



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Совет на Европа/Европски суд за човекови права, 2016. Овој превод е направен со поддршка на Специјалниот фонд за човекови права на Советот на Европа (www.coe.int/humanrightstrustfund). Тој не го обврзува Судот. За дополнителни информации погледнете ја целосната информација во врска со авторско право на крајот од овој документ.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2016. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2016. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

ГОЛЕМИОТ СУДСКИ СОВЕТ

СЛУЧАЈОТ НА ПЕРИНЧЕК против ШВАЈЦАРИЈА

(Жалба бр. 27510/08)

ПРЕСУДА
[Извадоци]

СТРАЗБУР

15 октомври 2015 год.

Оваа пресуда е конечна, но може да подложи на уредничка ревизија.

ПРЕСУДА ВО СЛУЧАЈОТ НА ПЕРИНЧЕК против ШВАЈЦАРИЈА

ПОСТАПКА	4
ФАКТИ	7
I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ	7
А. Жалителот	7
Б. Изјавите што се предмет на случајот	8
В. Кривичните постапки против жалителот во врска со овие изјави	9
Г. Кривичните постапки против жалителот во 2008 година во Турција	28
Д. Други материјали поднесени од учесниците во постапките	28
ПРАВОТО	29
I. ОПСЕГОТ НА СЛУЧАЈОТ	29
II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 17 ОД КОНВЕНЦИЈАТА	29
А. Пресудата на Судскиот совет	30
Б. Поднесоци пред Големиот судски совет	30
1. Странките	30
2. Третите странки	30
В. Оценка на Судот	32
III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 10 ОД КОНВЕНЦИЈАТА	33
А. Членот 16 од Конвенцијата	33
Б. Опредување согласно членот 10 § 2 од Конвенцијата	34
1. Законитоста на мешањето	35
(а) Пресудата на Судскиот совет	35
(б) Поднесоци пред Големиот судски совет	35
(i) Странките	35
(ii) Третите странки	36
(в) Оценка на Судот	37
(i) Општи принципи	37
(ii) Примена на горенаведените принципи во актуелниот случај	39
2. Легитимна цел	40
(а) Пресудата на Судскиот совет	40
(б) Поднесоци пред Големиот судски совет	40
(i) Странките	40
(ii) Третите странки	41
(в) Оценката на Судот	41
(i) „Спречување на неред“	41
(ii) „Заштитата на ... правата на другите“	44
3. Неопходноста од мешање во едно демократско општество	45
(а) Пресудата на Судскиот совет	45
(б) Поднесоци пред Големиот судски совет	45

PERİNÇEK v. SWITZERLAND JUDGMENT

(i) Странките.....	45
(а) Жалителот.....	45
(β) Швајцарската Влада	48
(ii) Третите странки	51
(α) Турската Влада.....	51
(β) Ерменската Влада	53
(γ) Француската влада.....	54
(δ) Швајцарско-ерменското здружение.....	55
(ε) Федерацијата на турски здруженија од делот на Швајцарија во кој се зборува француски.....	55
(ζ) ЦЦАФ.....	56
(η) Турското здружение за човековите права, Центарот за вистина правда секавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права.....	57
(θ) ФИДХ.....	58
(ι) ЛИЦРА.....	59
(κ) Центарот за меѓународна заштита	59
(λ) Група на француски и белгиски академици	60
(в) Оценка на Судот	61
(i) Општи принципи	61
(α) За примената на условот од членот 10 § 2 од Конвенцијата мешањето да е „неопходно во едно демократско општество“.....	61
(β) За балансирањето на членот 10 и членот 8 од Конвенцијата	62
(ii) Релевантната судска пракса на Судот.....	63
(α) Идентитетот на групата и угледот на предците	63
(β) Повици на насилство и „говор на омраза“	64
(γ) Негирање на Холокаустот и на други изјави во врска со нацистички злосторства	66
(δ) Историски дебати.....	68
(ε) Случаи против Турција во врска со изјавите за настаните од 1915 година и годините што следеле.....	70
(iii) Примена на горенаведените принципи и судска пракса во актуелниот случај.....	72
(α) Природата на изјавите на жалителот.....	73
(β) Контекстот на мешањето	78
Географски и историски фактори	78
Факторот време	81
(γ) Опсегот во кој изјавите на жалителот влијаат на правата на припадниците на ерменската заедница.....	81
(δ) Постоењето или отсуството на консензус меѓу Високите страни договорнички	83
(ε) Дали мешањето може да се смета како услов согласно обврските на Швајцарија од меѓународното право?	84
(ζ) Метод применет од швајцарските судови за да се оправда осудувањето на жалителот.....	88
(η) Сериозноста на мешањето	89

ПРЕСУДА ВО СЛУЧАЈОТ НА ПЕРИНЧЕК против ШВАЈЦАРИЈА

(θ) Балансирање на правото на жалителот на слобода на изразување наспроти правото на Ерменците на почитување на нивниот приватен живот	89
--	----

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ	91
------------------------------	----

Во случајот на Перинчек против Швајцарија,

Европскиот суд за човекови права, кој заседаваше во рамките на Големиот судски совет во состав:

Дин Шпилман (Dean Spielmann), *претседател*,
Хосеп Касадевал (Josep Casadevall),
Марк Вилигер (Mark Villiger),
Изабел Беро (Isabelle Berro),
Ишил Каракаш (İşıl Karakaş),
Јан Шикута (Ján Šikuta)
Паиви Хирвела (Päivi Hirvelä),
Винсент А. де Гаetano (Vincent A. de Gaetano),
Ангелика Нусбергер (Angelika Nußberger),
Линос-Александер Сицилианос (Linos-Alexandre Sicilianos),
Хелен Келер (Helen Keller),
Андре Потоцки (André Potocki),
Хелена Јадерблом (Helena Jäderblom),
Алеш Пејчал (Aleš Pejchal),
Јоханес Силфис (Johannes Silvis),
Фарис Вахабиќ (Faris Vehabović),
Егидијус Курис (Egidijus Kūris), *судии*,

и Јохан Калеваерт (Johan Callewaert), *заменик секретар на Големиот судски совет*,

Откако го разгледа случајот на затворени седници на 28 јануари. и 9 јули 2015 год.,

Ја донесе следнава пресуда, којашто беше усвоена на последно-споменатиот датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот потекнува од жалба (бр. 27510/08) против Швајцарската Конфедерација поднесена до Судот согласно членот 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“) од страна на турскиот државјанин, г-нот Догу Перинчек („жалителот“) на 10 јуни 2008 година.

2. Жалителот тврдел, конкретно, дека тоа што бил кривично осуден и казнет во Швајцарија заради изјави јавно дадени таму во 2005 година претставувало повреда на неговото право на изразување и неговото право да не биде казнет без законски основ.

