



公民权利和政治权利 国际公约

Distr.: General
29 March 2017
Chinese
Original: English

人权事务委员会

委员会根据《任择议定书》第五条第 4 款通过的关于第 2124/2011 号来文的意见***

提交人：Mohamed Rabbae, A.B.S 和 N.A.(由 Ettina Prakken 和 Michiel Pestman 律师代理)

据称受害人：提交人

所涉缔约国：荷兰

来文日期：2011 年 11 月 15 日(首次提交)

参考文件：根据委员会议事规则第 97 条作出的决定，已于 2011 年 12 月 20 日转交缔约国(未以文件形式分发)

意见的通过日期：2016 年 7 月 14 日

事由：政客煽动种族或宗教仇恨

程序性问题：受害人地位；属事排除；用尽国内补救办法

实质性问题：得到有效补救的权利；获得公正审判的权利；煽动种族或宗教仇恨；法律面前平等的权利和不受歧视获得法律的平等保护；保护少数群体

《公约》条款：第二条第 3 款、第十四条第 1 款、第十七条、第二十条第 2 款、第二十六条和第二十七条

《任择议定书》条款：第一条、第三条和第五条第 2 款(丑)项

* 委员会第一一七届会议(2016 年 6 月 20 日至 7 月 15 日)通过。

** 委员会下列委员参加了对本来文的审议：亚兹·本·阿舒尔、莱兹赫里·布齐德先生、莎拉·克利夫兰、艾哈迈德·阿明·法萨拉、奥利维耶·德弗鲁维尔、岩泽雄司、伊万娜·耶利奇、弗提尼·帕扎蒂斯、毛罗·波利蒂、奈杰尔·罗德利爵士、维克多·曼努埃尔·罗德里格斯-雷夏、费边·奥马尔·萨尔维奥利、迪鲁杰拉尔·西图辛格、安雅·塞伯特佛尔、尤瓦尔·沙尼、康斯坦丁·瓦尔泽拉什维利、马戈·瓦特瓦尔。

*** 11 名委员会委员签署的七份意见附于本意见之后。附件不译，原文照发。



1. 来文提交人是 Mohamed Rabbae、A.B.S.和 N.A., 三人都拥有荷兰和摩洛哥双重国籍。他们说, 他们因荷兰侵犯其根据《公约》第二条第 3 款、第十四条第 1 款、第十七条、第二十条、第二十六条和第二十七条享有权利的权利而受害。《任择议定书》自 1979 年 3 月 11 日起对荷兰生效。提交人由律师代理。

提交人陈述的事实

2.1 2006 年至 2009 年间, 警方收到数百份个人和组织关于议会议员及极右翼政党治自由党创始人海尔特·维尔德斯诽谤和煽动歧视、暴力和仇恨的报告。但检察官决定不起诉威尔德斯先生, 认为他的言论不构成犯罪行为, 仍属公开辩论中言论自由允许范围之内。检察官给所有向警方举报威尔德斯先生言论的人员发出信件解释说, 根据《刑法》, 被据报的行为不会受到惩罚, 所以不会提起起诉。

2.2 根据国内法律, 认为自己是犯罪受害者的公民没有权利要求起诉据称犯罪者。他们要依靠检察官的决定。但是, 与起诉有直接利害关系的公民, 可以针对不予起诉的裁决向上诉法院提出申诉。¹ 一些受害者和其他利害关系人在本案中采取了这种行动。因此, 2009 年 11 月 21 日, 阿姆斯特丹上诉法院命令检察官在阿姆斯特丹地方法院起诉威尔德斯先生。根据该命令, 检察官发出传票, 请威尔德斯先生就由于《刑法》第 137 条 c 款之下因种族或宗教原因侮辱一群体², 以及由于第 137 条 d 款之下以宗教或种族为由煽动仇恨和歧视³而受指控, 为自己辩护。

2.3 根据《刑事诉讼法》第 51 条(a)款和(f)款, 任何因刑事犯罪而遭受直接伤害的人, 均可以作为受害方参加刑事诉讼, 并要求赔偿。受害方有权获得有关诉讼的信息, 获取案件文件。根据《刑事诉讼法》第 334 条, 受害方可以提交证据支持其民事权利请求, 但不得就刑事案件的情节提供证人或提出意见。⁴

2.4 提交人和其他几名人员及穆斯林和移民组织作为受害方参加了刑事诉讼, 每一方均要求威尔德斯先生象征性地赔偿 1 欧元, 这样做是为了指出威尔德斯先生的言论属于煽动罪, 从而影响司法判决。他们的目的是要澄清在政治辩论中发表言论的尺度范围, 并确定他们应受到保护不受仇恨和歧视煽动及暴力伤害这一权利的实际意义。象征性赔偿请求旨在说服法官, 由于给整个社会、种族和宗教

¹ 《刑事诉讼法》规定, 如果对某项刑事罪不予起诉, 直接利害关系人可针对不予起诉决定向上诉法院提出申诉(第 12 条)。

² 第 137 条 c 款规定, 任何人, 凡因某个群体成员的种族、宗教或信仰、这些成员的异性或同性性取向, 或其身心或智力障碍, 而公开以口头、书面方式或借助图像蓄意发表针对该群体成员的侮辱性言论的, 应处以一年以下的监禁或第三类的罚款; 第 137c(2)节规定, 如果是把此类行为当作职业或成为习惯或两人以上协同犯下罪行, 应处以两年以下监禁或者第四类罚款。

³ 第 137 条 d 款规定, 任何以口头或书面形式或通过形象公开煽动仇恨或歧视或因种族、宗教或信仰, 其性别、异性恋或同性恋倾向或其身体、精神或智力残疾而对个人或财产施以暴力行为的人, 可处以一年以下监禁或第三类罚款。

⁴ 第 334 节规定, 法院开庭时, 受害方可以提交文件作为刑事犯罪行为所造成的损坏或损失的证据, 但不得提供证人或专家证人。受害方或协助受害方的人可向证人和专家证人提问, 但只可就其索赔诉求提问。检察官/公诉人向法院致辞后, 受害方可解释和澄清或指示第三方解释和澄清其诉求。检察官/公诉人每次向法院或有机会向法院致辞时, 受害人都可再次向法院陈述。

少数民族及提交者本人所造成的伤害，威尔德斯先生已经超出了民主社会能够接受和应受到惩罚这两者之间的界限。在民事诉讼中，法院的这类宣判本是不可能的。

2.5 在法庭辩论期间，检察官以提交人并未由于《刑法典》第 137 条 c 款和 137 条 d 款遭违反而遭受直接损害为由，要求驳回提交人的申诉。威尔德斯先生要求让几名专家发表意见，其中一些专家被法院拒绝，其他人则接受了调查法官的质询。提交人的律师未被允许参加质询。最初，法庭要提交人律师仅口头解释其受到的伤害，但最终允许他们就指控的事实是否应受到惩罚发表意见，因为根据侵权法，如认定是非法行为，这是民事赔偿请求的基础。律师们认为，威尔德斯先生的言论违反了第 137 条 c 款和 137 条 d 款，但他们无法就检察官不愿起诉一事发表意见，也无法就指控应该导致定罪提出理由。随后，法庭组成发生变化之后，法庭不允许提交人就威尔德斯先生的言论是否违法提出看法。

2.6 在 2011 年 6 月 23 日的裁决中，法庭在审查了起诉书中提出的各项陈述之后，裁定起诉书的内容无法得到证明，并宣判威尔德斯先生无罪。因此，法庭宣布提交人关于属于受害方的指称不予受理。检察官或威尔德斯先生均未对判决提出上诉。提交人无权提出上诉，因此也就无法利用进一步的国内补救办法。

2.7 提交人在国内诉讼中以及向委员会提出的指称均涉及威尔德斯先生的言论，他们认为这些言论超出具有侮辱性质的范围，构成煽动仇恨、歧视和暴力。这些言论没有针对伊斯兰教，而是针对作为人类的穆斯林或非西方移民，尽管攻击伊斯兰教和攻击穆斯林这两者很难加以区分。相关言论如下：

