитель, ни г-н Вилдерс не стали обжаловать это решение. Авторы не имели права на обжалование, и, следовательно, у них не осталось других внутренних средств правовой защиты.

2.7 Претензии авторов, высказанные в ходе внутреннего разбирательства и представленные на рассмотрение Комитета, касаются заявлений г-на Вилдерса, которые, по их мнению, более чем оскорбительны и представляют собой подстрекательство к ненависти, дискриминации и насилию. Эти заявления направлены не против ислама как религии, а против мусульман как людей или против мигрантов незападного происхождения, хотя трудно проводить различие между нападками на ислам и нападками на мусульман. Речь идет о следующих заявлениях:

a) 7 октября 2006 года, отвечая в интервью газете «Фолкскрант» на вопрос о том, что бы он изменил, если бы пришел на следующий день к власти, г-н Вилдерс ответил следующее:

i) «Границы будут закрыты в тот же день для всех жителей незападных стран».

«Демографический состав населения является самой большой проблемой Нидерландов. Я имею в виду то, что прибывает в Нидерланды и здесь размножается. Достаточно посмотреть на цифры и их динамику. Мусульмане будут перемещены из крупных городов в сельскую местность. Мы должны остановить цунами исламизации. Это нож в самое наше сердце, в нашу самобытность, нашу культуру. Если мы не защитим себя, всем другим пунктам моей программы грош цена».

ii) В ответ на вопрос о том, существует ли связь между исламом и преступностью, он заявил:

«Безусловно. Цифры это подтверждают. Каждый пятый парень из Марокко состоит на учете в полиции. Их поведение продиктовано их религией и культурой. Эти явления нельзя рассматривать в отдельности. Папа Римский был совершенно прав, когда говорил, что ислам – это религия, пропагандирующая насилие. Ислам означает подчинение и обращение в свою веру немусульман. Такое толкование принято как в домашней среде этих криминальных личностей, так и в мечетях. Оно принято в самих общинах».

iii) «Каждый должен воспринять нашу доминирующую культуру. Тех же, кто этого не сделает, через 20 лет здесь уже не будет. Они будут высланы».

iv) «Эти марокканские ребята по-настоящему жестоки. Они избивают людей за их сексуальную принадлежность».

b) В одной колонке от 6 февраля 2007 года, опубликованной на сайте www.geenstijl.nl или www.pvv.nl (веб-сайт партии г-на Вилдерса), он отметил:

«В прошлую субботу "Нидерландс дагблад" процитировала профессора Рафаэля Исраэли, который предрек "третье исламское вторжение в Европу" посредством "проникновения, пропаганды, обращения в ислам и демографических изменений". По его словам, европейцы совершают демографическое самоубийство, допуская наступление ислама. Первое исламское вторжение было остановлено в 732 году в Пуатье после завоевания мусульманами Испании, Португалии и южной Франции, а вторая попытка вторжения была предпринята турками-османами, которые были обращены в бегство у ворот города Вены и к счастью выбиты оттуда в 1683 году. По мнению профессора Исраэли, третья попытка вторжения, которая происходит в настоящее время в Европе, имеет гораздо больше шансов на успех. И он абсолютно прав».

c) Газете «Перс» за 13 февраля 2007 года он заявил:

i) «С нас хватит. Границы закрываются, новые последователи ислама в Нидерланды не прибывают, множество мусульман покидают Нидерланды, исламские преступники лишаются гражданства».

ii) «Бывший начальник Моссада Эфраим Халеви говорит, что третья мировая война уже началась. Я таких слов не употребляю, но это так и есть».

iii) «У меня добрые намерения. Мы позволяем чему-то произойти, а в результате получаем совершенно иное общество. Я знаю, что через пару десятилетий не будет никакого исламского большинства. Однако число растет. Все больше агрессивных элементов, исламского империализма. Пройдитесь по улице и посмотрите, к чему это ведет. Такое ощущение, что мы живем уже не в своей стране. Конфликт налицо, и мы должны защитить себя. Придет время, и мечетей будет больше, чем церквей!»

d) Газете «Фолкскрант» за 8 августа 2007 года он заявил:

i) «Как мне стыдно за всех тех в правительстве или парламенте и за их пределами, кто отказываются остановить исламское вторжение в Нидерланды! Как мне стыдно за голландских политиков, которые изо дня в день мирятся с непропорционально высоким числом иностранцев среди правонарушителей и преступников, и никак на это не реагируют!»

«В Гааге полно трусливых людей. Перепуганных людей, которые родились трусами и которые так трусами и помрут. По их мнению, голландская культура основана на иудео-христианско-мусульманской духовной традиции, и они всячески потворствуют этому мнению. Они прощают лжецов и преступников».

iii) «Им наплевать на интересы голландских граждан, они помогают превратить Нидерланды в Нидерарабию – провинцию исламской сверхдержавы Еврабии».

iv) «Меня тошнит от ислама в Нидерландах – хватит уже мусульманских мигрантов».

e) Г-н Вилдерс снял фильм «Фитна», поднимающий вопросы ислама и мусульман. Его можно описать следующим образом:

Описание фильма представлено в обвинительном акте. В фильме сочетаются кадры нападения на башни-близнецы в Нью-Йорке и теракта на железнодорожной станции Аточа в Мадриде с изображениями простых мусульман, прогуливающихся по улицам, а также показаны изображения многоквартирных жилых домов с антеннами спутникового телевидения. Складывается ощущение, что зрителям внушают, что, чем больше будет мусульман и спутниковых антенн, тем больше террористических актов Нидерландам придется пережить. Кадры сопровождаются агрессивной музыкой.

2.8 Г-н Раббае прибыл в Нидерланды в 1966 году в качестве беженца и с 1994 по 2002 год являлся членом парламента от Партии зеленых. Он возглавляет национальный консультативный орган по вопросам марокканцев в Нидерландах. Он пожаловался на заявления г-на Вилдерса в полицию. В суде он говорил о результатах исследований о нетерпимости и расизме и о положении марокканцев в нидерландском обществе.

2.9 А. Б. С. является дочерью марокканских иммигрантов. Она дала показания в суде и сообщила, что в 2010 году во время избирательной кампании, когда она шла по улице, на нее наехал молодой человек на велосипеде с криком: «Вилдерс прав, вали отсюда!»

2.10 Н. А. родилась в Нидерландах. Ее мать является гражданкой Нидерландов, а ее отец – гражданином Марокко. Она выступила перед судом первого со-

става, прокомментировав воздействие высказываний г-на Вилдерса на тех, кому они были адресованы. В результате она получила по электронной почте огромное количество агрессивных писем с угрозами, сообщения в Твиттере и другие сообщения с ненавистническими заявлениями и решила не давать свидетельских показаний перед судом второго состава. Она ограничилась написанием в суд письма, в котором она отметила, что те, кто направлял ей ненавистнические сообщения, воспроизводили слова, используемые г-ном Вилдерсом, например «kopvoddentax» (налог на ношение головного платка), и сравнение Корана с книгой «Майн кампф».

2.11 Будучи марокканцами и мусульманами, авторы считают, что их лично и непосредственно затронули ненавистнические заявления г-на Вилдерса и что они страдают от их последствий в своей повседневной жизни. Они лично подверглись либо нападениям, либо угрозам и унижениям в сети Интернет. Они также страдают в связи с неспособностью государства-участника осудить г-на Вилдерса за ненавистнические высказывания, а также в связи с тем, что общественности подается сигнал о том, что его поведение не является преступным. Такой сигнал вызывает у авторов беспокойство за свое будущее в Нидерландах.

Жалоба

3.1 Авторы утверждают, что оправдательный приговор г-ну Вилдерсу вынесен в нарушение пункта 2 статьи 20 Пакта и что в обосновании этого решения содержатся, в частности, следующие ошибки: a) в нем различные высказывания проанализированы по отдельности и не рассмотрен их совокупный результат. Дела, связанные с уголовно наказуемым подстрекательством, могут рассматриваться только с учетом поочередных заявлений, причем с соблюдением их последовательности и в увязке друг с другом. Сущностью преступного подстрекательства непременно является элемент агитации; b) в нем подчеркнуто искусственное различие между критикой ислама и унижением мусульман. В заявлениях г-на Вилдерса регулярно прослеживается связь между критикой ислама и навешиванием на мусульман ярлыка нежелательных лиц, как, например, в его заявлении о том, что его тошнит от ислама в Нидерландах и что он не хочет, чтобы прибывали новые мигранты-мусульмане, и поэтому невозможно разделить эти два явления; c) в нем отвергнуты пункты обвинения в подстрекательстве к ненависти по признаку расы, поскольку «марокканцы и незападные мигранты» не являются расами; а также d) в нем предусмотрено своего рода общее и абсолютное исключение («публичная дискуссия»), позволяющее не квалифицировать подстрекательство к дискриминации или ненависти в качестве преступления. В отношении фильма «Фитна» суд счел, что «эта картина, рассматриваемая в своей совокупности, не содержит подстрекательства к ненависти, если сравнивать ее с публичной дискуссией, в рамках которой подчеркивается необходимое, по мнению обвиняемого, предостережение в отношении ислама как религии». Суд сделал этот вывод, несмотря на то, что в фильме изображено такое будущее Нидерландов, в котором людей вешают по причине их гомосексуализма, а женщин убивают за неисполнение законов Аллаха.

3.2 Оправдательный приговор лишает статью 137d Уголовного кодекса смысла и эффективности, хотя она была предназначена для обеспечения осуществления статьи 4 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и статьи 20 Пакта. Кроме того, оправдательный приговор не согласуется с другими решениями национальных судов в отношении ненавистнических высказываний. В силу положения г-на Вилдерса как политического деятеля и его роли в публичных дискуссиях суд придал приоритетное значение свободе выражения мнений и не обеспечил защиту авторов от возрастающего уровня расизма и ненависти в отношении мусульман. Хотя статья 20 Пакта сформулирована, скорее, с точки зрения обязательств государств, а не прав отдельных лиц, это не означает, что такие вопросы относятся к внутренней юрисдикции государств и как таковые не могут рассматриваться в соответствии с

Факультативным протоколом. Если бы дело обстояло таким образом, то установленный в Пакте режим защиты был бы значительно ослаблен.

3.3 Учитывая взаимосвязь между статьей 20 и статьями 26 и 27 Пакта, авторы, как члены меньшинства в Нидерландах, также являются жертвами нарушения этих положений, поскольку они были лишены права спокойно жить в качестве членов мусульманской общины в результате роста нетерпимости, расизма, ксенофобии и насилия в отношении мусульман. В своем решении суд не сбалансировал их интересы со свободой выражения мнений г-на Вилдерса.

3.4 В системе внутреннего законодательства потерпевшие от преступлений имеют слабое правовое положение. Они не имеют права на заслушивание свидетелей с их стороны и на обсуждение фактических обстоятельств и существа уголовного дела. Им разрешено лишь разъяснять свои требования о возмещении убытков. Поскольку вопрос, о котором идет речь в настоящем деле, заключается в том, являются ли заявления г-на Вилдерса ненавистническими по смыслу закона, а авторы были исключены из процесса разбирательства по этому вопросу в зале судебных заседаний, то им не было предоставлено эффективное средство правовой защиты в соответствии с пунктом 3 статьи 2 Пакта и не было обеспечено справедливое судебное разбирательство в отношении их иска о компенсации в рамках уголовного дела в соответствии с пунктом 1 статьи 14. Нарушение их права на справедливое судебное разбирательство было усугублено тем, что прокурор попросил вынести в отношении г-на Вилдерса оправдательный приговор и поэтому не выдвигал против него никаких обвинений.

Замечания государства-участника по вопросу о приемлемости

4.1 Государство-участник представило свои замечания относительно приемлемости 24 февраля 2012 года и 28 мая 2015 года. Оно оспаривает приемлемость сообщения на основании неисчерпания внутренних средств правовой защиты, отсутствия статуса жертвы и ratione materiae.

4.2 31 марта 2008 года г-н Раббае подал заявление о возбуждении против г-на Вилдерса уголовного дела, но прокурор решил не начинать судебное разбирательство. 21 сентября 2009 года, после подачи жалобы другими сторонами (ни одна из которых не является автором настоящего сообщения), Амстердамский апелляционный суд обязал прокурора начать судебное разбирательство в отношении г-на Вилдерса в связи с дискриминацией и подстрекательством к ненависти. 21 февраля 2010 года авторы вступили в судебное разбирательство в качестве потерпевших сторон. 23 июня 2011 года г-н Вилдерс был оправдан. В связи с этим претензии авторов были объявлены неприемлемыми.

4.3 В статье 20 Пакта сформулировано не право человека, а обязанность государств ввести в действие законодательство, запрещающее описанное выше поведение. В других статьях используются такие термины, как «все лица» и «все». Прочтение статьи 20 с точки зрения права человека, подлежащего защите в судебном порядке, привело бы, в сущности, к возникновению права человека на конкретное законодательство, но такое право не признается. Пункт 2 надлежащим образом выполнен Нидерландами путем введения в действие законодательства, запрещающего любую пропаганду национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющую собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию. Практика Комитета также свидетельствует о том, что на пункт 2 статьи 20 нельзя ссылаться в соответствии с Факультативным протоколом[5].

4.4 Участие в уголовном разбирательстве по делу г-на Вилдерса в качестве пострадавших сторон приравнивается к подаче гражданского иска в рамках уголовного дела. Поскольку г-н Вилдерс не был осужден, гражданский иск не мог быть рассмотрен. Тем не менее авторы могли бы подать отдельный граж-

[5] См. сообщение № 1570/2007, *Вассилари против Греции*, соображения, принятые 19 марта 2009 года, пункт 6.5.

данский иск против г-на Вилдерса в суд по гражданским делам в соответствии со статьей 6:162 Гражданского кодекса[6]. Лицо подлежит наказанию по этой статье, если совершено противоправное деяние, установлена вина исполнителя, нанесен материальный или нематериальный ущерб и существует причинно-следственная связь между этим деянием и нанесенным ущербом. Незаконное действие или бездействие совершено в том случае, если нарушено какое-либо право, если действие или бездействие противоречит какой-либо установленной законом обязанности или если действие или бездействие противоречит какой-либо неписанной норме, касающейся надлежащего поведения в обществе. Установленные законом обязанности включают в себя договорные положения, влекущие за собой прямые последствия, в том числе большинство положений Пакта. Гражданский иск в отношении противоправного деяния может быть действительным даже после вынесения оправдательного приговора по уголовному делу, и некоторые претензии, связанные с определением законности тех или иных заявлений, были удовлетворены. Даже если бы авторы не добивались компенсации, удовлетворенный гражданский иск мог бы дать им возможность требовать запрета на будущие заявления г-на Вилдерса или ходатайствовать о вынесении декларативного решения о том, что заявления г-на Вилдерса являются противозаконными. Решение суда по гражданским делам может быть обжаловано. Авторы по-прежнему имеют возможность предъявить г-ну Вилдерсу гражданский иск.