3. Жалбата ѝ била доделена на Втората секција на Судот (правилото 52 § 1 од Деловникот на Судот). На 12 мај 2013 г. Судскиот совет составен од следниве судии: Гвидо Раимонди (Guido Raimondi), претседател, Пиер Лоренцен (Peer Lorenzen), Драгољуб Поповиќ

(Dragoljub Popović), Андраш Шају (András Sajó), Небојша Вучиниќ (Nebojša Vučinić), Пауло Пинто де Албукерки (Paulo Pinto de Albuquerque), и Хелен Келер (Helen Keller), како и Стенли Нојсмит (Stanley Naismith), секретар на Секцијата ја прогласиле жалбата за делумно допуштена и делумно недопуштена, одлучиле дека имало повреда на членот 10 од Конвенцијата, и одлучиле дека не било потребно да ја испита посебно допуштеноста или основаноста на жалбата на жалителот во однос на членот 7 од Конвенцијата. Мислење на согласување на судиите Раимонди и Шају и мислење на делумно несогласување на судиите Вичиниќ и Пинто де Албукерки биле приложени кон пресудата на Судскиот совет, усвоена на 17 декември 2013 година.

4. На 17 март 2014 година Владата побара, во согласност со членот 43 од Конвенцијата, случајот да биде упатен на Големиот судски совет. Панелот на Големиот судски совет го прифати ова барање на 2 јуни 2014 г.

5. Составот на Големиот судски совет беше утврден согласно одредбите од членот 26 §§ 4 и 5 од Конвенцијата и правилото 24 од Деловникот на Судот. На 15 октомври 2014 година ерменската Влада, на која ѝ било дозволено да интервенира (види параграф 7 долу), побарала судијата Келер да се повлече од случајот, посочувајќи го како причина фактот дека била дел од Судскиот совет кој го разгледувал случајот претходно. На 16 октомври 2014 година судијата Келер одбила да го стори тоа. На 22 декември 2014 година ерменската Влада побарала од претседателот на Големиот судски совет да ја отстрани судијата Келер од случајот, повторно посочувајќи го како причина фактот дека била дел од Судскиот совет кој го разгледувал случајот претходно. На 7 јануари 2015 година, земајќи ги во предвид условите од членот 26 §§ 4 и 5 од Конвенцијата и Правилото 24 § 2 (д) од Деловникот на Судот, претседателот го одбил таквото барање. На 28 мај 2015 година судијата Силфис, замена, ја заменил судијата Лазарова Трајковска, која не можела да учествува во понатамошното разгледување на случајот (правило 24 § 3 од Деловникот на Судот).

6. На 3 јуни 2014 година швајцарската Влада побара Големиот судски совет или да не одржи претрес за случајот или да го одржи *in camera* (член 40 § 1 од Конвенцијата и правило 63 §§ 1 и 2 од Деловникот на Судот). На 10 јуни 2014 година Судот одлучи, согласно правилото 71 § 2 разгледано во врска со Правилото 59 § 3 од Деловникот на Судот да го одбие барањето на швајцарската Влада претресот да не се одржи. На 15 јануари 2015 година Судот го отфрли и нивното барање претресот да се одржи *in camera*.

7. И жалителот и швајцарската Влада поднесоа сопствените забелешки на писмено (правила 59 § 1 и 71 § 1 од Деловникот на Судот). Исто така беа добиени коментари од трета странка од турската

Влада, која го искористи своето право да интервенира во случајот (член 36 § 1 од Конвенцијата и правилото 44 § 1 (б) од Деловникот на Судот). Коментари од третата странка исто беа добиени и од ерменската и француската влада, на кои им било дозволено да интервенираат на писмено (член 36 § 2 од Конвенцијата и правилото 44 § 3 од Деловникот на Судот), како и од следниве невладини организации и лица на кои исто така им било дозволено да интервенираат: (а) Швајцарско-ерменското здружение; (б) Федерацијата на турски здруженија во делот од Швајцарија каде се зборува француски; (в) Координативниот совет на ерменските организации во Франција („ЦЦАФ“); (г) Турското здружение за човековите права, Центарот за вистина правда сеќавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права; (д) Меѓународната федерација за човекови права („ФИДХ“); (ѓ) Меѓународната лига против расизам и антисемитизам („ЛИЦРА“); (е) Центарот за меѓународна заштита; и (ж) група француски и белгиски професори. Странките одговорија на овие коментари во текот на нивните усни изјаснувања на претресот (правило 44 § 6 од Деловникот на Судот).

8. На ерменската Влада дополнително ѝ било дозволено да земе учество во претресот (член 36 § 2 од Конвенцијата и правило 44 § 3 од Деловникот на Судот).

9. Претресот беше јавен и се одржа во Зградата на човековите права во Стразбур на 28 јануари 2015 година (правила 59 § 3 и 71 § 2 од Деловникот на Судот).

Пред Судот се појавија:

(а) *за швајцарската Влада, тужената страна*

Г-дин Ф. Шурман (F. SCHÜRMANN), раководител на Меѓународниот сектор за заштита човековите права, Сојузното правосудно биро, Сојузно министерство за полиција и правда, *агент,*

Проф. Д. Турер (D. THÜRER), професор во пензија, Универзитетот во Цирих, *адвокат,*

Г-дин Ц. Линденман (J. LINDENMANN), заменик директор, Јавна управа за меѓународно право, Сојузно министерство за надворешни работи,

Г-дин А. Шаидегер (A. SCHEIDEGGER), заменик раководител на Меѓународната единица за заштита на човековите права, Сојузното правосудно биро, Сојузно министерство за полиција и правда,

Г-ѓа К. Ерих (C. ENRICH), правник, Меѓународниот сектор за заштита човековите права, Сојузното правосудно биро, Сојузно министерство за полиција и правда, *советници;*

(б) *за жалителот*

Г-дин М. Ченгиз (M. CENGİZ), адвокат,
Проф. Л. Печ (L. PECH), професор по европско право,
Универзитетот во Мидлсекс, *адвокат;*

(в) *за турската Влада, трета странка*

Г-дин Е. Ишкан (E. İŞCAN), амбасадор, постојан
претставник на Турција во Советот на Европа, *агент,*
Проф. С. Талмон (S. TALMON), професор по право,
Универзитетот во Бон, *адвокат,*
Г-дин А.М. ОЗМЕН (A.M. ÖZMEN), правен советник,
Министерство за надворешни работи,
Г-а Х.Е. Демирчан (H.E. DEMİRCAN), раководител на Сектор,
Министерство за надворешни работи,
Г-а М. Јилмаз (M. YILMAZ), советник, Постојана
канцеларија на Турција во Советот на Европа, *советници;*

(г) *за ерменската Влада, трета странка*

Г-дин Г. Костанјан (G. KOSTANYAN), главен обвинител, *агент,*
Г-дин А. Татојан (A. TATOYAN), заменик министер за правда, *Заменик агент,*
Г-дин Г. Робертсон (G. ROBERTSON QC) кралски адвокат,
Г-а А. Клуни (A. CLOONEY), адвокат, *адвокат,*
Г-дин Е. Бабаја (E. BABAYAN), заменик главен обвинител,
Г-дин Т. Колис (T. COLLIS), *советници.*

И жалителот беше исто така присутен. Судот ги сослуша обраќањата на жалителот, г-динот Ченгиз, проф. Печ, г-дин Шурман, проф. Турер, проф. Талмон, г-дин Костанјан, г-дин Робертсон, кралски адвокат и г-а Клуни.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

A. Жалителот

10. Жалителот е роден во 1942 година и живее во Анкара.