(a) 在接受 de Volkskrant 的采访中，当被问到如果他第二天掌权会有什么改变时，威尔德斯回答说：

(一) “所有边界将在同一天向所有非西方居民关闭”。

“人口构成是荷兰最大的问题。如果看一下数字及其变化，我要说的是来到荷兰的人和荷兰繁衍的人。穆斯林将从大城市转移到农村。我们要停止海啸般的伊斯兰化。这深深刺伤了我们的心灵、我们的身份认同、我们的文化。如果我们不进行自卫，那么我节目中的所有其他节目都将是毫无价值的”。

(二) 当被问到伊斯兰教和犯罪是否有关联时，他回答说：

“绝对有关系。数字已经证明这点。五分之一的摩洛哥青少年有违警记录。他们的行为源于他们的宗教和文化。你不能将此割裂开来。教皇说过伊斯兰教是暴力宗教，这话完全正确。伊斯兰教是指非穆斯林的屈服和转变。这种解释仅适用于那些犯罪者的客厅和清真寺，适用于社区本身。”。

(三) “每个人都接受我们的主流文化。20 年内那些不这样做的人将不能待在这里。他们将被驱逐”。

(四) “那些摩洛哥人真的很暴力。他们因性起因打人。”

(b) 在威尔德斯先生党派的网站(www.geenstijl.nl 或 www.pvv.nl)的互联网专栏中，他指出：

“上周六的荷兰 *Nederlands Dagblad* 援引了教授 Raphael Israeli 的话，他预言说，通过渗透、宣传、转换和人口构成变化等手段，伊斯兰将第三次入侵欧洲。据他介绍，随着伊斯兰教的进军，欧洲人正在实施人口自杀。732

年，在波特维斯，继征服西班牙、葡萄牙和法国南部后，第一次伊斯兰入侵被阻止。1683 年，奥斯曼土耳其人企图第二次入侵，这次入侵在维也纳城门外受挫，当时，幸运的是，入侵者在那里被消灭。Israeli 教授认为，目前正在欧洲进行的第三次入侵企图取胜的机会要大得多。他说得完全正确”。

(c) 2007 年 2 月 13 日，在接受 De Pers 的采访时，他说：

(一) “我们已经受够了。边界关闭，不再让更多的伊斯兰人来到荷兰，让更多的穆斯林离开荷兰，剥夺伊斯兰罪犯的国籍”。

(二) “摩萨德前负责人说，第三次世界大战已经开战。这不是我说的话，但这话是正确的”。

(三) “我怀有良好意愿。我们允许一些事情发生，结果却是变成一个完全不同的社会。我知道几十年来没有伊斯兰多数派，然而，这个数字在增长，带有侵略性成分在里面，帝国主义。走在街上，看看到哪里是个头。你觉得你不再住在自己的国家。冲突正在发生，我们必须自卫。到一定时候，清真寺会比教堂更多！”

(d) 2007 年 8 月 8 日，在接受 In de Volkskrant 采访时，他说：

(一) “我为那些政府或议会内外所有拒绝阻止伊斯兰入侵荷兰的人感到羞耻！为那些日复一日地容忍越来越高的外国侨民犯罪率、而且不去寻求解决问题的荷兰政客感到耻辱。

(二) “海牙充满了懦夫，吓破了胆的生性懦弱的人，将懦弱地死去的人，他们认为荷兰文化建立在犹太—基督教—穆斯林传统基础之上。他们赦免骗子和罪犯”。

(三) “他们损害了荷兰公民的利益，并帮助将荷兰变成伊斯兰超级国家欧亚比亚的一个省”。

(四) “我厌恶在荷兰的伊斯兰教，不能再接收穆斯林移民”。

(e) 维尔德斯先生制作了一部关于伊斯兰和穆斯林问题的影片，片名为 *Fitna*。关于这部影片，有以下叙述。

起诉书中对这部电影进行了描述。它将袭击纽约世贸中心双塔楼和袭击马德里阿托查火车站的影像与普通穆斯林在街上散步的影像合在一起，还展示了配有卫星天线的公寓。这似乎是在提示，穆斯林人和卫星天线越多，荷兰遭受的恐怖袭击就越多。影像同时配有激进的音乐。

2.8 Rabbae 先生于 1966 年以难民身份来到荷兰，自 1994 年至 2002 年任绿党议会议员。他担任荷兰摩洛哥人国家协商机构主席。他向警方反映了 Wilders 先生的言论。他在法庭上谈到了不容忍和种族主义问题的研究数据和摩洛哥人在荷兰社会的地位。

2.9 A.B.S. 是摩洛哥移民的女儿。她向法院提供证据，并报告指出，2010 年，在竞选期间，她在街上行走，遭到一名骑自行车的年轻男子的冲撞，这名男子大喊大叫“维尔德斯没错，滚开！”

2.10 N.A.在荷兰出生。她母亲是荷兰国民，父亲是摩洛哥国民。她在法庭第一次开庭时，谈到了维尔德斯先生的言论对有关的人的影响。之后，她收到了大量攻击性和威胁性电子邮件、推文和其他仇视性信件。因此，她决定不在第二次开庭时作证。她只是给法庭写了一封信，她在信中说，给她发送仇视性信件的人使用了维尔德斯先生的言论，如“kopvoddentax”(戴头巾税)，他们还和维尔德斯先生一样，把古兰经和《我的奋斗》一书相比较。

2.11 提交人身为摩洛哥人和穆斯林，维尔德斯先生的仇恨言论与他们本人直接相关，他们的日常生活也因此受到影响。他们不是受到人身攻击，就是在互联网上遭到威胁和侮辱。缔约国未能因维尔德斯先生的仇恨言论而将他定罪，以及向公众发出的他的行为不属于犯罪行为的信号，也使他们受到影响。这个信号使得提交人对他们在荷兰的未来感到忧虑。

申诉

3.1 提交人称，宣布维尔德斯先生无罪违反了《公约》第二十条第二款，判决书中的论断(除其他外)包含以下错误：(a) 判决书将不同的言论分割开来，而不是看其累积效应。判定是否犯有煽动罪要考虑其言论的前后顺序和之间的关联。煽动罪的本质是它具有煽动成分；(b) 它突出了批评伊斯兰教和羞辱穆斯林这两者之间的人为区别。批评伊斯兰教和将穆斯林标注为不受欢迎的人士之间的关联性，在维尔德的发言中随处可见，例如他说过厌恶在荷兰的伊斯兰，不能再接收穆斯林移民等，使这两者无法分割开来；(c) 因为“摩洛哥人和非西方移民”不是种族，所以拒绝判处以种族为由的煽动罪名；(d) 它为煽动歧视或仇恨罪制造了一种普遍和绝对的例外。至于电影“菲娜娜”，法院认为，“考虑到公众辩论的背景，其中被告人认为，只是强调了针对作为宗教的伊斯兰教的必要的告诫，整体而言，电影并未煽动仇恨”。尽管电影描写在未来的荷兰人们因同性恋被吊死、妇女因不服从真主的法规被杀死，法院仍做出这一裁决。

3.2 尽管《刑法》第 137 条 d 款的目的是旨在实施《消除一切形式种族歧视国际公约》第四条和第二十条，但无罪释放使其失去其意义和效力，无罪释放也不符合国家法院关于仇恨言论的其他判决。由于维尔德斯先生身为政治家并因其在公开辩论中的角色，法院优先考虑言论自由权，而未能保护提交人免受日益强烈的种族主义和对穆斯林的仇恨。虽然《公约》第二十条表述的是国家的义务而非个人的权利，但这并不意味着这些事项交由国家内部处置，从而免受“任择议定书”的审查。如果是这样，《公约》所确立的保护制度将会大大削弱。