4.5 Г-н Раббае не доказал, что он является жертвой нарушения Пакта. Он просто заявляет, что он возглавляет национальный консультативный орган марокканцев и что он выступал на судебном разбирательстве по делу г-на Вилдерса. Второй и третий авторы утверждают, что они не могут вести спокойную жизнь в качестве членов мусульманской общины без защиты со стороны государства-участника. Тем не менее они не смогли доказать, что заявления, о которых идет речь, повлекли за собой конкретные последствия для них или что такие последствия неизбежны и могут затронуть их лично и что они нуждаются в защите государства. Если бы они нуждались в такой защите, они могли бы подать уголовный иск. Толкование понятия жертвы Комитетом по ликвидации расовой дискриминации не следует сравнивать с определением жертвы, используемым Комитетом по правам человека, особенно потому, что авторам представленного на рассмотрение Комитету по ликвидации расовой дискриминации сообщения «Еврейская община Осло и др. против Норвегии»[7] не было разрешено участвовать в уголовном судопроизводстве и они не обладали средствами правовой защиты в том государстве-участнике. Участие авторов в уголовном судопроизводстве в качестве потерпевших сторон также нельзя приравнивать к признанию статуса жертвы национальным судом. В том судопроизводстве их статус жертвы оценивался бы только после осуждения обвиняемого. Суд, таким образом, не имел возможности оценить их статус жертвы согласно внутреннему законодательству.

4.6 Настоящее сообщение, по сути, представляет собой actio popularis, поскольку его авторы не смогли доказать, что рассматриваемые заявления затро-

[6] В статье 6:162 предусматривается, что: a) лицо, совершившее противоправное деяние, которое может быть ему вменено, в отношении какого-либо другого лица, должно возместить ущерб, который был нанесен этому другому лицу в результате этого деяния; b) деликтный акт рассматривается как нарушение чужого права и как действие или бездействие в нарушение какой-либо обязанности, предусмотренной законом, или того, что в соответствии с неписаным законом следует рассматривать в качестве надлежащего поведения в обществе, при непременном условии отсутствия оснований для подобного поведения; c) деликтный акт может быть вменен лицу, совершающему деликтный акт, если он совершен по его вине или по причине, за которую оно несет ответственность в соответствии с законом или общепринятыми принципами (общее мнение).

[7] См. Комитет по ликвидации расовой дискриминации, сообщение № 30/2003, *Еврейская община Осло и др. против Норвегии*, Соображения, принятые 15 августа 2005 года.

нут их лично[8]. Авторы добивались выплаты лишь одного евро каждому из них и вынесения декларативного заявления, а не возмещения ущерба за конкретное нарушение. В соответствии со своей практикой Комитет не проводит оценку гипотетических или потенциальных нарушений Пакта.

4.7 Настоящее сообщение выходит за пределы сферы применения Пакта, поскольку согласно практике Комитета отдельное лицо не может заставить государство возбудить уголовное дело против третьего лица или назначить наказание.

4.8 Государство-участник отметило, что в декабре 2014 года государственная прокуратура возбудила уголовное дело против г-на Вилдерса в связи с оскорблением группы лиц и подстрекательством к дискриминации и ненависти в отношении отдельных лиц по признаку их расовой принадлежности, а также в связи с его заявлениями в адрес лиц марокканского происхождения, сделанными в Гааге 12 и 19 марта 2014 года.

Комментарии авторов по замечаниям государства-участника относительно приемлемости

5.1 Авторы представили свои комментарии по замечаниям государства-участника относительно приемлемости 20 марта 2012 года и 30 ноября 2015 года. В связи с вопросом об исчерпании внутренних средств правовой защиты они утверждают, что гражданское разбирательство следует считать неэффективным. Нидерланды обеспечили осуществление пункта 2 статьи 20 Пакта путем включения в Уголовный кодекс статьи 137d. Авторы не добиваются компенсации; они добивались вынесения решения уголовного суда по делу г-на Вилдерса ввиду большого и отчетливого общественного резонанса вердикта, устанавливающего вину или невиновность.

5.2 Г-н Раббае утверждает, что он является непосредственной жертвой ненавистнических высказываний г-на Вилдерса, поскольку они затрагивают его как мусульманина, марокканца и, кроме того, председателя национального консультативного органа. Что касается последствий ненавистнических высказываний г-на Вилдерса для личной жизни авторов, то авторы вновь утверждают, что Н. А. и А. Б. С. сообщили о том, что им пришлось пережить, в ходе внутреннего разбирательства, а г-н Раббае сообщил полиции о направленных против него ненавистнических высказываниях. Данное сообщение не является actio popularis.

5.3 Данное сообщение не является неприемлемым ratione materiae. Авторы сослались на пункт 2 статьи 20 и на статьи 26 и 27 Пакта. Таким образом, их сообщение четко подпадает под сферу применения Пакта.

5.4 Пункт 2 статьи 20 не только возлагает на государства обязательство принимать законы, запрещающие ненавистнические высказывания, он должен также предоставлять лицам право на защиту от них. Статья 4 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации также сформулирована, скорее, с точки зрения обязательств государств, а не прав отдельных лиц, однако это не мешает Комитету по ликвидации расовой дискриминации объявлять жалобы о нарушении этого положения допустимыми. Если Комитет, тем не менее, придет к выводу о том, что такая индивидуальная защита не предоставляется в соответствии со статьей 20, следует считать, что она предоставляется на основании статьи 17. Авторы утверждают, что они подчеркнули их коллективное право на идентичность путем ссылки на статью 20 в связи со статьями 26 и 27. Однако посягательство на чью-либо индивидуальную идентичность, как, например, диффамация на расовой почве, также влияет на возможность и свободу обладать коллективной идентичностью, и наоборот. Таким образом,

[8] См. сообщение № 1868/2009, *Андерсен против Дании*, решение о неприемлемости, принятое 26 июля 2010 года, пункт 6.4.

действия государства-участника также нарушают статью 17, истолкованную в свете пункта 2 статьи 20.

5.5 Что касается судебного процесса, возбужденного в отношении г-на Вилдерса в декабре 2014 года, то прокурор принял решение о новом судебном преследовании г-на Вилдерса только после того, как общественность выразила возмущение поведением последнего.

Замечания государства-участника относительно существа сообщения

6.1 Государство-участник представило свои замечания относительно существа сообщения 28 мая 2015 года. Оно отвергает утверждение, сделанное авторами по пункту 3 статьи 2 Пакта, о том, что вынесение г-ну Вилдерсу оправдательного приговора не представляет собой эффективного применения законодательства. У авторов была возможность подать жалобу в отношении решения прокурора не проводить расследование, и различные правовые аргументы, связанные с преступным характером заявлений г-на Вилдерса, были подробно рассмотрены в ходе разбирательства. Авторы утверждают, что их цель состояла в том, чтобы уточнить границы законности, и решение суда означает, что их усилия увенчались успехом. Конечный результат проведенной судом оценки, оказавшийся не в пользу авторов, не представляет собой неэффективного применения законодательства. Пункт 3 статьи 2 не гарантирует авторам благоприятного исхода в связи с применением имеющегося средства правовой защиты и уж тем более права на осуждение обвиняемого. Любая гарантия осуждения обвиняемого была бы несовместима с основополагающим принципом права на справедливое судебное разбирательство. Поэтому пункт 3 статьи 2 нарушен не был.

6.2 Что касается пункта 1 статьи 14, то внутреннее уголовное законодательство позволяет любому лицу, которое понесло прямой ущерб в результате уголовного преступления, участвовать в уголовном судопроизводстве в качестве потерпевшей стороны и требовать компенсации. Статья 14 не требует большей защиты прав потерпевшей стороны в уголовном судопроизводстве, чем защита прав, признаваемых во внутреннем законодательстве. К этим правам, предусмотренным во внутреннем законодательстве, относятся право представлять доказательства факта причинения ущерба, право задавать вопросы свидетелям и экспертам в отношении компенсации и право давать объяснения по предъявленному иску. Цель авторов заключалась в том, чтобы повлиять на ход уголовного судопроизводства и убедить суд в том, что г-н Вилдерс превысил пределы допустимого в публичных дискуссиях. Однако нормой, которую законодатель стремился защитить на всем протяжении разбирательства, было право на компенсацию за нанесенный ущерб. В соответствии с внутренним законодательством авторам не разрешается выступать в каком-либо другом качестве, например влиять на ход уголовного судопроизводства.

6.3 Утверждение авторов о том, что в пользу осуждения обвиняемого суду не было представлено никаких аргументов, является неверным, и они игнорируют центральную роль суда в уголовном производстве. Уголовный суд стремится самостоятельно установить истину и отвечает за обеспечение всестороннего рассмотрения дела на стадии судебного разбирательства. Представления обвинения и защиты не имеют решающего значения. Судья председательствует на слушании, задает обвиняемому вопросы, заслушивает свидетелей, вступает в дискуссии со сторонами и учитывает все эти факторы при вынесении решения.

6.4 В 2008 году три правоведа отдельно друг от друга издали доклады о юридических основаниях уголовного преследования, с тем чтобы помочь государственной прокуратуре в принятии решения о том, следует ли осуществлять преследование. Эти доклады были приобщены к материалам данного дела. Впоследствии в ходе судебного разбирательства была проведена полная экспертиза и были допрошены свидетели. Все доводы, которые пожелали выдвинуть авторы, были представлены суду. Поэтому нарушения статьи 14 не было.

6.5 Что касается жалобы по статье 20, то надлежащее применение этой нормы на практике в рамках статьи 137d Уголовного кодекса не оспаривается. Целью как статьи 20 Пакта, так и статьи 137d Уголовного кодекса является полный запрет подстрекательства к ненависти, но именно национальным судам надлежит принимать решение о том, действительно ли имело место подстрекательство к ненависти. Статья 20 вызывает среди государств множество споров, что приводит к весьма различным формам ее осуществления. Внутренние суды могут лучше, чем кто-либо еще, определить, подлежат ли конкретные высказывания наказанию, поскольку они располагают всеми материалами дела и могут в полной мере оценить, имеются ли в соответствующих деяниях признаки состава преступления. Если существует возможность рассмотрения дела Комитетом, то такое рассмотрение следует ограничить; Комитету не следует пересматривать выводы суда относительно того, являются ли действия и заявления г-на Вилдерса наказуемыми в соответствии с уголовным законодательством. Это особенно актуально, поскольку статья 20 не предусматривает индивидуальных прав.

6.6 Пункт 2 статьи 20 запрещает не все негативные заявления в отношении национальных групп, рас и религий. Однако заявление, которое представляет собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, подлежит запрету. Эта норма противоречива, поскольку существует опасность того, что правительства будут злоупотреблять широким запретом или что такой запрет отвратит граждан от участия в законных демократических дискуссиях. Различие между статьями 19 и 20 заключается в том, что государства должны запретить в законодательном порядке лишь конкретные формы выражения мнений, указанные в статье 20. В соответствии с практикой Европейского суда по правам человека, касающейся свободы выражения мнений, допустимыми являются даже те заявления, которые оскорбляют, шокируют и нарушают спокойствие. В принципе, заявления политических деятелей, парламентариев, лидеров профсоюзов или других общественных деятелей представляют большую ценность, но также крайне важно, чтобы избранные представители избегали публичных высказываний, которые могли бы поощрять нетерпимость. Подстрекательство к запрещению въезда в страну иностранцев существенно подрывает права человека, и поэтому все граждане, в том числе парламентарии, должны проявлять крайнюю осторожность в своих высказываниях. В то же время тем, кто предпочитает демонстрировать свою религиозную принадлежность, было бы неразумно ожидать, что они будут свободны от всякой критики. Они должны терпимо и с пониманием относиться к неприятию другими их религиозных убеждений и даже к распространению другими доктрин, враждебных по отношению к их вере.

6.7 Организация Объединенных Наций, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) и Организация американских государств отмечают, что никто не должен подвергаться наказанию за распространение ненавистнических высказываний, если только не будет доказано, что это было сделано в целях подстрекательства к дискриминации, вражде или насилию. Парламентская Ассамблея Совета Европы считает, что действия, которые умышленно и серьезно нарушают общественный порядок, и призывы к общественному насилию по религиозным мотивам должны быть запрещены в той мере, в какой это необходимо в демократическом обществе, в соответствии со статьей 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция о правах человека). Для ограничения свободы выражения мнений недостаточно, чтобы заявления просто нарушали общественный порядок; в них должен также содержаться призыв к публичному насилию.

6.8 Определение того, какие деяния подпадают под действие статьи 20, попрежнему вызывает сложности. Невозможно провести четкую грань между критикой, даже если она кажется оскорбительной, и подстрекательством к насилию, вражде или дискриминации. Не существует и общепризнанного определения понятия «ненавистнические высказывания». Каждый набор фактов является особым и может быть проанализирован и рассмотрен лишь с учетом

конкретных обстоятельств и контекста. Именно эту трудную задачу выполнил суд. Авторы неверно предполагают, что заявления г-на Вилдерса подпадают под действие статьи 20 почти по определению. Суд должен принимать решение по каждому конкретному заявлению отдельно. Любой другой подход нарушил бы право обвиняемого на справедливое судебное разбирательство.

6.9 История принятия статьи 137d Уголовного кодекса свидетельствует о том, что она была направлена на введение уголовной ответственности за подстрекательство к ненависти или дискриминации в отношении лиц, а не религий. Критика самых глубоких убеждений последователя какой-либо религии, самой веры и основанных на ней учреждений и организаций является приемлемой. Свобода выражения мнений сыграла определенную роль в принятии решения о том, чтобы такая критика не входила в сферу охвата статьи 137d, поскольку критика религии или убеждений должна разрешаться в как можно более широких масштабах даже в тех случаях, когда такая критика затрагивает самые глубокие убеждения верующих и учреждения или организации, основанные на религии или убеждениях. Однако критика является уголовным преступлением, если она однозначно направлена против самих лиц, а не просто против их мнений, взглядов и поведения. Оскорбительные нападки на убеждение автоматически не представляют собой посягательство на тех, кто придерживается этого убеждения; в соответствии с законодательством оскорбительное описание убеждения является оскорбительным для лиц в том случае, если оно предполагает вынесение заключений по поводу этих лиц. Это различие применимо только в отношении таких признаков, как религия или убеждение, но не раса или этническое происхождение. История принятия рассматриваемой статьи показывает, что при толковании термина «подстрекательство» законодатель стремился установить связь с преступлением, определенным в статье 131 Уголовного кодекса, а именно: провокационным поведением, подстрекающим к совершению уголовных преступлений или актов насилия.