11. Тој е доктор по правни науки и претседател на Турската Работничка Партија

Б. Изјавите што се предмет на случајот

12. Во 2005 година жалителот учествувал на три јавни настани во Швајцарија.

13. Првиот бил прес конференција одржана во *Шато Д'Уши* во Лозана (Кантонот Во) на 7 мај 2005 година. Во текот на таа прес конференција тој ја дал следнава изјава на турски јазик:

„Дозволете ми да ѝ пренесам на европската јавност мислење од Берн и Лозана: тврдењата за „ерменскиот геноцид“ се меѓународна лага. Дали една меѓународна лага може да постои? Да, во еден период Хитлер бил господар на таквите лаги; сега тоа се империјалистите од САД и ЕУ! Документи, не само од турски туку и од руски архиви, ги побиваат овие меѓународни лажговци. Документите покажуваат дека империјалистите од запад и од царска Русија биле одговорни за состојбата која вриела меѓу муслиманите и Ерменците. Големите сили, кои сакале да го поделат Османлиското Царство, испровоцирале дел од Ерменците, со кои живееле во мир со векови и ги поттикнале на насилство. Турците и Курдите ја бранеле татковината од овие напади. Не смее да се заборава дека Хитлер ги користел истите методи – односно, експлоатација на етнички групи и заедници – за да ги подели земјите за сопствените империјалистички планови, при што народите се убивале едни со други. Лагата за „ерменскиот геноцид“ за првпат била измислена во 1915 година од империјалистите на Англија, Франција и Царска Русија, кои сакале да го поделат Османлиското Царство за време на Првата Светска Војна. Како што подоцна признал Чемберлен, се работело за воена пропаганда. ... САД го окупира и подели Ирак со Заливските Војни меѓу 1991 и 2003 година, и креираа марионетска држава на север. Потоа ги приклучија нафтените полиња на Киркук кон оваа држава. Денеска од Турција се бара да биде чуварот на оваа марионетска држава. Ние сме соочени со империјалистичко опкружување. Лагите за ‘ерменскиот геноцид’ и притисокот поврзан со Егејското Море и Кипар се меѓусебно поврзани и креирани за не поделат и држат како заложници. ... Фактот дека последователно се носат одлуки кои дури ја нарекуваат нашата ослободителна војна ‘злосторство против човештвото’ покажува дека САД и ЕУ го вклучија ерменското прашање во нивните стратегии за Азија и Блискиот Исток. За нивната кампања на лаги за ‘ерменскиот геноцид’, САД и ЕУ манипулираат со луѓе кои имаат турски лични карти. Особено, има одредени историчари кои се поткупени и новинари кои се платени од американските и германските тајни служби и се носат од една до друга конференција. ... Не им верувајте на лагите во стилот на Хитлер, како оваа за ‘ерменскиот геноцид’. Барајте ја вистината како Галилеј, и борете се за неа.“

14. Вториот настан била конференција одржана во Хотелот Хилтон во Опфikon (Кантонот на Цирих) на 22 јули 2005 година со која се одбележувало потпишувањето на Договорот од Лозана во 1923 година (Мировниот договор потпишан во Лозана на 24 јули 1923 година меѓу Британската Империја, Франција, Италија, Јапонија, Грција, Романија и Државата на Србите, Хрватите и Словенците, од една страна и Турција од друга страна, 28 Договор на Друштвото на народите Серија 11). Во текот на таа конференција, жалителот се обратил прво на турски, а потоа на германски јазик и го кажал следново:

„Курдскиот проблем и ерменскиот проблем затоа, пред сè, не беа проблем и над се дури и не постоеја ...“

15. После тоа, жалителот поделил копии од трактат што тој го напишал насловен “Големите сили и ерменското прашање“, во кој тој отфрлил дека настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале геноцид.

16. Третиот настан бил митинг на Турската Работничка Партија одржан во Кониц (Кантонот на Берн) на 18 септември 2005 година. За време на митингот, жалителот ја дал следнава изјава на германски јазик:

„... дури и Ленин, Сталин и други водачи на Советската револуција пишувале за ерменското прашање. Тие во своите извештаи рекле дека не бил извршен никаков геноцид врз ерменското население од страна на турските власти. Оваа изјава во тоа време не била дадена заради пропагандни цели. Во тајни извештаи советските водачи рекле – ова е многу важно – и советските архиви потврдуваат дека во тоа време имало појави на етнички конфликт, колеж и масакри меѓу Ерменците и муслиманите.

Но Турција била на страната на оние што си ја бранеле татковината, а Ерменците биле на страната на империјалистичките сили и нивните инструменти ... и ние ги повикуваме Берн, швајцарскиот Национален совет и сите партии во Швајцарија: Ве молиме заинтересирајте се за вистината и овие предрасуди нека станат дел од минатото. Тоа е мојата забелешка, а јас го имам прочитано секој напис за ерменското прашање, и тоа се чисто предрасуди. Ве молиме заборавете на овие предрасуди и придружете му се на (??), она што тој рекол за овие предрасуди, а тоа е вистината, немало геноцид врз Ерменците во 1915 година. Се работело за битка меѓу народи и ние имавме исто така многу жртви ... руските офицери во тоа време биле многу разочарани, бидејќи ерменските трупи извршиле масакри врз Турците и муслиманите. Овие вистини биле искажани од руски командант ...“

В. Кривичните постапки против жалителот во врска со овие изјави

17. На 15 јули 2005 година Швајцарско-ерменското здружение поднело кривична претставка против жалителот заради првата од гореспоменатите изјави. Истрагата била потоа проширена и ги опфатила и другите две усни изјави. На 23 јули 2005 година жалителот

бил интервјуиран од јавниот обвинител во врска со изјавата која ја дал во Хотелот Хилтон во Опфикон. На 20 септември 2005 година тој бил интервјуиран од кантонален истражен судија во Кантонот на Во.

18. На 27 април 2006 година сметајќи дека трите изјави дадени од жалителот потпаѓале под опсегот на Членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик (види параграф 32 долу), надлежниот кантонален истражен судија за Кантонот на Во одлучил да го даде жалителот на суд.

19. Судието се одржало пред Окружниот Полициски Суд на Лозана на 6 и 8 март 2007 година.

20. На 6 март 2007 година судот го сослушал жалителот, јавниот обвинител и Швајцарско-ерменското здружение, кое се сметало за граѓанска странка. Судот потоа сослушал шест лица по професија историчари – еден Американец, тројца Французи, еден Германец и еден Британец и еден социолог кои биле повикани од странките да сведочи.