3.3 鉴于《公约》第二十条与第二十六条和第二十七条之间的联系，提交人作为荷兰少数民族成员也是违反这些规定的受害者，因为强烈的不容异己、种族主义和反穆斯林暴力，使他们被剥夺了作为穆斯林社区成员平静生活的权利。判决并没有在他们的利益与维尔德斯先生的言论自由权之间做出权衡。

3.4 根据国内法律，犯罪受害者在法律地位中处于劣势。他们没有权利提供证人作证言，并参与讨论刑事案件的事实和是非曲直。只允许他们解释提出的损害赔偿要求。在目前的案件中，问题的核心是维尔德斯先生的言论是否构成法律意义上的仇恨言论，提交人被排除在法庭诉讼之外，没有得到《公约》第二条第三款规定的有效补救，也没有就他们根据《公约》第十四条第一款提出的刑事案件损害赔偿要求进行公正审理。检察官要求宣告维尔德斯先生无罪，继而不对其提起公诉，这更加侵犯了提交人的公平审理权。

缔约国关于可否受理的意见

4.1 2012 年 2 月 24 日和 2015 年 5 月 28 日，缔约国就可否受理问题提交了意见。缔约国以没有用尽国内补救办法，不具备受害者地位为由，并基于属物理理由，对来文的可受理性提出异议。

4.2 2008 年 3 月 31 日，Rabbae 先生对维尔德斯先生提出刑事控告，但检察官决定不提起诉讼。2009 年 9 月 21 日，在其他当事方(这些当事方都不是本来文的提交人)提出控告之后，阿姆斯特丹上诉法院命令检察官因歧视和煽动仇恨而对维尔德斯先生提起诉讼。2010 年 2 月 21 日，提交人作为受害方参与诉讼。2011 年 6 月 23 日，法庭判决维尔德斯先生无罪。提交人的说法被宣布不予受理。

4.3 《公约》第二十条不是以人权的形式提出，而是规定了国家应尽义务制定禁止所述行为的立法。其他条款使用了诸如“所有人”和“每个人”等术语。以可裁决的人权来解读第二十条款实质上会导致将人权的具体立法化，而这种权利不被承认。第二款已经通过立法在荷兰得到适当施行，禁止构成煽动歧视、敌对或暴力的任何形式的民族主义、种族主义或宗教仇恨。委员会的判例法也表明，不能根据《任择议定书》援引第二十条第二款。⁵

4.4 作为受害方参加针对维尔德斯先生的刑事诉讼，相当于在刑事案件背景下提起民事诉讼。由于维尔德斯先生没有被定罪，所以无法审理民事权利请求。但是，提交人本可依据《民法》6:162 条，在民事法庭上对维尔德斯先生提起单独的民事诉讼。⁶ 如果犯有非法行为，行为人有过错，存在金钱或非金钱损失，并且行为与所造成的损害之间存在因果关系，则行为人应根据该条规定承担责任。如果侵犯了某项权利，该行为或不作为违反了法定义务，或者该行为或不作为违反了与适当的社会行为有关的不成文法规则，就属非法行为或不作为。法定责任包括直接生效的条约规定，《公约》的大部分规定都包含在内。即使在刑事诉讼中作出无罪宣判，以非法行为为由提起的民事诉讼也可以生效，并且有些裁定言论是否合法的诉讼最后胜诉。即使提交人没有要求赔偿，民事诉讼如果胜诉，提交人可以请求法庭禁止维尔德斯先生今后发表相关言论，或请法庭作出宣告式判决，宣布维尔德斯先生的言论具有非法性质。

4.5 Rabbae 先生并未表明他因《公约》遭到违反而受害。他只是说，他负责一个摩洛哥的国家咨询机构，他在维尔德斯先生的审判中做了发言。第二和第三提交人称，他们作为穆斯林社区成员，平静的生活被剥夺，没有得到缔约国的保护。然而，他们未能证实所涉言论给他们造成了什么具体后果，或者证实这种后果是迫在眉睫的，会对他们造成人身影响，需要国家的保护。如果他们需要这种保护，他们本可以提出刑事控告。消除种族歧视委员会对受害者的理解并不等同于人权事务委员会关于受害者的定义，特别是因为提交消除种族歧视委员会的来

⁵ 见第 1570/2007 号来文，Vassilari 等人诉希腊，2009 年 3 月 19 日通过的意见，第 6.5 段。

⁶ 第 6:162 条规定：(a) 确系对另一人犯下不法行为的人，须赔偿前者因此遭受的损害；(b) 侵权行为是指对他人权利(资格)的一种侵犯，也是指一种违反法律规定的义务，或违反根据不成文法须视为正当社会行为的情况的行为或不作为(就所涉行为缺乏理由而言) (c) 某种侵权行为，如由行为人的过错引起，或由于根据法律或普遍接受的原则(共同意见)应由行为人负责的原因引起，可归于行为人。

文(奥斯陆犹太人群体和其他人诉挪威⁷)的提交人不得参加刑事诉讼,在该缔约国没有补救。即便提交人作为受害方参加了刑事诉讼,也不能等于国内法院承认受害人的地位。在该诉讼中,只有在被告被定罪之后,才能评估其受害人地位。因此,根据国内法律,初审法院无法评估其受害人地位。

4.6 来文本质上是一种民众诉讼,⁸ 因为提交人没能证明言论将对他们本人造成影响。提交人只请求每人获得 1 欧元的赔偿,并请求法庭作出一项一般性的宣告使声明,而不是请求因具体的违规行为获得赔偿。根据其判例,委员会不对这种假设的或潜在的违反《公约》行为做出评估。

4.7 来文不属于《公约》范围,因为根据委员会的判例,个人不得强迫国家对第三者提起刑事诉讼或者施加处罚。

4.8 缔约国指出,2014 年 12 月,针对维尔德斯先生侮辱部分群体人员、因种族原因煽动对他人的歧视和仇恨、以及 2014 年 3 月 12 日和 19 日在海牙就摩洛哥血统人士的发表的言论等,公诉机关启动了对他的刑事诉讼。

提交人对缔约国关于可否受理的意见的评论

5.1 提交人于 2012 年 3 月至 2015 年 11 月 30 日对缔约国关于可否受理的意见提出评论。关于用尽国内补救办法,他们认为,民事诉讼必须被视为无效。荷兰通过《刑法典》第 137 条 d 款来执行《公约》第二十条第二款。笔者并非寻求赔偿;他们寻求刑事法庭针对驳怀德先生作出裁决,判定他有罪或无罪的判决书具有重要和独特的公共力量。

5.2 拉比先生认为,因自己是一名穆斯林和一名摩洛哥人,也是国家咨询机构的主席,他本人是维尔德斯先生仇恨言论的直接受害者。谈到威尔德斯先生的仇恨言论对他们个人生活的影响,提交人重申,N.A.和 A.B.S.均报道了他们在国内诉讼期间所遭受的经历,拉比亚先生还向警方报告了针对自己的仇恨言论。来文并非集体诉讼。

5.3 来文没有按属事理由不可受理。提交人援引《公约》第二十条第二款、第二十六条和第二十七条。因此,他们的来文显然属于《公约》范围。

5.4 第二十条第二款不仅规定国家有义务立法禁止仇恨言论,而且还要赋予个人不受仇恨言论伤害的权利。《公约》第四条也是针对国家的义务而不是个人的权利,但这并没有妨碍委员会宣布违反该条款可以索赔。如果委员会认为没有给予个人第二十条规定的保护,这就应由第十七条规定解释。提交人辩称,他们援引与第二十六条和第二十七条相关的第二十条,强调了其身份的集体认同权。但是,对个人身份的侵犯如种族诽谤等,也影响到个人享有集体身份认同的自由,反之亦然。因此,缔约国的行为也违反了根据第二十条第二款解释的第二十七条。