6.10 Статья 137d Уголовного кодекса была разработана в соответствии с Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Ссылка на дискриминацию в статье 137d основана на определении этого термина, содержащемся в статье 90, которая гласит следующее: «Любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни». Дискриминация – это поведение, которое имеет четкое определение. В отличие от подстрекательства к ненависти (крайняя степень проявления эмоций) подстрекательство к дискриминации не требует усиливающего элемента.

6.11 Вынесенное судебное решение не может быть охарактеризовано как отход от существующего внутреннего прецедентного права. Практика показывает, что судебные преследования по факту дискриминации требуют индивидуальной оценки конкретных заявлений, а также их контекста. Такие дела часто заканчиваются осуждением, но столь же часто и оправдательными приговорами. В своем решении суд постановил, что он будет «оценивать различные заявления с точки зрения их формулировки, их связи с остальными элементами интервью или статьи, частью которых они являются, других заявлений, сделанных обвиняемым по этому вопросу и включенных в материалы дела, а также контекста, в котором были сделаны эти заявления». Обвинительное заключение относилось не к отдельным заявлениям; во втором и третьем пунктах обвинительного заключения перечислены в целом 28 заявлений. Таким образом, авторы неверно заявляют, что суд не рассмотрел заявления в их взаимосвязи и их совокупный результат.

6.12 Суд не проводил искусственного различия между критикой ислама и критикой мусульман. В отношении подстрекательства к ненависти или дискрими-

нации в статье 137d предусматривается, что заявление должно недвусмысленно касаться определенной группы лиц, которые характеризуются своей религией и отделяют себя от других на почве религии. Это решение также демонстрирует, что не во всех случаях различие между критикой ислама и критикой мусульман следует воспринимать буквально.

6.13 Авторы критикуют признание г-на Вилдерса невиновным в подстрекательстве к ненависти и дискриминации по признаку расы, поскольку, по мнению суда, в отношении марокканцев и иммигрантов из незападных стран признак «раса» применяться не может. Суд действительно счел, что элемент обвинения, связанный с расой, не может быть доказан. Однако это не означает, что, по мнению суда, этот признак никогда не может применяться в отношении марокканцев и иммигрантов из незападных стран. Кроме того, такой вывод не соответствовал бы существующей национальной судебной практике, в соответствии с которой определение расы охватывает также родовое, национальное и этническое происхождение.

6.14 В отношении некоторых заявлений суд, руководствуясь важностью публичных дискуссий, вынес решение о том, что «подстрекательство к дискриминации» доказано не было. Эта оценка соответствует практике Европейского суда по правам человека по пункту 2 статьи 10 Европейской конвенции, согласно которой весьма важно давать простор политическим дискуссиям и ограничения на политические высказывания могут устанавливаться только по крайне серьезным причинам.

6.15 Суд пришел к выводу о том, что в момент, когда эти заявления были сделаны, вопросы многокультурного общества и иммиграции были основными темами публичных дискуссий. Чем острее дискуссия, тем больше простора требуется для свободы выражения мнений, и в таких обстоятельствах заявления могут даже оскорблять, шокировать или нарушать спокойствие. Суд счел, что характер заявлений г-на Вилдерса не позволяет признать их преступными ввиду их чрезмерности и, следовательно, исключить их из публичных дискуссий. Таким образом, суд не счел публичную дискуссию абсолютным исключением, но указал в общем и целом черту, за которой может возникать подстрекательство к ненависти и дискриминации. Кроме того, авторы неточно описывают фильм «Фитна».

6.16 По этим причинам государство-участник считает, что данное сообщение не связано с нарушением статьи 20 Пакта. С учетом тесной связи между ссылками авторов на статьи 26 и 27 и статью 20 и того, что они не предлагают каких-либо отдельных оснований в отношении статей 26 и 27, государство-участник ограничивается замечаниям по статье 20.

Комментарии автора к замечаниям государства-участника относительно существа сообщения

7.1 Авторы представили свои комментарии 30 ноября 2015 года. Они утверждают, что в своем докладе о Нидерландах от 20 июня 2013 года Европейская комиссия по борьбе против расизма и нетерпимости приветствовала обсуждение Амстердамским окружным судом в ходе рассмотрения им дела г-на Вилдерса практики Европейского суда по правам человека по вопросу о свободе выражения политических мнений, но отметила, что в деле «Féret v. Belgium» (*Фере против Бельгии*) Европейский суд указал, что в принципе ограничение ненавистнической риторики, которая оправдывает нетерпимость, можно считать необходимым в демократическом обществе, если ограничения соразмерны преследуемой законной цели. Таким образом, в деле г-на Вилдерса была бы оправданной апелляция с целью точного отражения практики Европейского суда.

7.2 В отношении пункта 3 статьи 2 и пункта 1 статьи 14 авторы отрицают, что они требуют осуществления их права добиваться осуждения г-на Вилдерса. Их жалоба касается отсутствия эффективного судебного преследования. Обви-

нитель предпринял мало усилий для того, чтобы судебное преследование было проведено эффективным образом, о чем свидетельствует решение поручить осуществление судебного преследования тем же лицам, которые первоначально постановили, что судебное преследование является неоправданным. Все это, наряду с их вялыми попытками добиться осуждения и слабым правовым положением потерпевших в национальном уголовном разбирательстве, привело к фактическому присоединению обвинителя к позиции защиты. Во внутреннем уголовном разбирательстве потерпевший полностью зависит от судьи и обвинителя. В качестве примера можно привести наем прокурором трех правоведов для получения консультации относительно необходимости преследования г-на Вилдерса в судебном порядке. Авторы были не согласны с большинством их заключений, но им не было разрешено их комментировать, а также привлечь собственных экспертов.

7.3 Авторы согласны с тем, что государство-участник в достаточной степени обеспечило осуществление пункта 2 статьи 20 в своем законодательстве. Проблема заключается в применении закона в данном деле. Решение суда отступает от внутренней судебной практики, которая демонстрирует менее толерантный подход к ненавистническим высказываниям.

7.4 Что касается взаимосвязи между статьями 19 и 20, то авторы утверждают, что свобода слова не может использоваться для признания ненавистнических высказываний законными. В очень похожих делах Европейский суд по правам человека провел четкую черту, за которой свобода слова используется для разжигания ненависти.

7.5 Национальный суд не принял во внимание совокупный результат заявлений г-на Вилдерса, несмотря на то, что признал постановления Верховного суда, в которых подчеркивается важность контекста при оценке уголовного характера некоторых заявлений.

7.6 В принципе, критика религии не должна быть уголовно наказуемой, поскольку она не приравнивается к оскорблению какой-либо группы. Суд не признал существование различия между диффамацией и ненавистническими высказываниями, хотя г-н Вилдерс часто путает эти два понятия. Например, что касается высказываний, упомянутых в подпункте iii) пункта 2.7 c), выше, то суд признал, что они были направлены против мусульман и что использование слов «защитить себя» носило провокационный характер. Он даже пришел к выводу о том, что поведение г-на Вилдерса граничило с преступной деятельностью, но затем отметил, что «в интервью обвиняемый заявляет, что он не против мусульман, а против ислама». Поэтому суд решил, что подстрекательства к расовой ненависти не было. Тот факт, что г-н Вилдерс делает акцент на исламе, а не на мусульманах, свидетельствует о том, что он воспользовался юридическими консультациями, но это не меняет сути и результата его высказываний.

7.7 Г-н Вилдерс неоднократно использовал слова «марокканцы» и «иммигранты из незападных стран». Решение суда о невозможности установить наличие расовых мотивов свидетельствует о том, что он применил определение расы, противоречащее определению, применяемому Верховным судом, и определению, применяемому Комитетом по ликвидации расовой дискриминации и Европейской комиссией по борьбе против расизма и нетерпимости.

7.8 Авторы возражают против использования публичных дискуссий в качестве обстоятельства, оправдывающего ненавистнические высказывания, а также против того, что суд уделяет особое внимание важности публичных дискуссий, не упоминая об обязательствах политических деятелей не выходить за рамки этики в таких дискуссиях. То, каким образом какое-либо заявление воспринимается среднестатистическим гражданином, имеет решающее значение при оценке того, представляет ли оно собой ненавистническое высказывание, поскольку ненавистнические высказывания являются преступлением, которое всегда предполагает наличие автора и адресата.

Дополнительные замечания государства-участника

8.1 Государство-участник представило дополнительные замечания 2 февраля 2016 года. Оно отметило, что первое слушание по второму уголовному делу в отношении г-на Вилдерса, которое было возбуждено в 2014 году, состоится в марте 2016 года.

8.2 Что касается настоящего дела, то прокурор полностью и без каких-либо оговорок выполнил распоряжение Амстердамского апелляционного суда, подробно представил правовые и фактологические аргументы, построил свое заключение на чисто юридическом основании и не стал следовать линии, которой придерживалась защита г-на Вилдерса. Решение Апелляционного суда также было включено в материалы дела. Тот факт, что судебное преследование по этому делу проводилось прокуратурой отчасти через посредство государственного обвинителя, который был причастен к принятию решения о том, чтобы не осуществлять судебное преследование, не означает, что постановление Апелляционного суда об осуществлении преследования соблюдалось вяло. Прокурор представляет прокуратуру. Судья по срочным вопросам пришел к выводу о том, что прокурор выполнил постановление Апелляционного суда в полном объеме. Оправдательный приговор не был обжалован, поскольку Генеральный прокурор пришел к выводу о том, что данное дело для такого ходатайства не подходит.

8.3 В национальном уголовном разбирательстве потерпевший не обладает статусом, равнозначным статусу подсудимого, и не является стороной разбирательства. Пакт не предусматривает обязательства обеспечивать потерпевшим статус равнозначных участников уголовного процесса. Предоставление потерпевшим отдельного права инициировать судебное преследование подорвет исключительное право прокурора на возбуждение уголовного дела и осуществление судебного преследования в общественных интересах. В связи с этим в ходе судебного разбирательства потерпевший не может представлять свидетелей, допрашивать их или требовать, чтобы их допросили. Однако потерпевшие могут изложить свои мнения прокурору до суда и могут ходатайствовать о вызове конкретного свидетеля.

8.4 Четкой грани между общественной критикой и подстрекательством к насилию, вражде и дискриминации не существует. Согласно практике Европейского суда по правам человека, в частности по делу «Perinçek v. Switzerland» (*Перинчек против Швейцарии*), установление того, являются ли те или иные заявления подстрекательством к ненависти или насилию, требует индивидуального подхода с учетом характера и потенциальных последствий заявлений и контекста, в котором они были сделаны. Заявления, сделанные в контексте публичных дискуссий, подлежат значительной защите.

8.5 Оценка заявления должна быть объективной и не может зависеть от восприятия или тяжести ущерба, поскольку они различаются в зависимости от того или иного лица или той или иной группы. Оценка проводится на основе анализа самостоятельного значения слов и общего смысла заявления в тесной привязке ко всему высказыванию. Также учитываются возможные получатели сообщения, поскольку для толкования заявлений может оказаться необходимым рассмотреть их в рамках обстоятельств всего дела и в свете ассоциаций, которые они вызывают.

8.6 Различие между заявлениями, касающимися лиц, и заявлениями, касающимися религии, имеет существенное значение, в частности, для свободы выражения мнений, так как оно позволяет критиковать религии или поведение отдельных лиц. Кроме того, хотя окружной суд никак дополнительно не обосновал своего решения о том, что элемент обвинения, связанный с расой, не может быть доказан, это не означает, что суд не принял во внимание определение, которое используется в Верховном суде, Комитете по ликвидации расовой дискриминации и Европейской комиссии по борьбе против расизма и нетерпимости и на которое опирался прокурор. Вполне вероятно, что суд пришел к выводу

о том, что элемент обвинения «по признаку их расовой принадлежности» не был доказан.

8.7 Авторы не обосновывают свое заявление по статье 17. Их мнение о том, что статья 17 защищает право на коллективную идентичность, ничем не подкреплено. Кроме того, авторы не продемонстрировали, что высказывания г-на Вилдерса мешали им придерживаться их религиозных или культурных обычаев и традиций в сообществе с другими лицами.

Вопросы и процедура их рассмотрения в Комитете

Рассмотрение вопроса о приемлемости

9.1 Прежде чем рассматривать любые утверждения, содержащиеся в том или ином сообщении, Комитет в соответствии с правилом 93 своих правил процедуры должен определить, является ли это сообщение приемлемым согласно Факультативному протоколу к Пакту.

9.2 В соответствии с пунктом 2 a) статьи 5 Факультативного протокола Комитет удостоверился в том, что этот же вопрос не рассматривается в соответствии с другой процедурой международного разбирательства или урегулирования.

9.3 В отношении исчерпания внутренних средств правовой защиты в соответствии с пунктом 2 b) статьи 5 Факультативного протокола Комитет отмечает утверждение государства-участника о том, что, поскольку г-н Вилдерс не был осужден, гражданский иск авторов в рамках уголовного дела не мог быть рассмотрен. Кроме того, не оспаривается тот факт, что авторы по-прежнему могут подать отдельный гражданский иск против г-на Вилдерса в гражданский суд в отношении противоправного деяния в соответствии со статьей 6:162 Гражданского кодекса, даже если они не требуют выплаты компенсации. Удовлетворенный гражданский иск мог бы дать авторам возможность требовать запрета на будущие заявления г-на Вилдерса или ходатайствовать о вынесении декларативного решения о том, что заявления г-на Вилдерса являются противозаконными. Комитет также отмечает аргументы авторов о том, что гражданский иск в данном деле не является эффективным средством правовой защиты, поскольку их цель заключалась не в том, чтобы получить компенсацию, а в том, чтобы добиться определения того, было ли совершено преступление согласно статье 137d Уголовного кодекса.

9.4 Комитет напоминает, что согласно его практике в соответствии с пунктом 2 b) статьи 5 Факультативного протокола заявитель должен использовать все судебные или административные средства, которые открывают ему разумную возможность исправления ситуации[9]. Он отмечает, что гражданский иск в соответствии со статьей 6:162 Гражданского кодекса позволил бы авторам добиваться возмещения материального или нематериального ущерба, понесенного в результате деликта в связи с противоправными деяниями г-на Вилдерса, а также декларативного возмещения ущерба. Вместе с тем Комитет также отмечает, что авторы не стремились получить в гражданско-правовом порядке компенсацию за какой-либо деликт, совершенный г-ном Вилдерсом. Путем участия в национальном судебном разбирательстве они стремились добиться от уголовного суда вынесения обвинительного приговора в отношении него ввиду большого и отчетливого общественного резонанса вердикта, устанавливающего вину или невиновность согласно статье 137d Уголовного кодекса, которая направлена на обеспечение выполнения государством-участником обязательства по пункту 2 статьи 20 Пакта. В связи с этим авторы предпочли прибегнуть к такому предусмотренному государством-участником средству правовой защиты, которое наиболее всего соответствует их цели[10]. Комитет считает, что добиться

[9] См. сообщение № 437/1990, *Патиньо против Панамы*, решение о неприемлемости, принятое 21 октября 1994 года, пункт 5.2.