21. На 8 март 2007 година адвокатот на жалителот побарал од судот да собере дополнителни докази во врска со настаните во 1915 година и годините што следеле. Судот го одбил барањето и одлучил дека тоа ќе одземело многу време и ќе довело до одлагање на постапките. А што е уште поважно, немало потреба од дополнителни сведочења по оваа точка, со оглед дека овие настани биле анализирани од „стотици историчари со децении“ и биле „предмет на безброј публикации“. Судот веќе чул такви сведочења од историчарите што биле повикани од жалителот и граѓанската странка, кои тие ги сметале за најкомпетентни во врска со оваа тема. Затоа би било излишно да се изнесуваат дополнителни докази во врска со тоа.

22. На 9 март 2007 година Окружниот полициски суд на Лозана го прогласил жалителот за виновен согласно членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик (види параграф 32 долу) и му наложил да плати деведесет дневна глоба од по 100 франци (ЦХФ – 62 евра (ЕУР) во тоа време), суспендирана за две години, глоба од 3.000 швајцарски франци (1.859 евра во тоа време), која можела да биде заменета со триесет дена затвор и износ од 1.000 франци (620 евра во тоа време) како надоместок за нематеријална штета на Швајцарско ерменското здружение. Судот одлучил:

„I. Обвинетиот

Догу Перинчек, роден во Газиантеп, Турција на 17 јуни 1942 година. Тој е турски политичар кој е жител на таа земја. После околу десет месеци поминати во Германија како физички работник меѓу 1962 и 1963 година, студирал право на Универзитетот во Анкара, а во 1968 го одбранил докторатот. Тој е основачот на екстремно левичарско списание. Во 1969 година ја формирал Революционерната Работничко-Селанска Партија на Турција. Догу Перинчек може да се опише како левичарски екстремист и следбеник на Ленин или Мао. Тој поминал неколку години во затвор во осумдесеттите години од минатиот век заради своите политички ставови. Во моментот е генерален претседател на

Турската Работничка Партија која претставува 0,5% од турското избирачко тело. Догу Перинчек се опишува себеси како култивиран човек со многу добро познавање на историјата. Тој течно говори германски јазик.

Во својот личен живот жалителот е оженет и татко на четири деца од кои три се полнолетни. Тој изјави дека заработува околу 3.000,00 швајцарски франци месечно. Дел од приходите му се од тантиеми и пензијата. Исто така и неговата сопруга има приходи. Тој изјави дека неговата финансиска состојба е солидна. Тој никогаш не бил кривично осуден во Швајцарија. Нема да се земат неговите кривични пресуди во Турција затоа што колку што му е познато на Судот тие биле поврзани со политички прекршоци. Исто така може да се забележи дека Европскиот суд за човековите права има донесено одлуки против Турција во две прилики во случаи кои се однесувале на жалителот. Затоа со него ќе се постапува како со лице кое е за првпат обвинето.

II. Фактите и правото

Овој случај сам по себе нема никакви фактички проблеми. За да се поедностават нештата, кон оваа пресуда може да се приложи копијата од налогот за упатување на кантоналенот истражен судија од 27 април 2006 година во кој се посочува дека Догу Перинчек бил упатен на судење во овој суд после акузаторна расправа, а не *in absentia*, како што посочува обвинението.

На 7 мај 2005 година во Лозана, потоа на 18 септември 2005 година во Кониц, БЕ, Догу Перинчек јавно изјавил дека ерменскиот геноцид бил меѓународна лага. Обвинетиот исто така признал дека на 22 јули 2005 година тој изјавил во врска со ерменскиот геноцид дека проблемот на Ерменците како и тој на Курдите никогаш не бил проблем и дека (геноцидот) никогаш не постоел (параграф 2 од налогот за упатување).

Не постои спор во однос на фактите со оглед дека Догу Перинчек признава дека го негирал ерменскиот геноцид. Затоа тој потпаѓал под опсегот на членот 261 *bis* од Кривичниот законик согласно кој бил обвинет. Догу Перинчек признава дека се случиле масакри, но ги оправдува во име на законите на војната и тврди дека масакри подеднакво биле извршени и од ерменската страна и од турската. Тој исто така признава дека турското Османлиското Царство преселило илјадници Ерменци од границите со Русија кон деловите што сега се во Сирија и Ирак, но во целост ја негира геноцидната природа на ваквите депортирања. Тој тврди дека повеќето од тие депортации биле заради безбедносни причини. Тој дури тврди дека османлиските трупи дејствувале во заштита на Ерменците во конфликтот меѓу Османлиското Царство и Русија. Исто така тој често јавно изјавувал дека Ерменците, барем некои од нив, биле предавници бидејќи биле во сојуз со Русите, а против војската на Царството. Обвинетиот добил различни степени на поддршка за неговите мислења од историчарите кои тој ги повикал да сведочат во судот. Историчарите повикани од граѓанската странка во целост не се согласувале со него. Во овој контекст, треба да се забележи дека како одговор на коментарите на Догу Перинчек, Швајцарско-ерменското здружение поднело претставка против него на 15 јули 2005 година. Тврдењата на граѓанската странка на здружението ќе бидат разгледани подоцна.

Како и странките, и Судот признава дека негирањето на постоењето на масакр како таков, колку и да е од големи размери, само по себе не е опфатено со членот 261 *bis* од Кривичниот законик. Како што законот јасно изнесува, мора да се работи за геноцид согласно дефиницијата, на пример на, Меѓународната конвенција од 9 декември 1948 година за спречување и казнување на

злосторствата на геноцид и членот 6 од Римскиот статут. Во своите поднесоци, одбраната тврдеше дека кога бил изготвен членот 261 *bis* од Кривичниот законик, Парламентот го имал во предвид само геноцидот на евреите во Втората светска војна. Одбраната исто така тврдеше дека за да се има право на заштита на членот 261 *bis*, геноцидот мора неопходно да биде признат како таков од меѓународен суд на правдата. Таа нагласила дека ерменскиот геноцид не бил универзално признат, особено не од Турција, и дека одредени историчари ги делеле ставовите на Догу Перинчек. Тој заклучил дека со оглед дека состојбата била нејасна, и второ и над сè дека како геноцид на Ерменците не бил признат од меѓународен суд на правдата, негирањето на ерменскиот геноцид од страна на Догу Перинчек не можело да потпадне во опсегот на членот 261 *bis* од Кривичниот законик. Тие изнеле пред Судот дека тој не можел да се смета за историчар и во таа смисла дека поднел барање за привремена одлука за време на претресот за Судот да формира неутрална комисија на историчари да истражат дали масакрите од 1915-17 претставуваат или не геноцид.