5.5 关于对威尔德斯先生提出的诉讼,检察官决定只有公众公开抗议他的行为后才再次起诉威尔德斯先生。

⁷ 见消除种族歧视委员会第 30/2003 号来文,奥斯陆犹太社区等诉挪威,2005 年 8 月 15 日通过的意见。

⁸ 见第 1868/2009 号来文,Andersen 诉丹麦,2010 年 7 月 26 日通过不可受理的决定,第 6.4 段。

缔约国对案情的意见

6.1 缔约国在 2015 年 5 月 28 日对案情提出了意见。它反对提交人根据《公约》第二条第三款所提出的观点，即对威尔德斯先生的无罪释放没有构成有效执行立法。提交人曾有机会对检察官不进行调查的决定提起诉讼，并在诉讼期间详细讨论了与威尔德斯先生的陈述有关的各种法律论据。提交人称，他们的目的是澄清法律管辖的界限，而法院的判决意味着他们获得胜利。法院评估的最终结果对提交人不利这一事实，并不构成立法的无效执行。第二条第三款不能保证提交人获得有用补救的有利结果，更不用说定罪的权利。任何定罪的保证都不符合公正审判权的基本原则。因此，没有违反第二条第三款。

6.2 关于第十四条第一款，国家刑法允许任何因刑事犯罪而遭受直接损害的人作为受害方加入刑事诉讼以寻求索赔。与国内法所承认的权利相比，第十四条没有要求在刑事诉讼中赋予被害方更多的权利保护。国内法规定的权利包括提交遭受损害的证据的权利、就赔偿向证人和专家质询以及就索赔做出解释。提交人的目的是影响刑事诉讼，并说服法官威尔德斯先生的行为已经超出了公开辩论允许的范围。然而，立法者旨在通过诉讼所保护的规范就是享有因受损害的赔偿权。根据国内法，提交人不得充当其他角色，例如影响刑事诉讼。

6.3 提交人关于没有向法庭提出有利于定罪的论据的说法是不正确的，他们忽视了法院在刑事诉讼中所起的核心作用。刑事法院力求独立确立真相，承担着确保在审判中全面审查的责任。控方和辩方的来文并不具有决定性作用。法官主持听证会、询问被告、检查证人，并与各方进行讨论，对判决中的所有要素做出反馈。

6.4 2008 年，3 名法律学者分别就起诉的法律特点发表了报告，以协助检察机关决定是否要提起起诉。报告已增补到案件文件中。审判时进行了全面审查，证人受到质询。提交人希望提出的所有内容都呈至法庭面前。因此并没有违反第十四条。

6.5 关于第二十条提出的要求，该规定得到了正确实施，对此没有争议。《公约》第二十条和《刑法典》第 137 条 d 款均禁止煽动仇恨，但是要由国家法院来确定是否实际进行了煽动仇恨。第二十条在各国之间引起强烈争议，导致施行方式截然不同。就特定言语是否应受到惩罚，国内法院对评估最有发言权，因为它们掌控着全部案件档案，可以就有关行为是否涉罪进行充分评估。如果委员会有可能进行复审，则必须予以限制；不应由委员会来重新评估法庭根据刑法做出的威尔德斯先生的行为和言论是否应受到惩罚的判决结果。由于第二十条没有规定个人的权利，所以这一点尤为适用。

6.6 第二十条第二款并未禁止人们对国家机构发表负面言论，但绝对禁止构成煽动歧视的言论。由于人们担心政府会滥用这一禁令或者会阻碍公民参加合法的民主辩论，因此对这一规定存有争议。两个条款之间的区别在于，只有符合第二十条中指定的特定形式的言论，国家才必须依法禁止。根据欧洲法院关于言论自由的判例，甚至冒犯他人、令人震惊或打扰他人的言论也是被允许的。政治人物的言论原则上应受到重视，但选举产生的代表应避免公开发表不公道的讲话，这一点至关重要。煽动对外国人的排斥从根本上破坏了人权，因此人们在言辞上应该非常谨慎。那些选择表达自己宗教信仰的人，要有理性地明白自己不能免于所

有的批评。对他人拒绝其宗教信仰、甚至传播与自身信仰敌对的教义的做法，他们必须能够容忍和接受。

6.7 联合国表示，除非证明这样做是为了煽动歧视，否则任何人不得因传播仇恨言论而受到惩罚。理事会认为，根据《公约》第十条，在民主社会中，对通过宗教事务有意并严重扰乱公共秩序、号召人们实施公共暴力的行为有必要予以禁止(《欧洲人权公约》)。应该受到限制的是那些不仅表达了要扰乱公共秩序、并且还呼吁进行公共暴力的言论。

6.8 界定哪些行为属于第二十条涵盖的范围，仍然很困难。在即便被认为是冒犯性的批评与煽动歧视之间无法划出明确的界限。针对仇恨言论也没有普遍接受的定义。每一组事实都是特别的，只能根据具体情况和背景进行评估和裁决。那是要由法庭所承担的艰巨任务。提交人几乎只是根据定义就认定维尔德斯先生的言论符合第二十条，这是不对的。要由法院来判定每个具体的言论。任何其他方式都会侵害被告接受公平审判的权利。

6.9 《刑法典》第 137 条 d 款的立法史表明，其目的是将针对个人而非宗教的仇恨煽动或歧视定为刑事犯罪。针对根深蒂固的宗教信仰、信仰本身以及基于此的机构和组织的批评是可以接受的。由于必须在尽可能多的范围内允许对宗教或信仰的批评(即使这种批评触及信徒和宗教机构或组织最深的信念)，所以在将这种批评确定为不受第 137 条 d 款管辖范围方面，言论自由发挥了作用。但是，如果批评是明确针对个人而非简单地针对他们的观点、信念和行为，这时批评就是一种刑事犯罪。对某一信仰的侮辱性攻击并不自动构成对那些坚持信仰的人的攻击；根据法律，对某种信仰的侮辱性描述如果涉及到对持有信仰的人，就是对他人的侮辱。只有在涉及宗教而非种族或族裔出身时，这种区别才适用。立法沿革确定，在解释“煽动”一词时，立法者寻求与《刑法典》第 131 条所定义的犯罪的关联性，即引发刑事犯罪的煽动性行为。

6.10 《刑法典》第 137 条 d 款的起草符合《消除一切形式种族歧视国际公约》。第 137 条 d 款中构成歧视的要素是基于第九十条中术语的定义，其内容如下：“任何旨在或实际消除或损害了人们在政治或经济领域、在社会或文化事务中或在其他社会生活领域中，基于平等地位的承认、享有或行使人权和基本自由权的区别、排斥、限制或偏好。”歧视是一种明确定义的行为。与煽动仇恨(极端情绪)不同，煽动歧视并不需要强化的要素。

6.11 不能将该判决视为偏离现行的国内判例法。案件要求基于歧视的起诉需要对特定语言及其背景情况进行逐案评估。案件结果通常是定罪，但也经常导致无罪释放。在判决中，法院认为，“将根据他们的措辞评估各种陈述、与其他采访或文章的关联、被告就本案的其他陈述以及案件档案中的陈述以及陈述的背景”。起诉书并不涉及个别陈述；起诉书第二和第三项共列出了 28 项陈述。因此，提交人认为法院没有考虑陈述的上下文关系及其累积效应的说法是不正确的。

6.12 在对伊斯兰教的批评和对穆斯林的批评之间，法庭没有人为加以区分。第 137 条 d 款规定，煽动仇恨或歧视，是指明确指向某个具有宗教特征、并以宗教与他人区分开来的特定群体的言论。判决也表明，对伊斯兰教的批评和对穆斯林的批评之间的区别不应在每个案例中都以文字列出。

6.13 提交人对威尔德斯先生煽动基于种族的仇恨和歧视却被宣告无罪提出批评，法庭认为，“种族”的理由不能适用于摩洛哥和非西方移民。法院确实认为，这项指控的种族成分无法证明。然而，这并不意味着法院认为这一理由永远不适用于摩洛哥和非西方移民。这样的结论也不符合现行的国内判例，其认为种族的定义也涵盖血统、民族和种族起源。