[10] См. *Андерсен против Дании*, пункт 6.3.

вынесения такого определения можно было только в рамках уголовного судопроизводства. В этой связи Комитет полагает, что в соответствии с пунктом 2 b) статьи 5 ничто не препятствует рассмотрению им данного сообщения.

9.5 Комитет отмечает возражение государства-участника относительно приемлемости на том основании, что авторы не имеют статуса жертвы и что сообщение является, по сути, actio popularis, поскольку авторы не смогли доказать, что заявления г-на Вилдерса затрагивают их лично. В этом отношении Комитет напоминает свою практику, в соответствии с которой «лицо может заявлять о своем статусе жертвы в значении по смыслу статьи 1 Факультативного протокола только в том случае, если оно действительно пострадало. Конкретный характер применения этого требования зависит от тяжести содеянного. Вместе с тем никакое лицо не может абстрактно посредством actio popularis оспаривать закон или практику, которые, как считается, противоречат Пакту»[11]. Таким образом, любое лицо, заявляющее о том, что оно является жертвой нарушения права, защищаемого Пактом, должно продемонстрировать, что государство-участник посредством действия или бездействия уже причинило вред осуществлению его права либо что подобный вред является неизбежным, основывая свои аргументы, например, на действующем законодательстве или на судебном или административном решении или практике[12]. При применении этого принципа Комитет признал, что «когда лицо попадает в категорию лиц, чья деятельность в силу соответствующего законодательства, рассматриваются в качестве противоречащей закону, оно может требовать признания его в качестве «жертвы»[13]. Кроме того, в деле *Тунен против Австралии*, несмотря на то, что законодательные положения, которые оспаривались автором, не применялись властями в течение ряда лет, автор указал, в частности, на унизительные и оскорбительные замечания и «официальную и неофициальную ненавистническую кампанию» в отношении гомосексуалистов и заявил, что само существование такого законодательства провоцирует притеснения, дискриминацию и насилие в отношении гомосексуалистов. Комитет пришел к выводу о том, что автор «предпринял разумные усилия для демонстрации того, что угроза применения и глубокое воздействие продолжающегося существования этих положений на административную практику и общественное мнение затронули его и продолжают затрагивать его лично» в достаточной степени для установления его статуса жертвы[14].

9.6 Комитет отмечает, что в данном случае авторы не выступают с абстрактными требованиями в качестве членов населения государства-участника в целом. Авторы являются мусульманами и марокканскими гражданами и утверждают, что заявления г-на Вилдерса направлены конкретно против мусульман, марокканцев, иммигрантов из незападных стран и против ислама. Поэтому авторы относятся к категории лиц, на которых были конкретно направлены заявления г-на Вилдерса. Они также утверждают, что они чувствуют себя лично и непосредственно затронутыми ненавистническими заявлениями г-на Вилдерса и страдают от их последствий в своей повседневной жизни, в том числе в результате нападок в Интернете, и что они пострадали от сигнала, поданного общественности в результате вынесения в его отношении оправдательного приговора, о том, что поведение г-на Вилдерса не является преступлением. Авторы участвовали в уголовном судопроизводстве в качестве предполагаемых потерпевших в соответствии с пунктом a) статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса. Комитет также отмечает, что г-н Раббае является председателем национального консультативного органа марокканцев в Нидерландах, что он жало-

[11] См. сообщение № 35/1978, *Омерудди-Чифра и другие против Маврикия*, соображения, принятые 9 апреля 1981 года, пункт 9.1.

[12] См. *Андерсен против Дании*, пункт 6.4, и сообщение № 1879/2009, *A. B. П. против Дании*, соображения, принятые 1 ноября 2013 года, пункт 6.4.

[13] См. сообщение № 359/1989, *Баллантайн и др. против Канады*, соображения, принятые 31 марта 1993 года, пункт 10.4.

[14] См. сообщение № 488/1992, *Тунен против Австралии*; соображения, принятые 31 марта 1994 года, пункты 2.5–2.6 и 5.1.

вался на заявления г-на Вилдерса полиции и что он говорил в суде о научных данных о нетерпимости и расизме и о положении марокканцев в государстве-участнике. А. Б. С. в своем выступлении перед судом заявила, что в 2010 году на нее наехал велосипедист, который выкрикнул ей слова, явно отсылающие к заявлениям г-на Вилдерса. Третий автор, Н. А., после дачи в суде показаний о последствиях заявлений г-на Вилдерса получила целый ряд угрожающих посланий, в результате чего она решила в будущем больше не давать показаний. С учетом вышеизложенного Комитет считает, что авторы относятся к конкретной группе, против которой были направлены заявления г-на Вилдерса, и таким образом являются лицами, которые подлежат защите в соответствии с пунктом 2 статьи 20, и что заявления г-на Вилдерса повлекли за собой конкретные последствия для них, включая создание в обществе дискриминационного отношения к этой группе и к ним самим как членам этой группы. Таким образом, по мнению Комитета, авторы достаточным образом обосновали для целей приемлемости утверждение о том, что их жалобы не носят чисто гипотетический характер.

9.7 Комитет отмечает аргумент государства-участника о том, что статья 20 Пакта не сформулирована с точки зрения права человека, подлежащего защите в судебном порядке. Вместе с тем Комитет считает, что содержащееся в пункте 2 статьи 20 утверждение о том, что «всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом», обеспечивает защиту людей как отдельных лиц и как членов групп от этого вида дискриминации. Эта статья призвана обеспечить конкретное признание запрета на дискриминацию, закрепленного в статье 26 Пакта, путем идентификации ограничения, которое государства-участники должны устанавливать на другие обладающие исковой силой права, закрепленные в Пакте, включая принцип свободы выражения мнений в соответствии со статьей 19[15]. Комитет считает, что пункт 2 статьи 20 не просто устанавливает для государств-участников официальное обязательство принять закон, запрещающий подобное поведение. Такой закон был бы неэффективен без наличия процедур подачи жалоб и соответствующих механизмов наказания. Таким образом, ссылка пострадавшими на пункт 2 статьи 20 отвечает логике защиты, которая лежит в основе всего Пакта[16].

9.8 Государство-участник утверждает, что настоящее сообщение выходит за пределы сферы применения Пакта, поскольку согласно практике Комитета отдельное лицо не может заставить государство возбудить уголовное дело против третьего лица или назначить наказание. Комитет отмечает комментарии авторов о том, что их претензия касается отсутствия эффективного судебного преследования. Комитет также отмечает утверждения авторов о том, что в ходе уголовного разбирательства им как потерпевшим сторонам была отведена ограниченная роль, поскольку они не могли, например, вызывать свидетелей, принимать участие в рассмотрении фактов и существа дела или представить доводы о том, что заявления г-на Вилдерса равнозначны подстрекательству к ненависти, дискриминации или насилию, или обжаловать решение суда. В этой связи Комитет считает, что для целей приемлемости авторы сообщения в достаточной мере обосновали свои утверждения в соответствии с пунктом 1 статьи 14 и пунктом 3 статьи 2, рассматриваемой в совокупности с пунктом 2 статьи 20 и статьей 26.

9.9 Что касается статей 17 и 27 Пакта, то Комитет считает, что авторы не представили конкретных аргументов в поддержку своих утверждений по этим статьям в отличие от своих утверждений по пункту 2 статьи 20 и статье 26.

[15] См. замечание общего порядка Комитета № 34 (2011) о свободе мнений и свободе их выражения, пункты 51–52.

[16] См. сообщение № 1570/2007, *Вассилари и др. против Греции*, соображения, принятые 19 марта 2006 года, приложение, пункт 1.

В связи с этим Комитет считает эту часть сообщения недостаточно обоснованной и признает ее неприемлемой согласно статье 2 Факультативного протокола.

9.10 С учетом вышесказанного Комитет постановляет, что данное сообщение является приемлемым в той мере, в какой оно затрагивает вопросы, касающиеся пункта 1 статьи 14 и пункта 3 статьи 2, рассматриваемой в совокупности с пунктом 2 статьи 20 и статьей 26 Пакта, и приступает к рассмотрению этих утверждений по существу.

Рассмотрение дела по существу

10.1 Комитет рассмотрел сообщение с учетом всей информации, представленной ему сторонами в соответствии с пунктом 1 статьи 5 Факультативного протокола.

10.2 Комитет отмечает утверждение авторов о том, что в ходе уголовного судопроизводства по делу г-на Вилдерса, осуществлявшегося в соответствии со статьей 137d Уголовного кодекса, – положением, предназначенным для обеспечения выполнения обязательств государства-участника в соответствии с пунктом 2 статьи 20 Пакта, – их права не были соблюдены в связи с тем, что им была отведена ограниченная роль в качестве потерпевших сторон, а также в связи с отсутствием эффективного судебного преследования.

10.3 Комитет напоминает о своей практике, согласно которой статья 14 не предоставляет отдельным лицам права добиваться преследования или наказания в отношении других лиц[17]. Однако отдельные лица могут в соответствии с пунктом 1 статьи 14 требовать соблюдения их права на справедливое судебное разбирательство при определении их прав и обязанностей при рассмотрении какого-либо иска в суде. В данном случае претензии авторов в качестве потерпевших сторон в рамках уголовного судопроизводства носят гражданский характер, и следовательно в том случае, если обвиняемый признается виновным, их права и обязанности в отношении своих гражданских исков о компенсации должны быть защищены. В этой связи Комитет отмечает, что в Амстердамском окружном суде авторы решили осуществить свои права путем предъявления гражданского иска в соответствии со статьей 51 Уголовно-процессуального кодекса в качестве потерпевших сторон, прибегнув таким образом к механизму, который не требуется Пактом, но предусмотрен внутренним законодательством. Комитет также отмечает, что в соответствии с этой процедурой их адвокатам было разрешено говорить о том, подлежат ли факты, положенные в основу обвинения, наказанию, и сформулировать позицию в суде о том, что заявления г-на Вилдерса нарушают статью 137d. Комитет отмечает далее, что авторам было разрешено представить документацию и свидетельские показания в суде. В этой связи Комитет считает, что представленные ему факты не свидетельствуют о нарушении прав авторов в соответствии с пунктом 1 статьи 14 в связи с определением их прав и обязанностей в каком-либо судебном иске.

10.4 Что касается утверждений авторов о том, что оправдательный приговор в отношении г-на Вилдерса нарушает их права, предусмотренные в пункте 3 статьи 2, пункте 2 статьи 20 и статье 26, Комитет отмечает, что пункт 2 статьи 20 гарантирует право людей как отдельных лиц и как членов групп быть свободными от ненависти и дискриминации по смыслу статьи 26 путем установления для государств требования запретить в законодательном порядке определенное поведение и выражение определенных мнений[18]. Государства-участники обязаны иметь законные запреты только в отношении конкретных форм выражения мнений, указанных в статье 20[19]. Пункт 2 статьи 20 сформулирован узко для обеспечения того, чтобы другие столь же важные права, закрепленные в Пакте, включая право на свободу выражения мнений в соответствии со статьей 19, не

[17] См. сообщение № 213/1986, *Х. С. М. А. против Нидерландов*, решение о неприемлемости, принятое 30 марта 1989 года, пункт 11.6.

[18] См. Замечание общего порядка № 34 Комитета, пункт 51.

[19] Там же, пункт 52.

нарушались. В этой связи Комитет напоминает о том, что свобода выражения мнений включает в себя выражение даже таких мнений, которые могут рассматриваться как глубоко оскорбительные[20]. Кроме того, особое значение для поощрения и защиты свободы выражения мнений имеет свободный обмен информацией и мнениями по государственным и политическим вопросам между гражданами, кандидатами и избранными представителями[21]. Комитет напоминает о своей практике, в соответствии с которой запреты на разные формы неуважения к какой-либо религии или другим системам убеждений, в том числе законы о богохульстве, являются несовместимыми с Пактом, за исключением отдельных случаев, предусмотренных в пункте 2 статьи 20 Пакта[22]. Кроме того, такие запреты не могут использоваться с целью воспрепятствовать критике религиозных лидеров и высказыванию замечаний по поводу религиозной доктрины и догматов веры или устанавливать наказание за них[23]. Комитет далее напоминает, что статьи 19 и 20 совместимы друг с другом и дополняют друг друга[24]. Запрет, обоснованный статьей 20, должен также соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19[25]. Таким образом, в каждом случае меры запрета в соответствии с пунктом 2 статьи 20 также должны быть «установлены законом»; они могут устанавливаться лишь на основаниях, предусмотренных в подпунктах a) и b) пункта 3 статьи 19, и должны отвечать строгим критериям необходимости и соразмерности[26]. Комитет отмечает, что пункт 2 статьи 20 прямо не требует введения уголовных санкций, а, напротив, требует, чтобы пропаганда таких взглядов была «запрещена законом». Такие запреты могут включать в себя гражданские, административные и уголовные санкции.

10.5 Комитет отмечает, что авторы не оспаривают того, каким образом государство-участник решило обеспечить применение пункта 2 статьи 20 в своем законодательстве, но утверждают, что в связи с недостаточным отстаиванием их интересов стороной обвинения, ошибками в аргументации суда и отсутствием какой-либо возможности апелляции уголовное преследование в данном случае было неэффективным. Комитет отмечает, что государство-участник решило обеспечить применение пункта 2 статьи 20 через посредство статьи 137d Уголовного кодекса, которая имеет исковую силу в рамках уголовного преследования. Согласно государству-участнику, также имеются частные средства правовой защиты в виде подачи гражданского иска в дополнение к уголовному делу в соответствии со статьей 51 Уголовно-процессуального кодекса и применения статьи 6:162 Гражданского кодекса. По мнению государства-участника, понятие «подстрекательство» в статье 137d Уголовного кодекса увязано с «провокационным поведением, подстрекающим к совершению уголовных преступлений или актов насилия». Комитет принимает к сведению аргумент государства-участника о том, что статья 137d устанавливает уголовную ответственность за подстрекательство к ненависти или дискриминации лишь в отношении лиц, а не религий, поскольку критика даже наиболее глубоко укоренившихся убеждений религиозных последователей защищена свободой выражения мнений. Государство-участник отмечает, что в непростой области ненавистнической риторики каждый набор фактов является особым и должен оцениваться судом или независимым лицом, ответственным за принятие решений, на индивидуальной основе, исходя из конкретных обстоятельств деяния и с учетом конкретных условий, при которых оно было совершено.