Граѓанската странка и обвинителството тврдат дека е доволен и неопходен услов дека геноцидот на е широко признат и дека Судот е тој што треба формално да го прифати ова меѓународно признание. Не мора да се трансформира во самоук историчар. Судовите одлучуваат врз основа на фактите и правото. Граѓанската странка и обвинителството сметаат дека ерменскиот геноцид е добро познат факт, без разлика дали бил признат од меѓународен суд на правдата. Спротивставените странки барем се согласуваат во однос на една работа, имено дека не е место на Судот да ја пишува историјата. Судот го дели истото мислење како и сите странки. Затоа нема да има никакви дупки во пресудата доколку не упати на гледиштата на историчарите кои сведочеле пред судот или на доказите изведени од граѓанската странка или одбраната.

Затоа првото прашање кое треба да биде поставено е дали геноцидите признати со швајцарското кривично право се ограничени на оние што се признати од меѓународниот суд на правдата. Судот има неколку средства на располагање за да одговори на ова прашање. Од позиција на буквално толкување, членот 261 *bis* од Кривичниот законик упатува само на геноцид. На пример не упатува на 'геноцид признат од меѓународен суд на правдата'. Ниту пак го прецизира 'геноцидот на евреите, а го исклучува геноцидот на Ерменците'. Дали е ова пропуст на Парламентот?

Историското толкување кое исто така му е достапно на Судот го дава одговорот. Според Службениот весник на Националниот совет, законодавецот упатувал експлицитно на Конвенцијата за спречување и казнување на злосторствата на геноцид од 9 декември 1948 и го навел, по пат на пример, геноцидот на Курдите и Ерменците (BO/CN [Official Gazette/National Council] 1993, p. 1076). Од историска позиција затоа може да се заклучи дека Парламентот го зел ерменскиот геноцид како пример кога го подготвувал членот 261 *bis* од Кривичниот законик (Извештајот на Комби). Затоа мора да се признае дека законодавецот не го имал на ум само геноцидот на евреите кога го изготвувал членот 261 *bis*.

Упатувајќи експлицитно на Ерменците и Курдите, Парламентот исто така сакал да покаже дека не било неопходно за геноцидот да биде признат од меѓународен суд на правдата. Како што беше забележано постоело експлицитно упатување на Конвенцијата против геноцид од 9 декември 1948 година. Правни теоретичари го поддржуваат ова гледиште. На пример, според Корбоз (Bernard Corboz, *Les infractions en droit Suisse*, vol. II, p. 304) геноцидот мора да се утврди. Од оваа изјава може да се заклучи дека е неопходно и доволно за геноцидот да

биде признат, без неопходно да бил признат од страна на меѓународен суд или некое друго супра-национално тело за кое постои веројатност да е обврзувачка за судовите (пример за ова може да е комисија на историчари со меѓународно призната експертиза). Според Трексел (Stefan Trechsel, *Kurzkomentar*, ad Article 261 bis no. 35) во контекст на негирањето на геноцид, германската правна теорија отворено ја признава 'Аушвиц лагата', но негирањето на друг геноцид исто така е опфатено со членот 261 bis од Кривичниот законик.

Во својата теза, Александар Гујаз дошол до истиот заклучок (Alexandre Guyaz, *L'incrimination de la discrimination raciale*, теза, Lausanne, 1996 p. 300). Следниов извадок може да се цитира:

‘Кривичниот закон овде отелотворува поширок пристап кон ревизионизмот, бидејќи членот 261 bis § 4 не е ограничен на негирање на кривични дела против човештвото извршени од Националсоцијалистичкиот режим. Овој широк опсег бил ограничен недвосмислено од Националниот совет, што на второто читање го изменил францускиот текст преку замена на терминот ‘геноцидот’ со ‘геноцид’, со што алудирале на сите геноциди кои за жал можеби се случил’.

Затоа е неопходно и доволно за геноцид да се има случено. Но овој геноцид мора да е познат и признат: Корбоз упатува на утврден геноцид (Corboz, op. cit.).

Каква е тогаш со состојбата во нашата земја?

Што се однесува до Швајцарија, Судот забележува дека Националниот совет одобрил необврзувачки прелиминарен постулат со кој бил признат геноцидот (Постулатот на Буман). Постулатот бил одобрен на 16 декември 2003 година. Како што беше претходно забележано, ерменскиот геноцид служел како основа за подготовката на членот 261 bis од Кривичниот законик (Извештајот на Комби). Прелиминарниот постулат бил одобрен спротивно на советот на Сојузниот совет, кој наводно сметал дека прашањето требало да се остави на историчарите. Сепак, овој ист Сојузен совет кој изречно го цитирал ерменскиот геноцид во својот извештај од 31 март 1999 година за Конвенцијата за спречување и казнување на злосторствата на геноцид, што требало да служи како основа на актуелниот член 264 од Кривичниот законик со кој се криминализирал геноцидот (*Feuille fédérale* [„ФФ“ – Сојузниот службен весник], 1999, pp. 4911 et seq.). Универзитетот на Лозана го користел ерменскиот геноцид како пример во објавено дело за хуманитарното право. Геноцидот на Ерменците се споменувал во учебниците по историја. Исто така може да се спомене дека владите на Во и Женева го признале ерменскиот геноцид: на 5 јули 2005 година Кантонот на Во и на 25 јуни 1998 година Републиката и Кантонот на Женева, чиј претседател бил Мишелин Калми-Реј, нашата актуелна министерка за надворешни работи. Брзиот преглед му овозможува Судот да заклучи дека ерменскиот геноцид претставува утврден историски факт според швајцарското јавно мислење. Актуелниот став на Сојузниот суд кој се карактеризира со крајна внимателност кога тој не е доследен, не менува апсолутно ништо. Лесно е да се сфати зошто една влада претпочита да не се инволвира во особено чувствителни прашања. Вреди да се споменат меѓународните реперкусии од овој случај.

Ако погледнеме надвор од нашите граници, неколку земји, вклучително и Франција го имаат призното ерменскиот геноцид. Ако го земеме само примерот на Франција, според Ив Тернон (, Законот од 29 јануари 2001 година се засновал на мислењето на една група од околу стотина историчари. Во точката 15 од листата бр. 1 на одбраната, Жан-Батист Расин (Jean-Baptiste Racine) во својата

книга за ерменскиот геноцид вели дека признавањето од државите често пати било одговор на иницијативи кои доаѓале од научната заедница. Овие одлуки затоа не се носат без убаво да се размисли, особено со оглед дека признавањето на ерменскиот геноцид може негативно да влијае на односите на земјата со Турција.

Ерменскиот геноцид исто така е признат и од меѓународни тела. Вистина, не е многу истакнуван во Обединетите нации. Единственото навистина важно упатување на настанот е во Извештајот на Витакер (Jean-Baptiste Racine, *op. cit.*, p. 73 item 96). Европскиот парламент, од друга страна, за прв пат започна да го разгледува ерменското прашање во 1981 година. Релевантниот известувач на комитет, чиј извештај, според Жан-Батист Расин, бил минуциозно аргументиран и документиран, рекол дека:

‘Настаните во кои Ерменците од Турција биле жртви за време на воените години од 1915-17 мора да се сметаат за геноцид согласно Конвенцијата на Обединетите нации за спречување и казнување на злосторства на геноцид.’