6.14 对于其中一些言论，鉴于公开辩论的重要性，法庭作出了认定“煽动歧视”并没有得到证实的裁决。该评估符合欧洲法院根据《欧洲公约》第十条第(2)款的判例，该判例认为必须允许一定范围内的政治辩论，并且只有出于令人信服的理由才能对政治言论加以限制。

6.15 法庭认为，多元文化社会和移民是公开辩论中发言的主题。辩论越激烈，越需要更大范围的言论自由，在这种情况下，一些言论甚至可能会冒犯、震惊或打扰他人。法庭认为，威尔德斯先生的言论从性质上看，并没有严重到由于过激而应视为具有犯罪性质，因而应被排除在公开辩论之外的程度。因此，法院没有将公开辩论视为绝对例外，而是笼统地指出了可能会出现煽动歧视的范围。提交人也没有对电影 *Fitna* 做出准确描述。

6.16 由于这些原因，缔约国认为来文并没有违反《公约》第二十条。鉴于提交人提及第二十六条和第二十七条与第二十条之间的密切联系，并且鉴于他们没有就第二十六条和第二十七条提出任何单独的理由，缔约国将意见局限在第二十条范围之内。

提交人对缔约国关于案情的意见作出的评论

7.1 提交人于 2015 年 11 月 30 日提交了意见。他们认为，欧盟委员会在其 2013 年 6 月 20 日关于荷兰的报告中，对阿姆斯特丹地方法院在审议威尔德斯先生案件中讨论了欧洲法院关于政治言论自由的判例法表示欢迎，但同时表示，欧洲法院指出，如果与所追求的立法目标相符合，则原则上在民主社会中有必要限制令人不能容忍的仇恨言论。因此，就威尔斯先生的案件应准确反映欧洲法院判例法的呼吁是必要的。

7.2 关于第二条第三款和第十四条第一款，提交人否认他们曾声称有权给威尔德斯先生定罪。他们要求关注的是缺乏有效的起诉。检察官决定将起诉委托给最初决定不起诉的同一个人，这表明检察官几乎没有做出任何促使起诉生效的努力。加之没有诚意的定罪企图以及受害人在国家刑事诉讼中处于不利的法律地位，其结果是检察官事实上与辩方立场一致。在国内刑事诉讼中，受害人完全依赖法官和检察官。一个例子是检察官雇用了三名法律学者就是否起诉威尔德斯先生提供咨询意见。提交人对大部分意见都不同意，但不允许他们发表评论或者给自己的专家打电话。

7.3 提交人表示同意缔约国在其立法中充分施行了第二十条第二款。问题在于本案的适用法律。该判决偏离了对仇恨言论并不宽容的国内判例。

7.4 提交人坚持认为，言论自由不能旨在使仇恨言论合法化。在类似的情况下，欧洲法院已经明确界定了用于仇恨言论的言论自由。

7.5 尽管国家法院承认最高法院的裁决，却没有考虑到威尔德斯先生言论的累积效应，该裁决强调上下文在判断某些言论的犯罪性质方面的重要性。

7.6 宗教批评原则上不等于对群体的诽谤，因此不应该受到刑事制裁。法庭不承认诽谤和仇恨言论之间存在差异，而维尔德斯先生却一再将两者混淆。例如，关于上文第 2.7(c)(iii)段引用的话语，法院承认它被用来反对穆斯林，使用“捍卫自己”这个词具有挑衅性。法院甚至认为维尔德斯先生已近乎犯罪，但后来指出，“被告在采访中说，他不是针对穆斯林而是反对伊斯兰教”。因此，法院判定没有煽动种族仇恨。威尔斯先生强调伊斯兰教而不是穆斯林，表明他接受法律建议，但这并没有改变他的言论的本质和效果。

7.7 维尔德斯先生反复用“摩洛哥人”和“非西方移民”一词。法庭认为不能确定其中的种族因素，这表明法庭适用的种族定义有悖于最高法院和委员会。

7.8 提交人反对将公开辩论作为发表仇恨言论的借口，也反对法院只强调公开辩论的重要性，而不考虑政治家对辩论完整性应承担的责任。由于仇恨言论是即涉及发布者也涉及接听者的犯罪行为，因此在评估某个言论是否构成仇恨言论时，普通公民的看法至关重要。

缔约国的补充意见

8.1 2016 年 2 月 2 日，缔约国的补充意见缔约国提出了补充意见。它指出，2014 年开始针对维尔德斯先生的第二次刑事案件，其第一次听证会将于 2016 年 3 月举行。

8.2 就本案而言，检察官所为完全符合阿姆斯特丹上诉法院的命令，提出了详细的法律和事实论据，其意见以法律为依据，并没有被维尔德斯先生的辩护牵着鼻子走。上诉法院的决定也成为案件档案的一部分。由检察机关起诉的这起案件，部分是由参与做出不起诉决定的检察官进行的，这一事实并不意味着在执行上诉法院起诉命令时缺乏诚意。检察官代表检察机关。临时救济法官认为，检察官全面遵守了上诉法院的命令。由于检察长认定该案件不适于上诉申请，所以没有就无罪宣判提起上诉。

8.3 在国内刑事诉讼中，受害人不具备与被告同等的地位，不是诉讼的一方。《公约》没有规定受害者应成为刑事诉讼中具有同等地位的一方。如果赋予受害者单独的起诉权，将会削弱检察官对起诉的垄断及追求公诉的公众利益。因此，受害人不能在审讯中提供证人、询问证人或令他人对证人询问。但是，受害人可以在审判前向检察官提出意见，并可以要求召集特定的证人。

8.4 社会批评与煽动暴力之间、敌对和歧视之间没有明确的界定。根据欧洲法院对 *Perinçek* 诉瑞士一案的判例，要确定某些言论是否构成煽动仇恨或暴力行为，需要采取根据言论性质和潜在影响及其发生背景逐案审查的做法。在公开辩论的背景下发表的言论能够享有更多的保护措施。

8.5 对言论的评估应该是客观的，不能依赖感觉或受伤害的程度，因为感觉和伤害程度会因人或群体而异。这类评估是根据话语本身的含义和所发表声明结合其余话语一起表达的意思来进行的。还应考虑到信息的可能接收者，因为要理解所发表的言论，也许需要在案件情形内并根据这些情形所引起的关联来看待这些言论。

8.6 关于个人的言论和关于宗教言论之间的区别，除其他外，尤其是对言论自由允许批评宗教或个人行为至关重要。此外，虽然地区法院对其裁决没有给出更

多的论证，说明无法证实这项指控中的种族内容，但这并不意味着法院忽视了最高法院、消除种族歧视委员会和欧洲反对种族主义和不容忍委员会所采用的定义，而公诉人正是依据了这一定义。法院认定“由于种族原因”这一部分没有得到证实是十分可能的。

8.7 提交人没有证实其根据第十七条提出的诉求，他们关于第十七条是保护集体身份认同权利的观点没有得到支持。此外，提交人也没有证明维尔德斯先生的言论妨碍了他们与社区其他人一起享受宗教或文化习俗和传统。

委员会需处理的问题和议事情况

审议可否受理

9.1 在审议来文所载的任何诉求之前，委员会必须根据其议事规则第 93 条，决定该案件是否符合《公约任择议定书》规定的受理条件。

9.2 根据《任择议定书》第五条第 2 款(子)项的要求，委员会查明同一事项没有在另一国际调查或解决程序中接受审查。

9.3 根据《任择议定书》第五条第 2 款(丑)项的要求，委员会注意到缔约国的观点，即由于维尔德斯先生未被定罪，因此无法审查提交人在刑事诉讼中提起的民事诉讼。此外，即使提交人不寻求赔偿，根据《民法》第 6:162 条，他们仍然能够以维尔德斯先生从事非法行为为由，向民事法庭提起单独的民事诉讼，对此也无争议。如果赢得民事诉讼，将使提交人能够要求禁止维尔德斯先生未来继续发表言论，或要求判决维尔德斯先生的言论非法。委员会还注意到提交人的论点，即本案中的这种民事诉讼不是有效的补救办法，因为他们的目的不是要求赔偿，而是依据《刑法典》第 137 条 d 款确定是否实施了犯罪。