10.6 Комитет отмечает, что в данном деле внутреннее законодательство государства-участника предоставляет заинтересованным лицам возможность добиваться от Амстердамского апелляционного суда постановления, предписываю-

[20] Там же, пункт 11.
[21] Там же, пункт 20.
[22] Там же, пункт 48.
[23] Там же, пункт 48.
[24] Там же, пункт 50.
[25] Там же, пункт 48. См. также пункты 50 и 52.
[26] Там же, пункт 22.

щего прокурору начать судебное преследование в отношении г-на Вилдерса. Прокурор предъявил г-ну Вилдерсу обвинение в «оскорблении группы лиц по признаку расы или религии» по статье 137c Уголовного кодекса и в «подстрекательстве к ненависти и дискриминации по признаку религии или расы» по статье 137d в связи со всеми заявлениями, указанными в представлении авторов. В соответствии с пунктом a) статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса авторы подали гражданский иск в рамках уголовного судопроизводства, и им было разрешено представить аргументы в пользу того, что поведение г-на Вилдерса нарушает статью 137d. Комитет отмечает аргумент государства-участника о том, что прокурор беспристрастно представлял прокуратуру и полностью представил фактологические и правовые аспекты этого дела и что суд отвечал за независимую оценку законодательства и доказательств и вынес решение после тщательной оценки в свете применимого права каждого заявления г-на Вилдерса с учетом контекста.

10.7 Государство-участник решило создать нормативно-правовую базу, в рамках которой заявления, упомянутые в пункте 2 статьи 20 Пакта, запрещаются в соответствии с уголовным законодательством и которая позволяет жертвам начинать судебное преследование и принимать в нем участие. Такое преследование осуществлялось в данном случае, и суд издал подробное постановление с оценкой заявлений г-на Вилдерса в свете применимого права. В этой связи Комитет считает, что с учетом аргументов и обстоятельств дела государство-участник приняло необходимые и соразмерные меры с целью «запретить» заявления, сделанные в нарушение пункта 2 статьи 20, и гарантировать право авторов на эффективное средство правовой защиты, с тем чтобы защитить их от последствий таких заявлений. Обязательство по пункту 2 статьи 20, однако, не распространяется на обязанность государства-участника обеспечивать, чтобы лицо, которому предъявлено обвинение в подстрекательстве к дискриминации, вражде или насилию, было в обязательном порядке осуждено независимым и беспристрастным судом[27]. В связи с этим Комитет не может прийти к выводу о том, что государство-участник нарушило положения пункта 3 статьи 2, рассматриваемой в совокупности с положениями статьи 26 и пункта 2 статьи 20 Пакта.

11. Комитет, действуя в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола, считает, что представленные ему факты не свидетельствуют о нарушении каких-либо положений Пакта.

[27] См. *Вассилари против Греции*, пункт 7.2.

Annex I

Individual opinion of Committee member Dheerujlall Seetulsingh

1. All actions or words which tend to advocate or stir racial hatred or which may offend the dignity of fellow human beings are objectionable, reprehensible and morally condemnable. But before being legally condemned, the advocates of such actions or words, if prosecuted, must benefit from due process in Courts. And for them to be found in breach of the Covenant, all the provisions of the Covenant and its Optional Protocol must be complied with. In the present case the authors allege that the State Party has violated articles 2(3), 14(1), 17, 20, 26 and 27 of the Covenant because the Amsterdam District Court failed to find the alleged perpetrator (Mr. Wilders) guilty on charges of 'insult of a group for reasons of race or religion' under Section 137c of the Criminal Code and for 'incitement to hatred and discrimination on grounds of religion or race' under Section 137d of the Criminal Code. As stated in paragraph 2.3 of the facts presented by the authors of the Communication they were allowed to join the criminal proceedings as an aggrieved party and to claim compensation.

2. On 23 June 2011 the District Court decided that the case against Wilders could not be proved and dismissed all the charges. This resulted in a dismissal of the authors' claim as well. The prosecutor chose not to appeal against the decision. Under Dutch law the authors had no right to appeal in such proceedings.

3. Normally a complaint in a communication to the Human Rights Committee is directed at a State Party for not having taken action against a perpetrator of a violation of human rights or for having taken unjustified action against an author in violation of the Covenant. The present complaint is directed at a State Party because a Court of Law dismissed a criminal case against an alleged perpetrator. The authors took the calculated risk of joining their civil claim to the criminal action. Due to the joinder of actions the civil claim was completely dependent on the outcome of the criminal action and the conduct of such criminal action was under the control of the Prosecutor. Furthermore, the standard of proof required for a successful outcome of a criminal action was undoubtedly higher than that required for a tort action, which compounded the risk taken by the authors.

4. What the authors are now requesting the Committee to do is to enjoin the State Party to punish the perpetrator in spite of the decision reached by an independent Court of Law in the State Party. The latter is not the wrongdoer. It took the steps that it was required to take under its own Criminal Code by prosecuting the wrongdoer. The Committee cannot compel the State Party to punish the alleged wrongdoer in spite of an acquittal.

5. Reference has been made to the decision of the Committee in *Andersen v. Denmark (Communication No. 1868 of 2009)* to justify a finding of admissibility of the authors' communication. However their case can be easily distinguished from Andersen's case. Ms. Andersen reported a case to the Danish authorities concerning racially discriminating statements in violation of a specific provision of the Danish Criminal Code. The Public Prosecutor General declined to prosecute and his decision could not be appealed. The State Party contended that Ms. Andersen could have entered a private prosecution under a different provision of the Criminal Code and that she had not thereby exhausted all available domestic remedies. The Committee considered that it would be unreasonable to expect the author to start separate proceedings under the Criminal Code on her own initiative and found the plaint admissible. In the present case, however, we are concerned with the failure of an action under criminal law and with the possibility of entering a difference case under civil law where rules of evidence may vary and where the authors would have greater latitude in substantiating their case.

6. The stand taken by the State Party is absolutely clear on this issue and is enunciated in paragraph 4.4 State Party's Observations on admissibility. The authors still have the option of bringing a civil action in tort against Wilders pursuant to article 6:162 of the Civil

Code. The State Party goes further in stating that a successful civil action would give the authors the opportunity to seek an injunction preventing Wilders from making future statements of the same nature and also to request a declaratory decision that Wilders' statements were contrary to law. In taking this stand the State Party agrees that the authors may still claim victim status before a Civil Court. It is our view that the authors may well make out their case as victims and have a fair chance to secure the civil remedies available to them. They would even be able to appeal to higher courts should they fail to convince the Court at first instance.

7. In paragraph 4.8 of the State Party's case it is mentioned that criminal proceedings have been instituted against Mr. Wilders for making similar statements in 2014. Thus an earlier independent civil action by the authors could have had a strong restraining effect on the subsequent conduct of Mr. Wilders.

8. For the above mentioned reasons, the authors' claim is inadmissible under article 5(2)(b) of the Optional Protocol as they have failed to show that they have exhausted the domestic remedies available to them.

Annex II

Opinión disidente del miembro del Comité Fabián Omar Salvioli

1. El dictamen del Comité en la comunicación 2124/2011 Rabbae vs. Países Bajos es pertinente y adecuado en el análisis de la admisibilidad, con el que estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo, no puedo compartir la valoración ni las conclusiones de la mayoría del Comité sobre el fondo del asunto. Me refiero a ambas cuestiones en los párrafos que siguen.

2. El Comité acierta al rechazar la excepción preliminar interpuesta por el Estado en torno a la falta de agotamiento de los recursos internos debido a que los autores no acudieron a la vía prevista en el artículo 6:162 del Código Civil. Dicho recurso no es el pertinente para remediar la violación alegada, y el Comité – de haber seguido la posición del Estado – habría generado un precedente penoso y una exigencia inédita para el acceso al plano internacional.

3. También estoy de acuerdo con lo expresado en los párrafos 9.5 y 9.6 del dictamen, en lo relativo a la condición de presunta víctima que debe acreditarse a los efectos de presentar un caso ante el Comité. Si en el presente caso el Comité hubiese negado la admisibilidad por no reconocer el status de posible víctima a los autores, se le quitaría el debido efecto jurídico al artículo 20 del Pacto, resultando consecuentemente una tutela más débil, o directamente nula, de dicha disposición.

4. Todos los derechos contenidos en el Pacto poseen una dimensión de respeto y otra de garantía; en este sentido, toda persona tiene derecho – conforme al artículo 20.2 – a que se le proteja debidamente contra la apología del odio nacional, racial o religioso, cuando dicha apología está dirigida a un colectivo del cual forma parte. Por ello los autores de la presente comunicación no incurren en actio popularis, y los discursos bajo análisis no se dirigían en contra de la sociedad en general sino respecto de un colectivo específico; la naturaleza del artículo 20 es, en dicho sentido, similar a la que posee el artículo 27 del Pacto.

5. El modo de protección a brindar a las personas pèrtenecientes a dichos colectivos lo elige el Estado, ya que el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone una forma determinada; en este caso, los Países Bajos optaron por sancionar la apología del odio a través de la vía criminal, tipificándola como delito en el artículo 137.d del Código Penal.

6. En el caso que nos ocupa, la insuficiente valoración conjunta de las declaraciones y hechos que fueron objeto de la querella, ha llevado al Tribunal local a emitir una decisión que dejó a los autores sin la protección debida frente a la apología del odio.

7. En efecto: si bien es cierto que la libertad de expresión engloba incluso declaraciones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aquí se ha superado dicho umbral. Dichas expresiones, entendiendo como tales no solamente las declaraciones públicas sino también el contenido de la película Fitna, en su conjunto constituyen apología del odio, que debió ser sancionada para garantizar debidamente los derechos de los autores de la presente comunicación. A mi entender los autores contaron con un recurso que es eficaz en teoría pero que en la práctica no resultó efectivo.

8. Comparto el criterio del Comité respecto de que el Pacto no obliga a que toda persona acusada de apología del odio sea condenada penalmente, porque una acusación puede recaer sobre personas que resulten inocentes o culpables. Sin embargo, en caso de que efectivamente se haya incurrido en apología del odio la garantía no puede consistir en

un mero enjuiciamiento, sino en la sanción efectiva de la conducta; ello es consistente con lo que ha señalado el Comité en diversas ocasiones[a].

9. Por eso, en el caso bajo análisis el Comité no debió limitarse a valorar en general si se habían cumplido los requisitos relativos al debido proceso, sino considerar los hechos denunciados para evaluar si quedaban comprendidos en la conducta que el artículo 20 del Pacto ordena prohibir.

10. Ello no significa funcionar como una cuarta instancia; el Comité en muchas ocasiones considera que los tribunales internos no han tenido en cuenta debidamente todos los elementos a su disposición, lo que les ha conducido a una valoración inadecuada de los hechos[b].

11. El Comité debió, en consecuencia, hacer lugar al reclamo de los autores, disponer que el dictamen representa en sí mismo una forma de reparación, y señalar como garantía de no repetición la capacitación de funcionarios de la justicia en materia de protección de las personas frente a la apología del odio, desde una perspectiva de derechos humanos.

12. Detrás del sano debate sobre las políticas públicas, que permite declaraciones ofensivas y las críticas más fuertes - incluso injustas - a quienes gobiernan en un Estado, no deben escudarse los discursos de odio nacional, racial o religioso. Los artículos 19 y 20 del Pacto son perfectamente compatibles, y tengo la esperanza de que en adelante las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes actuarán de forma debida frente a la apología del odio, reaccionaando a tiempo y sancionando adecuadamente los discursos que derivaron – hace no demasiado tiempo – en la comisión de hechos atroces para la humanidad.

[a] Por ejemplo, Observaciones Finales del Comité sobre Austria (2007) párr. 20; Suecia (2009), párr. 19; y Armenia (2012) párr. 6.

[b] Fundamentalmente en casos de “no devolución”.

Annex III

Individual opinion (partly concurring and partly dissenting) of Committee members Yuval Shany and Sir Nigel Rodley

1. We agree with the Committee that there is no basis to find a violation of the Covenant in the present case. The Committee does not serve as a court of final appeal, and has no reason to doubt the outcome of a criminal case, involving the application in good faith by an independent court of a criminal law provision, which the authors themselves consider to meet the requirements of article 20 of the Covenant.

2. We are, however, not persuaded that the Committee should have taken jurisdiction over the case to begin with, since the failure of the authors to bring civil proceedings against Mr. Wilders pursuant to article 6:162 of the Civil Code represents in our view a failure to exhaust domestic remedies.

3. The majority of members took the position that the authors sought that Mr. Wilders' conduct be evaluated and characterised as criminal within the definition contained in section 137d of the Criminal Code, and that "that determination could be obtained only in criminal proceedings" (para. 9.4). As a result, they were of the opinion that the initiation of separate civil proceedings by the authors would not have constituted an effective remedy. This position stands, however, in marked contrast to the holding by the Committee on the merits (para. 10.4) that article 20 of the Covenant does not expressly require criminal penalties to accompany the prohibition of incitement to discrimination, hostility of violence, and that a legal prohibition effectively enforceable by administrative or civil remedies may also meet the requirements of article 20.[a]

4. To our mind, the authors have not adequately explained why proceedings based on article 6:162 of the Civil Code, in which civil remedies for acts contrary to article 20 of the Covenant could be sought, would not offer them an effective remedy in the particular circumstances of the case. The authors have not contested the State party's assertion that civil proceedings may result not only in the award of monetary compensation, but may also entail a legal ban on future statements by Mr. Wilders and a declaratory judgment proclaiming the illegality of his statements (para. 4.4). Such a set of remedies could be deemed, in principle, a reasonable way to implement the State party's obligations under article 20, especially when complemented by the 'chilling effect' achieved by the mere existence of a criminal law prohibition, which can be applied in suitable cases.

5. Thus, the question is not, as implied by the majority, what remedies the authors sought to achieve, but rather what effective remedies the State party made available to them for enforcing their rights under the Covenant. In the circumstances of the case, we do not consider it refuted that the remedies offered in civil proceedings were sufficiently robust to be regarded as effective to implement the State party's article 20 obligations. In fact, the lower burden of proof applicable in civil proceedings (which falls short of the criminal 'beyond reasonable doubt' standard) may render such proceedings more effective in curbing hate speech for aggrieved individuals than the 'aggrieved parties' procedure pursued by the authors, which allowed them to join as civil parties the criminal case against Mr. Wilders.