На 18 јуни 1987 година, Европскиот парламент конечно усвоил Резолуцијата со која бил признат ерменскиот геноцид.

Овој геноцид исто така бил признат и од Советот на Европа. Како информација, Советот на Европа има околу педесет земјите-членки. Тој е посветен на одбрана на вредностите на демократијата и човековите права. Неговото седиште во Стразбур исто така е и седиште на Европскиот суд за човекови права, кој е одговорен за примената на Конвенцијата од 1950 година со исто име (сето ова е важно, види Jean-Baptiste Racine, *op. cit.* pp. 66 *et seq.*).

Затоа мора да се признае дека ерменскиот геноцид претставува утврден историски факт.

Потоа треба да се постави прашањето дали Догу Перинчек дејствувал со умисла. Ова не доведува до прашањето дали тој можел да верува, со добра намера, дека тој не постапувал незаконски, со други зборови дека тој не го негирал очигледното кога ги дал изјавите, во не помалку од три прилики, дека ерменскиот геноцид не постоел, и дека истиот претставувал ‘меѓународна лага’.

Догу Перинчек признал во текот на истрагата и на самото судење дека тој знаел дека Швајцарија, како и многу други земји го признала ерменскиот геноцид. Исто така, тој никогаш не би го опишал како ‘меѓународна лага’ доколку не знаел дека меѓународната заедница навистина сметала дека тие настани претставувале геноцид. Тој дури и изјавил дека тој сметал дека швајцарскиот закон бил неуставен.

Обвинетиот е доктор по правни науки. Тој е политичар. Тој себеси се опишува како писател и историчар. Тој е свесен за аргументите на оние кои не се согласуваат со него. Тој едноставно избрал да ги игнорира и прогласил дека ерменскиот геноцид никогаш не се случил. Догу Перинчек затоа не може да тврди или верува дека геноцидот не постоел. Понатаму, како што изјавил јавниот обвинител во своето обраќање, Догу Перинчек официјални изјавил дека тој никогаш немало да го смени својот став, дури и ако неутрален панел еден ден заклучел дека ерменскиот геноцид навистина се случил. Може да се заклучи, без сомнеж дека за обвинетиот негирањето на геноцидот претставува, ако не нешто во што верува, тогаш барем политички слоган со дистинктивно националистичко дополнително значење.

Правната теорија е едногласна кога наведува дека мора да постои расистички мотив. Јасно е дека мотивите на Догу Перинчек се чинат расистички и националистички. Ова е далеку од историска дебата. Како што забележал обвинителот, Догу Перинчек зборува за империјалистички заговор да се обезвредни големината на Турција. За да ги оправда масакрите тој упатува на законите на војната. Тој ги опишува Ерменците како агресори на турскиот народ. Тој е следбеник на Талат Паша – обвинетиот е член на истоимениот комитет – кој, заедно со неговите двајца браќа, историски бил иницијаторот, поттикнувачот и движечката сила на ерменскиот геноцид.

Догу Перинчек ги исполнува сите субјективни и објективни услови што се бараат од членот 261 *bis* од Кривичниот законик.

Тој мора да се прогласи виновен за расна дискриминација.

III. Казната

Догу Перинчек се чини дека е интелигентен и култивирана, поради што неговата тврдоглавост уште потешко може да се разбере. Тој е провокатор. Тој покажа одредена арогантност особено кон Судот, и кон швајцарските закони генерално. Тој не може да наведе никакви олеснителни околности. Постојат повеќекратни дела бидејќи жалителот го дискриминирал ерменскиот народ со тоа што ја негирал неговата трагична историја, во три прилики на три различни места. Неговиот начин на дејствување достигнува ниво на агитатор. Термините што ги употребил, како меѓународна лага, се особено вирулентни. Согласно овие околности Судот се согласува со обвинителството дека казната од деведесет дена претставува соодветна казна за однесувањето на обвинетиот.

Во своето обраќање јавниот обвинител предложил дневната казна да се одреди на 100 швајцарски франци. Тој забележал во делот за личните информации дека финансиската ситуација на Догу Перинчек била солидна. 3000 швајцарски франци несомнено е добра плата во Турција. Обвинетиот исто така можел да ангажира адвокат по сопствен избор. Тој допатувал од Турција во Швајцарија и во текот на неколкуте дена додека траело судењето и отседнал во Бо-Риваж Палас (п. 61). Сето ова открива одредена мерка на богатство и предложената сума од 100 швајцарски франци е далеку од претерана.

Согласно законот како што претходно гласел, Судот не ќе можел да направи позитивна проценка на идното однесување на Догу Перинчек. Денеска, условната казна затвор претставува норма, во отсуство на некакви специфични неповолни околности, што не е случај во овде. Догу Перинчек е странец во нашата земја. Тој ќе се врати во сопствената земја. Тој бил официјално предупреден од судот дека доколку продолжел со негирање на ерменскиот геноцид тој можел да стане предмет на нова кривична истрага и да ризикува нова осудителна пресуда со можност, пред сè, условот на неговата казна да се укине. Тој сметал дека ваквата закана сама по себе била доволна да се одврати обвинетиот да го повтори делото, така што глобата што наложил да ја плати била проследена со условна казна затвор. Тој ќе добие заменска глоба од 3.000 швајцарски франци како важна директна казна еквивалентна на 30 дена затвор.

IV. Барањата за обесштетување и трошоци во граѓанското право

Швајцарско-ерменското здружение, преку адвокат барало 10.000 швајцарски франци како обесштетување за нематеријална штета и во исто време да ги покрие трошоците што ги имале во кривичната постапка. Согласно членовите на нивното здружување и законот (член 49 од Законот за облигациони односи) Швајцарско-ерменското здружение има право да бара обесштетување за

нематеријална штета. Тешко е ваков вид на обесштетување да му се додели на едно здружение, бидејќи по дефиниција правните тела немаат чувства. Судот затоа се ограничува на тоа што ќе додели износ од 1.000 швајцарски франци како обесштетување.

Случајот бил доволно сложен за да се оправда вклучување на адвокат. Што се однесува со количеството на работа сработена од ова стручно лице Судот ќе додели износ од 10.000 швајцарски франци на граѓанската странка за хонорарите на нивниот адвокат. Не е соодветно овие износи да му се доделат лично на Саркис Шахиниан, кој бил застапник на здружението.

Догу Перинчек ќе ги покрие сите трошоци за случајот.“

23. Жалителот се жалел против пресудата и барал да се стави во мирување и да се преземат дополнителни истражни мерки за да се утврди состојбата со истражувањето и ставот на историчарите во однос на настаните од 1915 и годините што следеле. Швајцарско-ерменското здружение исто така се жалеле но подоцна ја повлекле својата жалба.