9.4 委员会回顾了其判例，即根据《任择议定书》第五条第 2 款(丑)项，提交人必须利用可为其提供合理补救预期的所有司法或行政途径。⁹ 委员会指出，根据《民法》第 6:162 条，民事诉讼可允许提交人因维尔德斯先生所犯非法行为的侵权行为而寻求金钱或非金钱的损害赔偿及法律救济。但委员会还指出，提交人并没有就维尔德斯先生的任何侵权行为寻求民事赔偿。他们试图通过参与国家司法程序，促使刑事法院对其进行判决，根据刑法第 137 条 d 款，公开明确做出有罪或无罪的判决，该条款旨在履行缔约国根据《公约》第二十条第二款应承担的义务。因此，提交人选择了缔约国提供的最符合其目的的补救办法。¹⁰ 委员会认为，只有在刑事诉讼中才能获得这种判决。所以，委员会认为，第五条第 2 款(丑)项的规定并不妨碍委员会审议本来文。

9.5 委员会注意到，缔约国拒绝受理，理由是提交人不具有受害者身份，而且来文本质上是一种民众诉讼，因为提交人未能证明维尔德斯先生的言论会对他们本人造成影响。在这方面，委员会提及其判例，即，“个人只有在实际受到影响的情况下，才能称本人属于《任择议定书》第一条意义上的受害者。这项要求应

⁹ 见第 437/1990 号来文，Patiño 诉巴拿马，1994 年 10 月 21 日通过的不可受理决定，第 5.2 段。

¹⁰ 见 Andersen 诉丹麦，第 6.3 段。

当如何切实理解，这是个程度问题。不过，任何人都不能抽象地通过民众诉讼，对据称违反《公约》的法律或做法提出异议”。¹¹ 据此，凡称因受《公约》保护的权利遭到侵犯而受害的人，都必须证明，缔约国通过作为或不作为，已经对他权利的行使造成损害，或证明这种损害即将发生，为此，他的论点应基于现行立法或司法或行政决定或做法。¹² 在适用这项原则时，委员会确认，“如果个人属于某一类人员，这些人的活动依据相关立法被视为违法，那么，他们可以称本人为‘受害者’”。¹³ 在 *Toonen 诉澳大利亚案* 中，虽然提交人质疑的法规数年来未被当局施行，但除其他外，提交人指出了贬低和侮辱性言论、以及针对同性恋者的“官方和非官方的仇恨运动”，并声称该立法助长了对同性恋社区的骚扰。委员会得出结论认为，提交人“已做出合理努力，以证明相关法规可能得到执行和一直以来这些规定对行政实践和舆论的普遍影响，已经对他造成了影响，并继续影响到他个人”，这足以能够确定他身为受害者的身份。¹⁴

9.6 在本案中，委员会注意到，提交人没有作为缔约国的普通民众成员提出抽象的指称。提交人是穆斯林和摩洛哥国民，他们说维尔德斯先生的言论专门针对穆斯林。因此，提交人是维尔德斯先生的言论重点针对的那一类人。他们还指出，他们个人直接感受到尔德斯先生仇恨言论的影响，日常生活也受到包括互联网攻击等影响，无罪宣判给公众的信息是维尔德斯先生的行为不属犯罪，因而对提交人造成了不利影响。根据《刑事诉讼法》第 51 条(a)款，提交人作为所谓的受害方参加刑事诉讼。委员会还注意到，*Rabbae* 先生负责荷兰摩洛哥问题国家咨询机构，曾就维尔德斯先生的言论向警方提出申诉，并在法庭上就歧视和种族主义问题的研究数据以及摩洛哥人在缔约国的立场发表了讲话。*A.B.S.*在法庭上证实，2010 年，她被一名骑自行车的人撞到，对方向她发出尖叫，明确提到了维尔德斯先生的发言。第三位提交人在法庭上就维尔德斯先生的发言造成的影响作证后，收到了许多威胁性的信息，致使她决定不再出庭作证。鉴于上述情况，委员会认为，提交人是维尔德斯先生言论针对的特定群体的成员，因此属于第二十条第二款旨在保护的人，维尔德斯先生的言论给他们造成了特别后果，包括引发了社会对该群体和作为群体成员的他们个人的歧视性态度。因此，委员会认为，提交人已经为了受理目的充分证明，他们的说法并非只是基于假设。

9.7 委员会注意到缔约国的论点，即《公约》第二十条不是从一项受法院管辖的权力的角度制定的。但委员会认为，由于第二十条第二款规定，“任何鼓吹民族、种族或宗教仇恨的主张，构成煽动歧视、敌视或强暴者，应以法律加以禁止”，因此，该条款可为人们(不论作为个人和群体成员)提供保护，使其免遭这类歧视。该条规定，缔约国必须对其它可强制执行的《公约》权利包括第十九条之下的言论自由原则实行限制，因此该条旨在明确承认对《公约》第二十六条所

¹¹ 见第 35/1978 号来文，*Aumeeruddy-Cziffra 等人诉毛里求斯*，1981 年 4 月 9 日通过的意见，第 9.1 段。

¹² 见 *Andersen 诉丹麦*，第 6.4 段，和第 1879/2009 号来文，*A.W.P. 诉丹麦*，2013 年 11 月 1 日通过的意见，第 6.4 段。

¹³ 见第 359/1989 号来文，*Ballantyne 等人诉加拿大*，1993 年 3 月 31 日通过的意见，第 10.4 段。

¹⁴ 见第 488/1992 号来文，*Toonen 诉澳大利亚*，1994 年 3 月 31 日通过的意见，第 2.5-2.6 段和第 5.1 段。

列歧视的禁止。¹⁵ 委员会认为，第二十条第二款并不仅仅规定缔约国有义务通过禁止这种行为的立法。如果没有诉讼程序和适当的制裁，这种法律就难以发挥作用。因此，遭受了不公正待遇的个人援引第二十条第二款，正是遵循了作为整个《公约》基础的保护理念。¹⁶

9.8 缔约国认为，该来文不属于《公约》的范围，因为根据委员会的判例，个人不能强迫国家对第三方提起刑事诉讼或者施加惩罚。委员会注意到提交人就此提出的意见，即他们认为缺乏有效的起诉。委员会还注意到，提交人说，他们作为受害方，在刑事诉讼中的作用有限，例如，在审查案件实情和实质过程中，他们无法就维尔德斯先生的言论是否构成煽动仇恨、歧视或暴力问题传唤证人、进行参与或提出论点，也无法对法庭的判决提出上诉。在这方面，委员会认为，为了受理目的，提交人已经充分证明他们在第十四条第一款和第二条第三款(与第二十条第二款和第二十六条一并解读)之下的指称。

9.9 关于提交人在《该公约》第十七和二十七条之下的指称，委员会认为，提交人没有提出具体论据支持他们在这些条款之下的指称，这些指称不同于他们在第二十条第(2)款和第二十六条之下的指称。据此，委员会认为，这部分来文没有得到充分证明，并宣布这部分来文根据《任择议定书》第二条不予受理。

9.10 鉴于上述，委员会决定，就来文会引起与第十四条第一款和第二条第三款(与《公约》第二十条第二款和第二十六条一并解读)有关的问题这一点而言，来文可予接受。委员会着手根据案件实质审查这些指称。

对案情实质的审议

10.1 委员会根据《任择议定书》第五条第 1 款的要求，参照各方所提供的所有资料审议了本来文。

10.2 委员会注意到提交人的以下指称，在根据《刑法》第 137 条 d 款(该条款旨在履行缔约国在《公约》第二十条第二款之下的义务)对维尔德斯先生提起的刑事诉讼中，由于他们作为受害方发挥的作用有限以及缺乏有效的起诉，他们的权利没有得到尊重。