[a] For support in the travaux préparatoires, see Marc Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights (1987) 406 ("The view was expressed that states parties would be free to enact whatever legislation they deem appropriate to put the article into effect").

6. Finally, we wish to register our position, according to which article 20(2) of the Covenant does not create an independent human right to be protected by legislation prohibiting hate speech. Instead, the article imposes an obligation on States parties to pass legislation in order to protect national, racial or religious groups against discrimination, hostility and violence – i.e., to prohibit an infringement of certain aspects of Covenant rights, such as articles 6 (right to life), 7 (prohibition of ill-treatment), 9 (right to security of person) and 26 (prohibition of discrimination).

7. Like in the case of article 2(2) of the Covenant,[b] which lays out a general duty to implement the Covenant through laws or other measures, we consider the obligation to pass implementing legislation protecting Covenant rights a 'second-order obligation' incapable of creating a right for individuals that is independent of the rights which the implementing legislation purports to protect. Thus, article 20(2) merely reinforces certain aspects of Covenant rights by requiring States parties to adopt specific legislative measures to prohibit their infringement. And it is only when these other rights have actually been put at risk of infringement or actually infringed – e.g., when hate speech had been in fact uttered – that the failure by the State party to pass prohibiting legislation may have contributed to a human rights violation occurring.

8. Consequently, we are of the view that victims of human rights violations should not be able to invoke article 20(2) separately, but only in conjunction with other Covenant rights, such as articles 6, 7, 9 and 26, which the prohibiting legislation was designed to protect.[c]

[b] See e.g., Comm. No. Poliakov v. Belarus, Views of the Committee of 17 July 2014, para. 7.4.

[c] For support in the travaux préparatoires, see supra note 1, at p. 407 ["[the article] contained no provision setting forth any particular right or freedom"].

Annex IV

Individual opinion (concurring) of Committee members Sarah Cleveland and Mauro Politi

1. We support the Committee's conclusion that the Netherlands did not violate its obligations under article 2(3) in conjunction with articles 20(2) and 26 in this case. As this is the first time the Committee has had occasion to address article 20(2) on the merits, we write separately to elaborate on the meaning of that provision.

2. Advocacy of hatred and incitement to violence, hostility and discrimination, including on grounds of race, ethnicity, religion, or nationality, has no place in a pluralistic and human rights respecting society, and should be vigorously countered. It is axiomatic, however, that a human rights protective society must also tolerate speech that deeply offends.[a] In addition, societies have numerous positive and negative tools available to address hateful speech. To the extent that restrictions on speech are warranted, a State must employ the least restrictive means available to secure that legitimate end.[b]

3. Article 20(2) obligates States to "prohibit by law" the "advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence." This provision originally was drafted as one of the obligations imposed by article 19 regarding freedom of expression, and it thus relates closely to that article. Moreover, the obligation to prohibit conduct by law is not unique under the Covenant. Other articles likewise obligate States parties to prohibit certain conduct, including article 8(1) (obligating States parties to prohibit slavery and the slave trade), article 26 (obligating States parties to prohibit discrimination), and article 6(1) (requiring protection by law of the right to life). Article 20 is unique, however, in that it requires prohibition of conduct in an area that otherwise is highly protected freedom of expression under article 19.

4. For this reason, article 20(2) is narrowly circumscribed and sets a high bar for the expression that must be prohibited. On its face, Article 20(2) does not require legal prohibition of all "*advocacy* of national, racial or religious hatred," but only of such advocacy that also "constitutes *incitement* to discrimination, hostility or violence."[c] In other words, advocacy of national, racial or religious hatred alone is not sufficient. It must also have the intention of inciting to discrimination, hostility or violence.[d] Article 20(2) thus is distinctly more limited than article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), which obligates States parties, inter alia, to punish "dissemination of ideas based on racial superiority or hatred". Moreover, as this Committee correctly notes, not all the conduct that falls within the scope of article 20(2)

[a] General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression (2011), para. 11.

[b] Id., para. 34 (restrictions "must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve their protective function"). Moreover, the State must demonstrate in specific fashion the precise nature of the threat to any of the enumerated grounds listed in article 19(3) that has caused it to restrict freedom of expression. Id., para. 36.

[c] This limitation on scope of article 20(2) was intentional. The drafting history indicates that "[f]ears were expressed that an article prohibiting such advocacy might lead to abuse and would be detrimental to freedom of expression." Thus a formulation limiting article 20(2) to "only such advocacy … as 'constitutes incitement'" was adopted. UNGA, Draft International Covenants on Human Rights, Annotation, A/2929 (1955), pp. 185-86, paras. 190-192 (emphasis added).

[d] Cf. Joint Statement on Racism and the Media by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression (2001), at 2, http://www.article19.org/pdfs/igo-documents/three-mandates-statement-1999.pdf ("[N]o one should be penalized for the dissemination of 'hate speech' unless it has been shown that they did so with the intention of inciting discrimination, hostility or violence") (emphasis added).

must be criminalized. The obligation is to "prohibit by law," and civil or administrative sanctions can suffice (para. 10.4).[e]

5. It is uncontested in this case that both civil and criminal sanctions were available to address Mr. Wilders' conduct under Dutch law. Indeed, the State party had established three means for sanctioning Mr. Wilders' statements: criminal prosecution under articles 137c and d of the Criminal Code, as well as two forms of a civil remedies – a civil claim under article 6:162 of the Civil Code, and an *action civile* appended to a criminal prosecution under section 51(a) and (f) of the Code of Criminal Procedure. The authors in this case chose to attempt to support a criminal judgment against Mr. Wilders by appending an *action civile* to the criminal prosecution – a form of domestic remedy that the Committee makes clear is not required by the Covenant (para. 10.3). In so doing, the authors pursued the most difficult path to a potential remedy. Under the domestic law of the Netherlands, pursuit of an *action civile* is dependent on the success of the underlying criminal prosecution, and the parties to an *action civile* are circumscribed in their ability to participate in the criminal proceedings, for reasons the State party explains. Moreover, securing a criminal conviction requires a higher standard of proof – beyond a reasonable doubt or its equivalent[f] – and generally a more demanding *mens rea*, than a civil proceeding. Finally, it is well established under the Committee's jurisprudence that no individual is entitled to secure the *prosecution* of a particular person as a remedy for a violation of the Covenant. The Committee has made equally clear, *ipso facto*, that no person is entitled to secure the criminal *conviction* of another person.[g]

6. The Committee has not defined what constitutes either "advocacy" of hatred or "incitement" to discrimination, hostility or violence. Nor has the Committee specifically addressed what conduct should be understood as potentially warranting criminal penalties under article 20(2).[h] Dutch law, however, criminally implements the concept of "incitement" under article 20(2) by punishing "inflammatory behaviour that incites the commission of criminal offences or acts of violence" (para. 6.9). The authors do not contest this standard as a proper implementation of article 20(2).

7. Requiring incitement of "criminal offences or acts of violence" for imposition of criminal penalties under article 20(2) is consistent with the article 19 jurisprudence of this Committee, which urges great caution in the imposition of criminal penalties that punish speech. The Committee accordingly has called on states to decriminalize defamation, and has concluded that, without more, "laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible" with Covenant obligations regarding freedom of opinion and expression.[i] Limiting criminal penalties to speech that incites the commission of

[e] The negotiating history indicates that a proposal that incitement to racial hatred should constitute a crime (using the formulation "constitutes a crime and shall be punished under the law of the state") was rejected in favor of an obligation to provide only for prohibition by law ("shall be prohibited by the law of the State"). UNGA, Draft International Covenants, supra, p. 186, para. 194.

[f] Netherlands Code of Criminal Procedure, section 338; General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (2007), para. 30 ("[N]o guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt").

[g] Communication No. 1570/2007, Vassilari et al. v. Greece (Views adopted 19 March 2009), para. 7.2 ("An acquittal in itself does not amount to a violation of article 26 and in this regard the Committee recalls that there is no right under the Covenant to see another person prosecuted"); Communication No. 563/1993, Bautista de Arellana v. Colombia (Views adopted 27 October 1995), para. 8.6; Communication No. 213/1986, H.C.M.A. v. The Netherlands (Inadmissibility decision adopted 30 March 1989), para. 11.6.

[h] The inadmissibility decision in Communication No. 104/1981, J. R. T. and W. G. Party v. Canada (Indmissibility decision adopted 6 April 1983), para. 8(b), addressed civil proceedings restricting speech.

[i] General Comment No. 34, para. 49 and note 116. Compare Communication No. 550/93, Faurisson v. France (Views adopted 1996), para. 9.7.

criminal offences or acts of violence is also consistent with the positions of other human rights bodies.[j]

8. Such a restrictive standard for imposing criminal punishment is also appropriate. As the UN, OSCE, and OAS Special Rapporteurs have observed, "[i]n many countries, overbroad rules in this area are abused by the powerful to limit non-traditional, dissenting, critical, or minority voices, or discussion about challenging social issues".[k] Hate speech and similar laws ironically are often employed to suppress the very minorities they purportedly are designed to protect. Thus, while appropriately tailored laws addressing hate speech and hate crimes have an important role, around the world today, abuse of overbroad criminal provisions to suppress speech by journalists, human rights defenders, political opponents, and other social critics is a frequent concern of this Committee.[l]

9. The State party in this case had a robust civil and criminal law framework in place to prohibit speech addressed by article 20(2), both through criminal prohibitions and civil remedies, and pursued a criminal prosecution against Mr. Wilders before an independent court. The authors pursued the remedy they preferred – an *action civile* that depended on the success of the criminal proceeding, with its heightened standard of proof and standard for criminal incitement – and did not pursue the independent avenue for civil remedies available to them. Criminal penalties are not mandated by article 20(2), and the authors had no personal entitlement under article 2(3) or any other provision of the Covenant to secure a successful criminal conviction. Under these circumstances, the authors have not demonstrated that the State party violated its obligation to "prohibit by law" the "advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence" under article 20(2) in conjunction with article 26. Nor have they demonstrated that it failed to provide them with a remedy for such violation.

[j] See Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, para. 15 (under Article 10 of the European Convention on Human Rights, "national law should only penalise expressions about religious matters which intentionally and severely disturb public order and call for public violence.") (emphasis added); American Convention on Human Rights, art. 13(5) ("any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitement to lawless violence or to any other similar illegal action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law") (emphasis added). The CERD Committee has recognized that "the criminalization of forms of racist expression should be reserved for serious cases" under CERD Article 4, that "incitement characteristically seeks to influence others to engage in certain conduct, including the commission of crime…." and that States parties should take into account, inter alia, "the intention of the speaker, and the imminent risk or likelihood that the conduct intended by the speaker will result from the speech in question". CERD Committee, General Recommendation No. 35, Combating racist speech (2013), paras. 12, 16.

[k] Joint Declaration by UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression (2006), and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression, https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/four-mandates-dec-2006.pdf.

[l] E.g., Concluding Observations on the second periodic report of Kazakhstan (2016), para. 49; Concluding Observations on the third periodic report of Kuwait (2016), para. 40; Concluding Observations on the sixth periodic report of Ecuador (2016), para. 27; Concluding Observations on the fourth periodic report of Rwanda (2016), paras. 39-40; Concluding Observations on the second periodic report of Cambodia (2015), paras. 21-22; Concluding Observations on the seventh periodic report of the Russian Federation (2015), paras. 10, 18-20.

Annex V

Individual opinion of Committee members Anja Seibert-Fohr, Yuji Iwasawa and Konstantine Vardzelashvili

1. While we agree with the majority of the Committee that we cannot find a violation of the author's rights under the Covenant in the present case, we are unable to agree, with respect to the admissibility of the communication. We would have found the communication inadmissible in the first place for the following reasons.

2. The authors of the Communication claim to be victims of a violation of their Covenant rights, *inter alia* because the authorities did not convict Mr. Wilders for hate speech. This claim is inadmissible *rationae materiae.* According to the long-established jurisprudence of the Committee, the Covenant does not provide a right for individuals to require that the State criminally prosecute and punish a third party.[a] Neither does article 20 of the Covenant provide such a right nor can it be claimed under articles 14, 17, 26, 27 or 2 (3). This claim of the authors is therefore incompatible with the provisions of the Covenant and inadmissible under article 3 of the Optional Protocol.

3. The authors effectively claim also that the State party has insufficiently protected them from threats to their physical integrity, from discrimination or advocacy of hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. However, we consider that they have not sufficiently substantiated that the State party did not provide them with adequate protection in the present case. According to Dutch legislation, the authors could have brought a civil action against Mr. Wilders pursuant to article 6:162 of the Civil Code. They have declined to take this path; instead, they decided to resort exclusively to criminal proceedings by joining criminal proceedings against Mr. Wilders as an aggrieved party and claiming compensation. According to the State party's uncontested submission, a successful civil action before a civil court pursuant to article 6:162 of the Civil Code would have enabled the authors to ask for a ban of future abusive statements or to request a declaratory decision that Mr. Wilder's statements were unlawful. This avenue is still available. There is no reason to assume that these proceedings would not offer them the protection required under the Covenant.[b] Article 20 of the Covenant which requires States parties to *prohibit by law* any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, does not strictly require the imposition of criminal penalties. Without having tried to seek protection in civil proceedings which were available to them, the authors cannot claim their inadequacy just on the basis that they are civil in nature. Thus, in the circumstances of the case, the authors have failed to demonstrate that the State party gave insufficient protection to the authors and that their right to protection under the Covenant was effectively impaired. For these reasons, this part of the author's communication has been insufficiently substantiated for the purposes of admissibility and is inadmissible under article 2 of the Optional Protocol.

[a] Communication No. 563/1993, Bautista de Arellana v. Colombia, Views adopted on 27 October 1995, paragraph 8.6; Communication No. 1885/2009, Horvath v. Australia, Views adopted on 27 March 2014, para. 8.2.

[b] In order to determine the protection owed to the authors under the Covenant, it would be necessary to examine furthermore the victim status of the authors. But this issue can be left open here because the authors have declined to resort to the remedies available to them under domestic law in the first place.

Annex VI

Opinión parcialmente disidente de Víctor Manuel Rodríguez Rescia

1. La presente opinión coincide con la decisión de admisibilidad del Comité de Derechos Humanos, pero difiere de la decisión de fondo, como se desarrollará más adelante. En relación con la admisibilidad, es digno de destacar el avance realizado por el Comité para admitir el estudio del caso en el marco de una supuesta violación relacionada con el artículo 20.2 (la prohibición por ley de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia), en conjunción con otros artículos del Pacto (Artículos 14. 1; 2.3 y 26), y que el Comité considerara que el artículo 20.2 es un derecho justiciable que ofrece protección a personas individualmente y como miembros de grupos contra ese tipo de discriminación. De igual importancia resulta la declaración del Comité de que "el artículo 20.2, no se limita a imponer una obligación formal a los Estados partes para que aprueben leyes que prohíban la discriminación, pues una ley de ese tipo no tendría efecto alguno sin procedimientos de denuncia y sanciones apropiadas". También es destacable que el Comité haya considerado que la vía más adecuada para la determinación del cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del 20.2 del Pacto sea la vía penal en el caso concreto (artículo 137.d. del Código Penal), que fue por la que optaron los autores.