24. На 13 јуни 2007 година Кривичниот касационен оддел на Кантоналниот суд на Во ја отфрлил жалбата со следново образложение:

“... В. Догу Перинчек во рок поднел жалба против пресудата на првостепениот суд. Како главна точка, тој се жалеше по основ на ништожност и побарал да има дополнителни истражни мерки преземени во однос на утврдување на актуелната состојба со истражувањето и ставот на историчарите во однос на ерменското прашање. Како алтернатива тој поднел обична жалба, со барање пресудата да биде сменета и да биде ослободен од обвинението за расна дискриминација согласно членот 261 *bis* § 4, втора реченица, од Кривичниот законик, да биде ослободен од плаќање на трошоците и од секаква обврска да им плати на жалителот и на граѓанската странка обесштетување или кривични трошоци.

Швајцарско-ерменското здружение, кое исто така се жалело, ја повлекло својата жалба и сега поднело молба.

Правото

1. Бидејќи поднесоците на жалителот вклучуваат и жалба по основ на ништожност и обична жалба, Касациониот суд мора да го утврди редоследот по кој ќе бидат испитани основите на кои се потпираше, согласно нивната природа и посоченото прашање (Bersier, *Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise*, in JT 1996 III 66 *et seq.*, esp. pp. 106 *et seq.* и цитираните упатувања; Besse-Matile and Abravanel, *Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois*, in JT 1989 III 98 *et seq.*, esp. p. 99 и цитираните упатувања).

Во поткрепа на своите основи за ништожност, жалителот тврди дека имало повреда на членот 411, буквите (f),(e), (ж) и (з) од Законот за кривична постапка. Овие одредби се однесуваат на основите на ништожност кои оправдуваат укинување на одлуката само ако утврдената нерегуларност влијаела или можела да влијаат врз пресудата (Bersier, *op. cit.*, p. 78). Нормалната пракса е за обичните основи за жалба кои треба да се разгледаат пред поврзаните основи за ништожност (Bovay, Dupuis, Moreillon, Piguet, *Procédure pénale vaudoise, Code annoté*, Lausanne 2004, no. 1.4. ad Article 411).

Основите за ништожност покренати од жалителот главно се однесуваат на фактички прашања кои мора да се разгледаат само доколку се релевантни за правниот исход. Во овој конкретен случај, Судот треба најпрво да ги разгледа обичните основи на жалбата, имено значењето и опсегот на членот 261 *bis* од Кривичниот законик, и да утврди дали во овој посебен контекст понискиот суд може, вонредно, да донесе историска пресуда (види Chaix and Bertossa, *La répression de la discrimination raciale: Loi d'exception?* во SJ 2002 p. 177, esp. p. 184).

I. Обична жалба

2. (а) Жалителот приговара на примената на членот 261 *bis* од Кривичниот законик од страна на првостепениот суд. Тој најпрво се изјасни дека судовите требале да ја одиграат улогата на историчар и како такви да утврдат дали ерменскиот геноцид се случил пред да го применат членот 261 *bis*. Според неговото мислење геноцидот не бил утврден. Затоа тој смета дека Судот погрешно го протолкувал поимот геноцид и опсегот на членот 261 *bis* во врска со ова.

(б) Според членот 261 *bis* од Кривичниот законик, кривично дело е извршено од секое лице кое јавно оцрнува или дискриминира лице или група по основ на нивната раса, етничко потекло или вера на начин со кој се повредува човековото достоинство, било преку зборови, писмен материјал, слики, агресивни акти или други средства, или некое лице кое на истиот основ негира, ужасно го тривијализира или се обидува да оправда геноцид или друго злосторство против човештвото.

Членот 261 *bis* од Кривичниот законик во домашното право ги вградува обврските преземени од Швајцарија со потпишување на Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација од 21 декември 1965 година („ЦЕРД“), која стапи на сила на 29 декември 1994 година (RS [Recueil systématique – Compendium of Federal Law] 0.104; Favre, Pellet, Stoudmann, *Code pénal annoté*, 2nd edition, Lausanne 2004, no. 1.1. ad членот 261 *bis* од Кривичниот законик). Фактот дека членот 261 *bis* од Кривичниот законик се заснова на конвенција го отсликува актуелниот тренд да се инкорпорираат одредбите од меѓународните договори во домашното право. Меѓутоа, она по што законодавството против расизам се разликува е фактот дека националниот парламент одлучил дека во случај на геноцид или други злосторства против човештвото, законот треба да оди подалеку од минимум стандардите утврдени во ЦЕРД (Chaix and Bertossa, *op. cit.*, esp. p. 179).

(в) Поимот за геноцид сега е дефиниран со членот 264 од Кривичниот законик. Судовите одговорни за примена на членот 261 *bis* од Кривичниот законик мора да се води од оваа дефиниција која произлегла од Конвенцијата за спречување и казнување на злосторства на геноцид од 9 декември 1948 година. Меѓутоа, нивната задача не е да го казни геноцидот во прашање, туку лицата кои го негираат неговото постоење (Chaix et Bertossa, *op. cit.*, esp. p. 183).

Во врска со опсегот на поимот за геноцид, неколку писатели имаат забележано дека меморандумот на Сојузниот совет се однесува само на геноцидот на евреите за време на Втората светска војна (FF 1992 III 308; Chaix and Bertossa, *op. cit.*, esp. p. 183). Меѓутоа, Парламентот јасно инкорпорира широк концепт на ревизионизам во членот 261 *bis* од Кривичниот законик кој не е ограничен на негирање на злосторства против човештвото извршени од страна на националсоцијалистичкиот режим. Овој проширен опсег бил недвосмислено потврден од Националниот совет, кој на второ читање, го коригирал

францускиот текст со замена на зборот 'геноцидот' со 'геноцид' (Guyaz, *L'incrimination de la discrimination raciale*, теза 1996, p. 300). Парламентот ја оправда оваа промена со тоа што законодавството мора да важи за сите случаи на геноцид кои можеби за жал се случиле, и го наведува како пример масакрот на Ерменците (BO/CN 1993, p. 1076).

Затоа историски гледано Парламентот немал намера да ја ограничи примената на членот 261 *bis* од Кривичниот законик во геноцидот на евреите. Со прифаќање на промената на формулацијата, посочил дека треба да се применува за сите геноциди, а особено за тој на Ерменците.

Затоа, во случајот на ерменскиот геноцид, од судовите не се бара да се потпира на работата на историчарите за да го признае неговото постоење, бидејќи овој случај е конкретно покриен од законодавството и намерите на оние кои го усвоиле, врз истите основи како и тие на геноцидот на евреите за време на Втората светска војна. Затоа мора да се признае дека ерменскиот геноцид се смета за утврден факт.