10.3 委员会回顾其判例，即第十四条并没有规定个人有权要求对他人进行起诉或惩治。¹⁷ 然而，个人可根据第十四条第一款，请求享有诉讼过程中确定其权利和义务方面受到公正审理的权利。在本案中，提交人关于属于刑事诉讼中受害方的指称具有民事性质，因此，提交人在被告被判有罪情况下在民事赔偿请求方面的权利和义务，应当得到保护。在这方面，委员会注意到，在阿姆斯特丹地区法院，提交人决定行使其权利，根据《刑事诉讼法》第 51 条，作为受害方提出民事权利请求。《公约》并没有要求建立这种机制，但依据国内法，可利用这一机制。委员会还注意到，依据这一程序，提交人的律师被允许就指控所涉事实是否

¹⁵ 见委员会关于意见和言论自由的第 34(2011)号一般性意见，第 51-52 段。

¹⁶ 见第 1570/2007 号来文，Vassilari 等人诉希腊，2009 年 3 月 19 日通过的意见，附录，第 1 段。

¹⁷ 见第 213/1986 号来文，H.C.M.A.诉荷兰，1989 年 3 月 30 日通过的不可受理的决定，第 11.6 段。

表明被告应受惩罚作出陈述，并且被允许表示维尔德斯先生的言论违反了第 137 条 d 款。委员会还注意到，提交人被允许提交文件和出庭作证。因此，委员会认为，委员会面前的事实没有显示提交人在第十四条第一款之下的权利(结合诉讼过程中对其权利和义务的确定)遭到了侵犯。

10.4 关于提交人的这一说法，即由于宣布维尔德斯先生无罪，他们在第二条第三款、第二十条第二款及第二十六条之下的权利遭受损害，委员会指出，第二十条第(2)款通过要求国家以法律禁止某种行为和言论，确保人们不论作为个人还是作为群体成员，在第二十六条之下有权免遭仇恨和歧视。¹⁸ 国家仅须针对第二十条列明的具体类型的言论制定法律禁令。¹⁹ 第二十条第二款的涉及面有限，这是为了确保《公约》其他同样基本的权利，包括第十九条之下的言论自由，不受侵犯。在这方面，委员会提醒注意，言论自由甚至包含可被视为具有严重冒犯性质的言论。²⁰ 另外，公民、候选人和当选代表之间就公共和政治问题自由交流信息和交换意见，对于促进和保护言论自由来说至关重要。²¹ 委员会还提及其判例，即，对不尊重宗教或其他信仰体系的表现加以禁止，包括亵渎治罪法，不符合《公约》，但《公约》第二十条第二款规定的具体情况除外。²² 同样，此种禁令不得用来阻止或惩治对宗教领袖的批评或对宗教教义和信仰原则的评论。²³ 委员会还指出，第十九条与第二十条是互相一致，互为补充的。²⁴ 一项从第二十条的规定来看属于正当的禁令，还必须符合第十九条第(3)款的严格规定。²⁵ 因此，在每一种情况下，第 20 条第二款之下的禁止措施也必须“由法律规定”；这些措施只能出于第十九条第三款(甲)项和(乙)项列明的理由之一加以实行，而且必须符合必要性和相称性的严格标准。²⁶ 委员会指出，第二十条第二款并没有明确规定实行刑罚，而是规定这种“鼓吹……的言论”应“以法律加以禁止”。此种禁令可包括民事和行政处罚以及刑事处罚。

10.5 委员会注意到，提交人没有对缔约国选择在立法上执行第二十条第二款的方式提出异议，而是认为，由于公诉方陈述不力，法庭推理有误，以及无法提出任何上诉，本案中的刑事检控没有起到作用。委员会注意到，缔约国选择通过《刑法》第 137 条 d 款实施第二十条第二款，前者通过刑事检控得到执行。缔约国表示，还可通过《刑事诉讼法》第 51 条之下的刑事诉讼所附的民事诉讼，以及通过《民法》第 6:162 条，寻求个人补救办法。缔约国表示，《刑法》第 137 条 d 款中的“煽动”概念旨在涵盖“鼓动犯下刑事罪或暴力行为的煽动性行为”。委员会注意到缔约国的论点，即第 137 条 d 款规定，只有煽动针对个人

¹⁸ 见委员会第 34 号一般性意见，第 51 段。

¹⁹ 同上，第 52 段。

²⁰ 同上，第 11 段。

²¹ 同上，第 20 段。

²² 同上，第 48 段。

²³ 同上，第 48 段。

²⁴ 同上，第 50 段。

²⁵ 同上，第 48 段。还见第 50 段和 52 段。

²⁶ 同上，第 22 段。

(而非针对宗教信仰)的仇恨或歧视的行为才属于犯罪行为，因为即便是对教派信徒最为坚定的信念的批评，也是受言论自由的保护的。缔约国指出，在仇恨言论这个棘手问题上，每一类事实都有其独特之处，都须由法庭或公正的裁决者视具体情况，并在考虑到特定背景的前提下进行评估。

10.6 委员会注意到，在本案中，有关人员依据缔约国的国内法，得以让阿姆斯特丹上诉法院发出命令，指示公诉人对维尔德斯先生提起诉讼。由于提交人的材料中所述的所有言论，公诉人根据《刑法》第 137 条 c 款，指控维尔德斯先生“因种族或宗教原因对一批人进行侮辱”，并根据第 137 条 d 款，指控他“以宗教或种族为由，煽动仇恨和歧视”。依据《刑事诉讼法》第 51 条(a)款，提交人参与了刑事诉讼之下的民事诉讼，并且被允许提出论点，证明维尔德斯先生的行为违反了第 137 条 d 款。委员会注意到缔约国提出的以下论点：公诉人公正地履行了职责，详细陈述了案件的事实和法律问题；法庭对法律和证据作了独立评估，并在根据适用法律，对维尔德斯先生的所涉言论逐一进行仔细评估之后，作出了判决。

10.7 缔约国选择建立一个立法框架，据以依据刑法对《公约》第二十条第二款述及的言论予以禁止，该框架允许受害者提起并参与诉讼。在本案中，提起了此种诉讼，审判庭作出了详细判决，这个判决根据适用法，评估了维尔德斯先生的言论。因此，委员会认为，从论点和案情来看，缔约国已经采取了必要和相称的措施，“禁止”违反第二十条第二款的言论，并确保提交人有权寻求有效补救，以便保护提交人，使其免遭此种言论造成的不利影响。但是，第二十条第二款之下的义务，并不连带意味着缔约国有义务确保被控煽动歧视、敌视或暴力的人一律由一个独立和公正的法庭定罪。²⁷ 所以，委员会无法得出结论认为，缔约国违反了第二条第三款(与《公约》第二十六条和第二十条第二款一并解读)。

11. 委员会根据《任择议定书》第五条第 4 款行事，认为现有事实并不显示存在《公约》任何条款遭到违反的情况。

²⁷ 见 Vassilari 诉希腊，第 7.2 段。

Annex I

Individual opinion of Committee member Dheerujall 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 complaint 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