2. En relación con el fondo del caso, los autores basaron su reclamación en una supuesta falta de una acción penal eficaz y el papel limitado que les correspondió, como partes lesionadas, en los procedimientos penales, "puesto que no pudieron, por ejemplo, presentar testigos; participar o plantear argumentos durante el examen de los hechos y del fondo de la causa para determinar si las declaraciones del Sr. Wilders suponían una incitación al odio, la discriminación o la violencia; ni recurrir la sentencia del tribunal". Al respecto considero importante desentrañar los alcances que en mi interpretación corresponden al artículo 20.2 del Pacto, y esto me ayudará a definir si existe o no una violación a alguno de los derechos contemplados en el artículo 14 del mismo.

3. El artículo 20.2 del Pacto no puede ser interpretado como una norma aislada. Si bien impone una obligación dirigida al Estado para que prohíba por ley la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, tal obligación no es más que una manifestación específica de la obligación de garantizar los derechos de las personas que se encuentra contemplado en el artículo 2.1 del Pacto. Tampoco se puede olvidar que la finalidad esencial de la garantía de los derechos, como lo contempla el artículo 2.2. del Pacto, es la efectividad de los mismos. Consecuentemente con ello, el artículo 20.2 no contempla un derecho a la no existencia del discurso discriminatorio, hostil o violento, pero sí contempla un derecho a que no se incite la discriminación, hostilidad o violencia y ese derecho debe ser efectivo, y para ello, garantizado con medidas legislativas "o de otro carácter".

4. Cuando el Pacto dispone medidas de otro carácter como una generalización de las medidas de garantía que se pueden adoptar, está buscando que se prevenga el discurso que haga aquella incitación. Entonces, lo que las autoridades judiciales debían analizar era si el discurso del señor Wilders incita discriminación, hostilidad o violencia. Deseo hacer hincapié en el hecho que no se trata de comprobar la efectiva producción de actos discriminatorios, hostiles o violentos, pues la prohibición del Pacto es que simplemente los incite.

5. La incitación es contextual. Si bien la libertad de expresión es piedra angular de la sociedad democrática, y se debe garantizar el más amplio flujo de información y opiniones, no se debe perder de vista que ese flujo está pensado para sostener una sociedad democrática, por tanto, diversa, con mayorías y minorías. Es claro que en el ámbito político la libertad de expresión es amplia, precisamente para poder transmitir ideas y generar convicción y seguidores. Pero esa libertad de expresión tiene un límite establecido por el Pacto. Cuando se ejerce un liderazgo político la libertad de expresión no es absoluta.

6. En ese punto es que toma mayor sentido el artículo 14 del Pacto. El artículo 24 del Pacto empuja a la construcción de la igualdad procesal entre víctimas y victimarios, al menos en lo que sea razonablemente equiparable. Las fallas procesales acreditadas en el presente caso no permitieron a las autoridades nacionales de naturaleza judicial contar con el material informativo y argumentativo de las partes para decidir si el discurso incitaba o no. Radica ahí, entonces, que el tratamiento procesal que recibieron las víctimas del presente caso, limitó la capacidad de pleno análisis. Por eso, mi conclusión, es que el Estado sí ha incumplido los artículos 14.1 en relación con el 20.2, y debería implementar reformas normativas para evitar que situaciones similares vuelvan a repetirse. Ello por cuanto el proceso civil ordinario no es el medio más idóneo para cumplir con la obligación de prohibir un acto tan calificado como la apología del odio, especialmente en el contexto de nuestros tiempos. Si así fuera, la prohibición sería una formalidad muy fácil de evadir con el pago de indemnizaciones civiles que no representan un obstáculo suficientemente prohibitivo para evitar su repetición. El impacto de una incitación al odio puede tener efectos inconmensurables en perjuicio de grupos de personas en condición de una vulnerabilidad particular, especialmente cuando se hace desde el podio de un personaje público que debiera extremar ciertos cuidados en el uso de su discurso para evitar repercusiones colectivas replicables con impunidad. La indemnización civil como contrapeso no es un medio que sea suficientemente prohibitivo en los términos del artículo 20.2 del Pacto.

Annex VII

Opinion partiellement concordante, partiellement dissidente de Olivier de Frouville

1. Cette affaire présentait, au-delà du cas particulier de M. Wilders, des enjeux juridiques et sociétaux d'une importance fondamentale. Or le Comité n'a qu'en partie relevé le défi et semble être resté au milieu du gué. J'appuie généralement les conclusions du Comité sur la recevabilité. Je me rallie également à un certain nombre des motifs élaborés par le Comité sur le fond, mais je suis en désaccord avec la conclusion de non-violation à laquelle il parvient au paragraphe 10.7., à savoir que l'Etat partie aurait pris « les mesures nécessaires et proportionnées visant à "interdire" les déclarations formulées en violation du paragraphe 2 de l'article 20 et à garantir le droit des auteurs à un recours utile en vue de les protéger contre les conséquences de telles déclarations ». J'aimerais dans cette opinion expliciter ces points d'accord et de désaccord.

Sur la recevabilité

2. *Premièrement*, j'appuie les motifs relatifs à *l'invocabilité du paragraphe 2 de l'article 20*. Sur ce point, le Comité reprend à son compte l'opinion dissidente de M. Abdelfattah Amor dans l'affaire *Vassilari c. Grèce*. Dans cette affaire, le Comité avait refusé sans beaucoup d'explications de se prononcer sur l'applicabilité du paragraphe 2 de l'article 20 aux cas individuels. Cette « esquive » avait laissé M. Amor « perplexe ». Il était en effet incompréhensible sur le plan juridique que cet article se retrouve ainsi neutralisé quant à ses effets. Reprenant les termes mêmes de M. Amor, le Comité observe que « l'invocation du paragraphe 2 de l'article 20 par des particuliers lésés s'inscrit donc dans la logique de protection qui sous-tend l'ensemble du Pacte. » (§ 9.7). Il reconnaît ainsi sa justiciabilité, y compris pris isolément. Aussi est-il étrange que le Comité estime nécessaire de déclarer la recevabilité des griefs des auteurs au titre du paragraphe 3 de l'article 2 « conjointement avec les articles 20 (par. 2) et 26. » Le paragraphe 2 de l'article 20 fonde à lui seul un droit d'être protégé contre « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ». Comme le précise par ailleurs le Comité, cette disposition « n'impose pas seulement aux Etats parties une obligation formelle d'adopter une législation interdisant les comportements discriminatoires. Une telle loi serait sans effet si elle n'était pas assortie de procédures de plaintes et de sanctions appropriées » (§ 9.7.) Elle constitue par conséquent une *lex specialis* tant à l'égard de l'article 26, qui fonde un droit d'être protégé contre toute forme de discrimination[a], qu'à l'égard du paragraphe 3 de l'article 2 qui fonde le droit à un « recours utile » en cas de violation des droits reconnus dans le Pacte[b].

3. *Deuxièmement*, je suis également en accord avec les conclusions du Comité relatifs à la *reconnaissance de la qualité de victime* des auteurs de la communication. Je suis en particulier en accord avec les motifs énoncés au paragraphe 9.6. à savoir « que les auteurs, en tant que membres du groupe expressément visé par les déclarations de M. Wilders, sont des personnes que le paragraphe 2 de l'article 20 a pour objectif de protéger, et que les déclarations de M. Wilders ont eu des conséquences spécifiques pour elles, notamment en

[a] Observation générale n° 18 du Comité : Non discrimination, 1989, § 1. L'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme traduit bien le lien qui existe, dans le Pacte, entre l'article 20 et l'article 26 : « Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. »

[b] Observation générale n° 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 2004, § 15.

suscitant dans la société des attitudes discriminatoires à l'égard de ce groupe et à l'égard des auteurs en tant que membres du groupe »[c].

4. A partir de ces deux points, on peut conclure que sont généralement recevables au titre du Protocole facultatif les griefs a) fondés sur le paragraphe 2 de l'article 20 ; b) présentés par des personnes qui pourront suffisamment étayer leur allégation selon laquelle des déclarations à caractère discriminatoire ou incitant à la haine ont eu des « conséquences spécifiques » pour elles, notamment en tant que membres du groupe visé par de telles déclarations.

Sur le fond

5. Cette affaire présente une configuration inhabituelle. Le Comité, comme d'ailleurs les cours régionales de droits de l'Homme, ont généralement à traiter d'affaires dans lesquelles l'auteur d'un discours de haine se plaint d'une restriction à sa liberté d'expression, notamment sous la forme d'une sanction pénale. Ici, des auteurs se plaignent, à l'inverse, de ce que les recours existant dans le droit national contre les discours de haine ne sont pas effectifs et en tout cas que la décision du tribunal qui a appliqué en l'espèce la loi nationale viole les obligations de l'Etat partie découlant du Pacte, et en particulier celles qui découlent du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte[d]. Autrement dit, est ici en cause non la restriction à l'exercice d'un droit, mais plutôt le manquement à une obligation positive de protection. De ce point de vue, la jurisprudence du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale au regard de l'article 4 de la Convention de 1965 est particulièrement pertinente et il est dommage que le Comité ne s'en soit pas davantage inspiré[e].

6. Tout d'abord, je dois dire que j'appuie un certain nombre des motifs développés par le Comité dans son raisonnement au fond. Le Comité rappelle avec justesse quelques points importants contenus dans son Observation générale n° 34[f], relatifs non seulement à la place cardinale de la liberté d'expression dans une société démocratique et à l'articulation entre l'article 20 et l'article 19 (par. 10.4.) Il réaffirme avec force que la liberté d'expression s'applique aussi à des propos qui peuvent être considérés comme profondément offensants, y compris à l'égard des convictions religieuses ou politiques (*id*.) Le Comité aurait pu ajouter que si les bornes à la liberté d'expression doivent être encore plus largement entendues dans le débat public et politique, le fait qu'un propos soit tenu dans le contexte d'un tel débat ne lui confère pas une immunité totale et ne dispense en tout cas pas l'Etat partie de son obligation d'ouvrir une enquête pour déterminer si ces propos représentent un acte de discrimination raciale ou, en l'espèce, un propos tombant sous le coup du paragraphe 2 de l'article 20[g].

---

[c] V. aussi, mais avec une conclusion d'irrecevabilité, l'affaire Andersen c. Danemark, comm. n° 1868/2009, 26 juillet 2010.

[d] V. par. 7.2 et 7.3. des constatations : « 7.2. (…) les auteurs contestent revendiquer un droit à la condamnation de M. Wilders. Ils dénoncent l'absence de poursuite effective. (…) 7.3. Les auteurs admettent que l'Etat partie a correctement transposé le paragraphe 2 de l'article 20 dans sa législation. Le problème réside dans l'application de la loi en l'espèce. »

[e] V. notamment la Recommandation générale n° 35 du CERD, Lutte contre les discours de haine raciale, 2013 et la Recommandation générale n° 30, concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 2005, en particulier les §§ 11 et 12 ; de même les affaires ; Quereschi c. Danemark, comm. n° 33/2003, 11 décembre 2003 ; Gelle c. Danemark, comm. n° 34/2004, 6 mars 2006 ; Ahmed Farah Jama c. Danemark, comm. n° 41/2008, 21 août 2009 ; Saada Mohammad Adan c. Danemark, comm. n° 43/2008, 13 août 2010.

[f] Observation générale n° 34, Art. 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 2011.

[g] V. CERD, Gelle c. Danemark, op. cit., § 7.5 ; Saada Mohammad Adan c. Danemark, op. cit., § 7.6. V. aussi CERD, Observation générale n° 30, § 12. Sur le plan régional, v. aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Feret c. Belgique (req. n° 15615/07, arrêt du 16 juillet 2009), § 77. V. aussi le Rapport de l'ECRI sur les Pays-Bas (quatrième cycle de monitoring), publié le 15 octobre 2013, § 22 : « L'ECRI recommande aux autorités de veiller à ce que la législation en vigueur contre le racisme et la discriminatioin raciale ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme soient appliquées dans tous les cas, dans la sphère publique et privée, même lorsque les affirmations émanent de personnalités politiques. » ; les Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité, et notamment le Principe 10 : "Politicians and other

7. Enfin, comme je l'ai dit plus haut, j'estime que le Comité a bien interprété le paragraphe 2 de l'article 20, en considérant que cette disposition n'exigeait pas seulement des Etats parties qu'ils adoptent une loi, mais aussi qu'ils mettent en place des procédures de plaintes et de sanctions appropriées, sans quoi une telle loi serait « sans effet » (par. 9.7.). Là encore, le Comité des droits de l'Homme aurait pu s'appuyer utilement sur la jurisprudence du CERD[h].

8. Pour autant, je ne peux rejoindre le Comité lorsqu'il parvient à la conclusion « que l'Etat partie a pris les mesures nécessaires et proportionnées visant à « interdire » les déclarations formulées en violation du paragraphe 2 de l'article 20 et à garantir le droit des auteurs à un recours utile en vue de les protéger contre les conséquences de telles déclarations. » (par. 10.7.) Pour parvenir à cette conclusion, le Comité se borne à un exercer un contrôle purement formel, en relevant l'existence d'une incrimination, de voies de recours et le fait qu'en l'espèce de tels recours ont été actionnés par les auteurs et que « le tribunal d'instance a rendu un jugement circonstancié appréciant les déclarations de M. Wilders à la lumière du droit applicable. » (*id.*) Or un tel contrôle, que l'on pourrait qualifier de « restreint » ne répond pas à la question centrale de savoir si le jugement rendu par le tribunal national a violé les droits que les auteurs tiennent du paragraphe 2 de l'article 20.

9. Dans les affaires « classiques » de liberté d'expression, où sont en cause les restrictions apportées par l'Etat à l'exercice de cette liberté, le Comité ne se borne jamais à relever l'existence d'un cadre juridique interdisant les atteintes à la liberté d'expression et l'existence de recours utile, voire l'exercice par les auteurs de ces recours. Quand bien même les juridictions nationales auraient donné raison aux autorités qui ont en premier lieu adopté la mesure restrictive, le Comité ne s'interdit pas de livrer sa propre appréciation de la restriction au regard de la forme d'expression litigieuse ; et en fonction du résultat de cette appréciation, il est amené soit à valider l'interprétation des juridictions nationales et donc la restriction[i], soit à constater une violation de l'article 19 si cette restriction ne lui

leadership figures in society should avoid making statements that might promote discrimination or undermine equality, and should take advantage of their positions to promote intercultural understanding, including by contesting, where appropriate, discriminatory statements or behaviour."; dans le même sens, v. le Rabat plan of action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination hostility or violence, § 36, doc. en annexe du rapport du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme sur les ateliers d'experts sur l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, A/HRC/22/17/Add.4.

[h] Notamment Gelle c. Danemark, op. cit., par. 7.3. : « Le Comité observe qu'il ne suffit pas, aux fins de l'article 4 de la Convention, de déclarer simplement dans un texte de loi les actes de discrimination raciale punissables. La législation pénale et les autres dispositions légales interdisant la discrimination raciale doivent aussi être effectivement mises en œuvre par les tribunaux nationaux compétents et les autres institutions de l'Etat. »

[i] V. par ex. l'affaire Robert Faurisson c. France, comm. n° 500/1993, 8 novembre 1996, § 9.5. Le Comité examine dans ce paragraphe la question de savoir si la loi du 13 juillet 1990 (« la loi Gayssot ») qui a servi de fondement à la condamnation de l'auteur est compatible avec les dispositions du Pacte. Il cite les déclarations litigieuses de l'auteur et en déduit que la condamnation de l'auteur « n'a pas porté atteinte à son droit d'avoir une opinion et de l'exprimer, en général : le tribunal a condamné M. Faurisson pour avoir attenté aux droits et à la réputation d'autrui. » Et il en déduit que la « loi Gayssot », « telle qu'elle a été lue, interprétée et appliquée dans le cas de l'auteur par les tribunaux français, est compatible avec les dispositions du Pacte. » (nous soulignons.) Dans l'affaire J.R.T. et le W.G. Party c. Canada, comm. n° 104/1981, 5 avril 1983, le Comité se place sur le plan de la recevabilité, en jugeant « incompatible » avec les dispositions du Pacte les griefs de l'auteur, car « les opinions que M.T. cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte. » (par. 8.b) La jurisprudence de la Cour européenne offre évidemment de nombreux autres exemples, dans lesquels la Cour examine soigneusement la qualification des propos litigieux opérée par le juge national avant de conclure à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. V. par ex. parmi beaucoup d'autres la décision rendue dans l'affaire M'Bala M'Bala c. France, req. n° 25239/13, 20 octobre 2015, dans laquelle la Cour examine minutieusement les motifs des juridictions internes et juge que leurs constats sont fondés « sur une appréciation des faits qu'elle peut partager » (§ 35) ; ou encore dans l'affaire Feret c. Belgique (op. cit.), particulièrement

paraît finalement ni nécessaire ni proportionnée au regard du but légitime visé[j]. Or dans la présente affaire, le Comité refuse d'exercer un contrôle de degré équivalent : il se borne à constater l'existence d'un recours et s'en remet totalement à l'appréciation du juge national.

10. Rien ne vient pourtant justifier ce *self-restraint*. Certes, selon une jurisprudence constante du Comité, « il appartient généralement aux juridictions des Etats parties au Pacte d'examiner les faits et les éléments de preuve ou l'application de la législation nationale dans un cas d'espèce, sauf s'il peut être établi que l'appréciation des éléments de preuve ou l'application de la législation ont été de toute évidence arbitraires, manifestement entachées d'erreur ou ont représenté un déni de justice, ou que le tribunal a par ailleurs violé son obligation d'indépendance ou d'impartialité[k]. » Mais un tel principe vaut dans les affaires où les faits sont controversés ou font à tout le moins l'objet d'interprétations divergentes. Or ce n'est nullement le cas ici. M. Geert Wilders ne conteste pas avoir prononcé les paroles qui sont dénoncées par les auteurs comme tombant sous le coup du paragraphe 2 de l'article 20, bien au contraire. On ne peut pas non plus invoquer une quelconque « marge d'appréciation » laissée à l'Etat partie en la matière : le Comité a explicitement rejeté cette doctrine s'agissant notamment de la liberté d'expression[l]. Il incombait par conséquent au Comité de déterminer si la qualification opérée par les auteurs était exacte et, dans l'affirmative, de rechercher si l'Etat partie avait manqué à son obligation positive d'« interdire » par la loi « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ».

11. En ne procédant pas de la sorte, le Comité introduit une distinction douteuse entre obligations négatives et positives de l'Etat partie en vertu du Pacte : seules les premières se verraient appliquer un contrôle « entier » de nécessité et de proportionnalité, tandis que pour les secondes, le Comité se bornerait à exercer un contrôle « restreint » limité à la vérification de l'existence d'une loi et de recours disponibles, mais s'interdisant de contrôler au cas par cas la décision adoptée par les juges nationaux.

12. Or en l'espèce, l'analyse des passages cités combinée à l'examen de la jurisprudence du Comité, du CERD ou encore de la Cour européenne des droits de l'Homme aurait dû conduire le Comité à la conclusion que ces propos relevaient effectivement du paragraphe 2 de l'article 20 et que le tribunal national avait fait sur ce point une évaluation erronée. L'Etat partie avait indiqué que selon l'interprétation donnée par les juridictions nationales, une critique ne constituait au sens du droit national une infraction pénale que si elle visait « de manière non équivoque les personnes elles-mêmes et non simplement leurs opinions, convictions et comportements. » Or les propos de l'auteur n'étaient pas dirigés uniquement contre l'Islam en tant que religion, mais aussi contre les Musulmans en tant que personnes, et plus généralement contre les « résidents non occidentaux ». Les auteurs ont raison de soutenir que le tribunal de district qui a eu à connaître de l'affaire a de ce point de vue accentué, dans son appréciation des propos litigieux, la distinction entre la critique de la religion et l'incitation à la haine contre des personnes en raison de leurs convictions ou de leur appartenance à un groupe[m]. Par exemple, des déclarations du type : « Un jeune

pertinente dans le cas d'espèce, puisqu'elle concernait les propos tenus par une personnalité politique : la Cour « a examiné les textes litigieux divulgués par le requérant et considère que les conclusions des juridictions internes concernant ces publications étaient pleinement justifiées. »

[j] V. par ex. l'affaire Patrick Coleman c. Australie, comm. n° 1157/2003, 17 juillet 2006 : la condamnation par une Magistrates Court de l'auteur pour avoir prononcé un discours dans un lieu public sans permission est confirmée par les juridictions supérieures, notamment la Cour d'appel qui a estimé que l'arrêté sur la base duquel l'auteur avait été condamné avait pour « objet légitime d'éviter aux usagers de la petite galerie piétonne de subir des discours publics et qu'il était raisonnablement approprié et adapté à cette fin étant donné qu'il s'appliquait à "un périmètre très restreint, ce qui laissait suffisamment d'autres espaces où tenir de tels discours. » (par. 2.3.) Ceci n'a pourtant pas empêché, à la suite d'un évaluation détaillée des propos de l'auteur et des circonstances dans lesquelles ceux-ci avaient été tenus, de considérer que « la réaction de l'Etat partie face au comportement de l'auteur a été disproportionné et a constitué une restriction à la liberté d'expression de celui-ci qui est incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte. » (par. 7.3.)

[k] Observation générale n° 32, Article 14 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, § 26.

[l] Observation générale n° 34, Art. 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 2011, § 36.

[m] Constatations, par. 3.1., b).

Marocain sur cinq a un casier judiciaire. Leur comportement découle de leur religion et de leur culture »[n], ou encore « Ces Marocains sont vraiment violents »[o] ne relèvent nullement d'une critique à l'égard de l'Islam, mais visent les Marocains et les Musulmans installés aux Pays-Bas dans leur ensemble. Ces déclarations procèdent par assimilations et glissements, en établissant des équivalences entre Marocains et délinquants, ou « islamique », Marocains et délinquants (« On ferme les frontières, on ne laisse plus entrer d'islamiques aux Pays-Bas, on renvoie beaucoup de musulmans des Pays-Bas, on dénaturalise les délinquants islamiques »)[p], autant de réductions des personnes à des stéréotypes qui les réifient et en font par conséquent des objets à mépriser, voire à éliminer physiquement. On retrouve le même type de dynamique dans les discours génocidaires qui procèdent à la réification par assimilation à une identité elle-même décrite comme dangereuse, hostile, ou encore à un animal perçu comme invasif ou répugnant (« cafard », « vermine »…)[q] Ces propos démontrent par conséquent une intention de la part de Geert Wilders de promouvoir publiquement la haine à l'encontre des « résidents non occidentaux »[r]. Par ailleurs il est incontesté que ces propos ont eu une influence directe sur la conduite d'au moins une partie de la population aux Pays-Bas, conduisant à des manifestations discrimination ou d'hostilité ou même de violence à l'encontre des personnes appartenant à ces groupes[s]. Ces deux éléments auraient dû, selon moi, conduire le Comité à conclure que les propos litigieux relevaient bien du paragraphe 2 de l'article 20[t].

[n] Id., par. 2.7., a)-4).

[o] Ibid., par. 2.7., a)-7).

[p] Ibid., par. 2.7., c)-11).

[q] La chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda saisie de l'Affaire des Médias a bien saisi la nature de ce type de discours dans le passage suivant de son jugement : « Un discours de haine constitue une forme discriminatoire d'agression qui anéantit la dignité des membres du groupe visé. Il crée un statut inférieur, non seulement aux yeux des membres du groupe proprement dit mais également des autres qui les regardent et les traitent comme moins qu'humains. Envisagé en soi et en ses autres conséquences, le dénigrement de personnes en raison de leur identité ethnique ou de leur appartenance à tel autre groupe peut causer un tort irréversible. » Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, affaire n° ICTR-99-52-T, jugement et sentence, 3 décembre 2003, § 1072. Sur le discours de haine comme violation du droit à la dignité, v. notamment Wibke K. Timmermann, Incitement in International Law, Routledge, 2015, pp. 39-53.

[r] Ibid., par. 2.7., a).

[s] V. notamment les observations finales du CERD sur les Pays-Bas (2015), § 11.

[t] La jurisprudence de la Cour européenne et la pratique de la plupart des pays d'Europe établit que « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. » (arrêt Feret c. Belgique, op. cit., par. 73). La Cour poursuit : « Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques. » Cette conception peut sans doute être opposée à celle qui prévaut aux Etats-Unis d'Amérique, telle qu'exprimée notamment par la Cour suprême dans l'affaire Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003) qui exige que « l'appel » à la haine soit accompagné d'une « incitation » à commettre des actes préjudiciables pour l'intégrité physique de la victime potentielle. Comme l'observe justement le professeur Patrick Wachsmann : « La différence radicale sur ce point entre les approches américaine et européenne tient sans doute au fait que les conséquences du discours raciste ont été tragiquement déployées sur le sol européen ; elles culminent dans la Shoah, l'extermination parachevant la stigmatisation, l'exclusion, l'humiliation et les sévices divers. L'argument qui tiendrait cette différence historique pour purement contingente, comme une donnée à éliminer du débat nous paraît inacceptable : on n'est jamais irrecevable, en matière de libertés publiques, à invoquer les données de l'expérience. » P. Wachsmann, « Faut-il incriminer les discours de haine ? Le cas français. », Revue générale du droit, avril 2015, http://www.revuegenerale dudroit.eu/blog/2015/04/21/faut-il-incriminer-les-discours-de-haine-le-cas-francais/.

13. Dans les affaires classiques de liberté d'expression, le Comité examine les propos litigieux de l'auteur et le raisonnement de la Cour et en déduit si les restrictions apportées à la liberté d'expression de l'auteur étaient nécessaires et légitimes au regard du but légitime poursuivi (les droits d'autrui dans ce type d'affaire). Symétriquement, le Comité aurait dû ici s'interroger sur la question de savoir si l'acquittement de l'auteur était en l'espèce justifiée, autrement dit sur le caractère approprié et proportionné au regard de l'objectif légitime visé, de l'absence de réaction des juridictions nationales aux propos de l'auteur.

14. A mon sens, le Comité aurait dû arriver à la conclusion que l'acquittement pur et simple de l'auteur, compte tenu de la nature de ses propos, ne pouvait être considérée comme approprié au regard du but légitime visé, à savoir la protection du droit de toute personne d'être protégée contre l'appel à la haine raciale constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.

15. Il en résulte que l'Etat partie a, du fait de ce manquement de la juridiction nationale saisie à sanctionner un propos tombant clairement sous le coup de l'article 20, violé cet article. Subsidiairement, il était également loisible au Comité de constater une violation, sur cette même base, de l'article 26, lu seul et conjointement avec l'article 2 § 3.

16. L'opinion qui précède est fondée exclusivement sur des considérations juridiques, portant sur l'appréciation des dispositions du Pacte, à la lumière de l'évolution de la jurisprudence d'autres organes de protection des droits de l'homme. Qu'il me soit permis toutefois d'ajouter un mot tenant au contexte dans lequel le Comité était appelé à rendre cette décision. Depuis un peu moins d'une dizaine d'années, dans les pays européens et sur d'autres continents, on a vu céder progressivement toutes les digues qui avaient été érigées après la Seconde Guerre Mondiale pour préserver le débat public au sein des sociétés démocratiques des discours de haine et d'intolérance qui avaient accompagné la consolidation ou l'établissement des totalitarismes dans l'entre-deux guerre. Pas à pas, interventions après interventions, les démagogues et les populistes repoussent les bornes qui visaient à préserver le respect mutuel et l'inter-compréhension et, pour tout dire, la possibilité même d'une communication à la fois libre et de nature à produire un accord rationnel au sein des sociétés sur des questions d'intérêt public. Aujourd'hui, nous voyons ces mêmes populistes s'appuyer sur la haine de l'autre et la politique du bouc-émissaire pour accéder au pouvoir. En Europe et ailleurs, la haine des migrants, de l'Islam et des Musulmans constitue leur principal fond de commerce. Leur discours conforte celui des groupes islamistes extrémistes qui prônent la violence et le djihad. En fait, les démagogues européens sont les alliés objectifs des djihadistes qui sèment la mort et la terreur à travers le monde, mais fascinent et attirent aussi une jeunesse déracinée, sans repère, et victime de discriminations multiples. Ces deux mouvances qui s'épaulent mutuellement poursuivent en fait un même projet qui est celui de la destruction des droits de l'Homme universels comme projet des Lumières et de la Modernité. Même si ce contexte ne doit pas à lui seul déterminer la solution à donner au cas d'espèce, il me semble qu'il doit néanmoins être pris en compte par le Comité dans son interprétation de l'article 20, qui avait notamment pour objet, dans l'esprit de ses rédacteurs, de prévenir autant que possible le retour des démons du passé.