Opini3n disidente del miembro del Comit3 Fabi3n Omar Salvioli

1. El dictamen del Comit3 en la comunicaci3n 2124/2011 *Rabbae vs. Pa3es Bajos* es pertinente y adecuado en el an3lisis de la admisibilidad, con el que estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo, no puedo compartir la valoraci3n ni las conclusiones de la mayor3a del Comit3 sobre el fondo del asunto. Me refiero a ambas cuestiones en los p3rrafos que siguen.
2. El Comit3 acierta al rechazar la excepci3n 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 v3a prevista en el art3culo 6:162 del C3digo Civil. Dicho recurso no es el pertinente para remediar la violaci3n alegada, y el Comit3 – de haber seguido la posici3n del Estado – habr3a generado un precedente penoso y una exigencia in3dita para el acceso al plano internacional.
3. Tambi3n estoy de acuerdo con lo expresado en los p3rrafos 9.5 y 9.6 del dictamen, en lo relativo a la condici3n de presunta v3ctima que debe acreditarse a los efectos de presentar un caso ante el Comit3. Si en el presente caso el Comit3 hubiese negado la admisibilidad por no reconocer el status de posible v3ctima a los autores, se le quitar3a el debido efecto jur3dico al art3culo 20 del Pacto, resultando consecuentemente una tutela m3s d3bil, o directamente nula, de dicha disposici3n.
4. Todos los derechos contenidos en el Pacto poseen una dimensi3n de respeto y otra de garant3a; en este sentido, toda persona tiene derecho – conforme al art3culo 20.2 – a que se le proteja debidamente contra la apolog3a del odio nacional, racial o religioso, cuando dicha apolog3a est3 dirigida a un colectivo del cual forma parte. Por ello los autores de la presente comunicaci3n no incurrir3n en *actio popularis*, y los discursos bajo an3lisis no se dirigen en contra de la sociedad en general sino respecto de un colectivo espec3fico; la naturaleza del art3culo 20 es, en dicho sentido, similar a la que posee el art3culo 27 del Pacto.
5. El modo de protecci3n a brindar a las personas p3rtenecientes a dichos colectivos lo elige el Estado, ya que el art3culo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Pol3ticos no impone una forma determinada; en este caso, los Pa3es Bajos optaron por sancionar la apolog3a del odio a trav3s de la v3a criminal, tipific3ndola como delito en el art3culo 137.d del C3digo Penal.
6. En el caso que nos ocupa, la insuficiente valoraci3n conjunta de las declaraciones y hechos que fueron objeto de la querella, ha llevado al Tribunal local a emitir una decisi3n que dej3a a los autores sin la protecci3n debida frente a la apolog3a del odio.
7. En efecto: si bien es cierto que la libertad de expresi3n engloba incluso declaraciones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aqu3 se ha superado dicho umbral. Dichas expresiones, entendiendo como tales no solamente las declaraciones p3blicas sino tambi3n el contenido de la pel3cula *Fitna*, en su conjunto constituyen apolog3a del odio, que debi3a ser sancionada para garantizar debidamente los derechos de los autores de la presente comunicaci3n. A mi entender los autores contaron con un recurso que es eficaz en teor3a pero que en la pr3ctica no result3 efectivo.
8. Comparto el criterio del Comit3 respecto de que el Pacto no obliga a que toda persona acusada de apolog3a del odio sea condenada penalmente, porque una acusaci3n puede recaer sobre personas que resulten inocentes o culpables. Sin embargo, en caso de que efectivamente se haya incurrido en apolog3a del odio la garant3a 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, reaccionando 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) p. ár. 20; Suecia (2009), p. ár. 19; y Armenia (2012) p. ár. 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.
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,

^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").

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 (Inadmissibility 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

Opini3n parcialmente disidente de V3ctor Manuel Rodr3guez Rescia

1. La presente opini3n coincide con la decisi3n de admisibilidad del Comit3 de Derechos Humanos, pero difiere de la decisi3n de fondo, como se desarrollar3 m3s adelante. En relaci3n con la admisibilidad, es digno de destacar el avance realizado por el Comit3 para admitir el estudio del caso en el marco de una supuesta violaci3n relacionada con el art3culo 20.2 (la prohibici3n por ley de la apolog3a del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaci3n a la discriminaci3n, la hostilidad o la violencia), en conjunci3n con otros art3culos del Pacto (Art3culos 14. 1; 2.3 y 26), y que el Comit3 considerara que el art3culo 20.2 es un derecho justiciable que ofrece protecci3n a personas individualmente y como miembros de grupos contra ese tipo de discriminaci3n. De igual importancia resulta la declaraci3n del Comit3 de que “el art3culo 20.2, no se limita a imponer una obligaci3n formal a los Estados partes para que aprueben leyes que proh3ban la discriminaci3n, pues una ley de ese tipo no tendr3 efecto alguno sin procedimientos de denuncia y sanciones apropiadas”. Tambi3n es destacable que el Comit3 haya considerado que la v3a m3s adecuada para la determinaci3n del cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del 20.2 del Pacto sea la v3a penal en el caso concreto (art3culo 137.d. del C3digo Penal), que fue por la que optaron los autores.

2. En relaci3n con el fondo del caso, los autores basaron su reclamaci3n en una supuesta falta de una acci3n penal eficaz y el papel limitado que les correspondi3, 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 supon3an una incitaci3n al odio, la discriminaci3n o la violencia; ni recurrir la sentencia del tribunal”. Al respecto considero importante desentra3ar los alcances que en mi interpretaci3n corresponden al art3culo 20.2 del Pacto, y esto me ayudar3 a definir si existe o no una violaci3n a alguno de los derechos contemplados en el art3culo 14 del mismo.

3. El art3culo 20.2 del Pacto no puede ser interpretado como una norma aislada. Si bien impone una obligaci3n dirigida al Estado para que proh3ba por ley la apolog3a del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaci3n a la discriminaci3n, la hostilidad o la violencia, tal obligaci3n no es m3s que una manifestaci3n espec3fica de la obligaci3n de garantizar los derechos de las personas que se encuentra contemplado en el art3culo 2.1 del Pacto. Tampoco se puede olvidar que la finalidad esencial de la garant3a de los derechos, como lo contempla el art3culo 2.2. del Pacto, es la efectividad de los mismos. Consecuentemente con ello, el art3culo 20.2 no contempla un derecho a la no existencia del discurso discriminatorio, hostil o violento, pero s3 contempla un derecho a que no se incite la discriminaci3n, hostilidad o violencia y ese derecho debe ser efectivo, y para ello, garantizado con medidas legislativas “o de otro car3cter”.

4. Cuando el Pacto dispone medidas de otro car3cter como una generalizaci3n de las medidas de garant3a que se pueden adoptar, est3 buscando que se prevenga el discurso que haga aquella incitaci3n. Entonces, lo que las autoridades judiciales deb3an analizar era si el discurso del se3or Wilders incita discriminaci3n, hostilidad o violencia. Deseo hacer hincapi3 en el hecho que no se trata de comprobar la efectiva producci3n de actos discriminatorios, hostiles o violentos, pues la prohibici3n del Pacto es que simplemente los incite.

5. La incitaci3n es contextual. Si bien la libertad de expresi3n es piedra angular de la sociedad democr3tica, y se debe garantizar el m3s amplio flujo de informaci3n y opiniones, no se debe perder de vista que ese flujo est3 pensado para sostener una sociedad democr3tica, por tanto, diversa, con mayor3s y menor3s. Es claro que en el 3mbito pol3tico la libertad de expresi3n es amplia, precisamente para poder transmitir ideas y generar convicci3n y seguidores. Pero esa libertad de expresi3n tiene un l3mite establecido por el Pacto. Cuando se ejerce un liderazgo pol3tico la libertad de expresi3n 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 deberá 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 incommensurables 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 relatives 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

^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.

acte de discrimination raciale ou, en l'espèce, un propos tombant sous le coup du paragraphe 2 de l'article 20^g.

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 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 utiles, 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

^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 discrimination 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 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. »

donc la restrictionⁱ, soit à constater une violation de l'article 19 si cette restriction ne lui 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

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 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'arrêt 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'une 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 disproportionnée 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.

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 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 réduisent 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 réduction 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 incontestable 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

^m Constatations, par. 3.1., b).

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).

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.

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'acquiescement 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'acquiescement 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 guerres. Pas à pas, interventions après interventions, les démagogues et les populistes repoussent les bornes

^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 d'édicteux. » (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 des discours racistes 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.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/21/faut-il-incriminer-les-discours-de-haine-le-cas-francais/>.

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 désacinée, 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.