(г) Во овој случај, понискиот суд експлицитно изјавил дека немал намера да делува како историчар, иако во овој случај стапнал на оваа територија во обидот да се оцени општото мислење на институциите во Швајцарија и надвор на оваа тема. Било непотребно да го направи тоа бидејќи она што е важно е волјата на Парламентот, кој јасно изјавил во подготвителните дебати дека формулацијата на членот 261 *bis* од Кривичниот законик го опфаќала и ерменскиот геноцид. Затоа е погрешно жалителот да изјави, упатувајќи на меморандумот на Сојузниот совет (FF 1992 III 308), дека не е утврдено дека формулацијата на членот 261 *bis* од Кривичниот законик била таква за да го вклучува ерменскиот геноцид. Ниту пак судската пракса на Сојузниот суд е одлучувачка со оглед дека секој случај до сега каде се јавил предметот се однесувал на евреите од Втората светска војна и со тоа поврзаниот ревизионизам.

Во конечната анализа, со оглед дека ерменскиот геноцид е признат од самиот Парламент како утврден факт, нема ништо вонредно во овој случај што би барало дополнителни истражни мерки и историски пристап за да се процени дали се случил геноцид.

Основата за жалбата заснована врз значењето и опсегот на поимот геноцид мора да се отфрли како лошо засновани.

3. (а) За да биде кривично дело, однесувањето што било криминализирано во членот 261 *bis* од Кривичниот законик мора да биде со умисла и мотивирано од омраза или расна дискриминација; доволно е да се однесувал невнимателно (ATF 124 IV 125 точка 2b, 123 IV 210 точка 4c). Според Корбоз, условот во однос на дискриминацијата мора да се толкува строго: делото мора главно да ја отсликува менталната состојба на сторителот, кој ги мрази или презира припадниците на друга раса, етничка група или вера. Членот 261 *bis* не смее да се примени во случаи на објективно академско истражување или сериозни политички дебати кои се лишени од непријателство или расни предрасуди (Corboz, *Les infractions de droit suisse*, Volume II, Bern 2002, белешка 37 за членот 261 *bis* од Кривичниот законик).

(б) Во овој случај жалителот се обидува да ги објасни позициите кои ги зазема во смисла на дебатата меѓу историчарите, која неопходно бара почитување на слободата на изразување. Тој исто така вели дека тој едноставно тврдел дека настаните во прашање претставувале геноцид, дури и без да се оспоруваат

масакрите и депортациите на Ерменците, кои тој ги оправдува со законите на војната.

Овој аргумент е поврзан со субјективниот аспект на делото, но е изопачен од фактот дека тој го поврзал терминот геноцид со ‘меѓународна лага’, што понискиот суд го опишал како особено вирулентно. Треба да се забележи во врска со ова дека изјавите во прашање биле дадени на јавни собири со силни националистички значења кои имале мала врска со сериозни историски дебати лишени од расистички предрасуди. Во овие прилики, обвинетиот, кој се опишал себеси како писател и историчар, едноставно ги отфрлил аргументите на неговите опоненти и изјавил дека ерменскиот геноцид никогаш не постоел. Жалителот, кој бил свесен за широко распространетото прифаќање на оваа позиција, чисто се обидува да направи политичка, а не историска поента, како што тврдел, и не било случајно дека овие изјави биле дадени на митинзи при одбележувањето на потпишувањето на Договорот од Лозана од 1923 година. Овој Суд затоа мора да се согласи со наодот на понискиот суд дека мотивите на обвинетиот биле расистички и националистички.

Во конечната анализа приговорот не е само на неговото одбивање на употребата на терминот геноцид, туку исто така на начинот на кој бил изразен и како биле цитирани текстовите поврзани со тоа, а сето тоа значи дека Догу Перинчек експлицитно и меѓународно негирал историски факт кој се сметал за утврден, имено ерменскиот геноцид, и го сторил тоа во неколку прилики без да се покаже каква инклинација да го смени ова гледиште.

Оваа основа мора да биде отфрлена како лошо заснована.

4. (а) Жалителот бара да биде ослободен од секаква обврска да плати обесштетување за нематеријална штета.

(б) Согласно членот 49 § 1 од Законот за облигациони односи, секое лице чиј лични права биле незаконски повредени може да бара финансиски надоместок за нематеријална штета доколку тоа е оправдано од сериозноста на повредата и сторителот не понудил алтернативна форма за надоместок. Согласно овој член повредата мора да биде поголема од она што едно лице може вообичаено да издржи, од гледна точка на траењето или интензитетот на предизвиканото страдање (Bücher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4th edition, Basel, Geneva, Munich 1999, no. 603, p. 141; Tercier, op. cit., nos. 2047 et seq., pp. 270 et seq.; Deschenaux and Tercier, op. cit., no. 24 et seq., p. 93). Износот на надоместокот зависи главно од сериозноста на повредата – или поконкретно од сериозноста на физичкото или психолошкото страдање предизвикано од повредата – и веројатноста дека исплатата на сумата пари значително ќе ја намали нематеријалната штета што била предизвикана (ATF 125 III 269, точка 2a; ATF 118 II 410, точка 2a).

Судовите имаат дискреционо право да го утврдат нивото на надоместок. По самата своја природа, надоместокот за нематеријална повреда, на која проста парична вредност може да се одреди само со голема тешкотија, не може да се определи со примена на математички начела, за да се обезбеди дека проценетиот износ не надминува одредено ниво; меѓутоа доделениот надоместок мора да биде правичен. Релевантниот суд затоа ќе обезбеди дека износот ја отсликува сериозноста на претрпената штета и дека доделената сума не изгледа како потсмев за жртвата (ATF 125 III 269, претходно цитиран; ATF [118] II 410, претходно цитиран).

Нивото на надоместок за нематеријална штета е предмет за сојузното право, и такво кое од тие причини овој Суд е слободен да го испита (член 415 §§ 1 и 3 и член 447 § 1 од Законот за кривична постапка). Бидејќи исходот во голема мерка зависи од проценката на околностите, апелациониот суд мора да интервенира само со воздржаност, особено кога понискиот суд го злоупотребил своето дискреционо право со тоа што ја базирал својата одлука на размислувањето дека се неповрзани со применливата одредба, преку тоа што не биле земени во предвид релевантни информации или преку утврдување на нивото на обесштетување кое е несоодветно, бидејќи е очигледно прениско или превисоко (ATF 126 III 269, цитиран горе; ATF 118 II [410], цитиран горе). Меѓутоа, со оглед дека ова е прашање на правичност - а не за примената на дискреционото право во строгото значење на терминот, што би го ограничило неговото овластување за ревидирање на злоупотреба или претерано дискреционо право – апелациониот суд е слободен да одлучи дали доделениот износ во доволна мерка ја зел во предвид сериозноста на повредата или дали е несразмерно на интензитетот на претрпената нематеријална штета од страна на жртвата (ATF 125 III 269, цитиран горе; ATF 123 III 10, точка 4с/аа; ATF 118 II [410], цитиран горе).

(в) Во овој случај, жалителот бил прогласен за виновен за расна дискриминација за која од тие причини подложи на граѓанска одговорност.

Понискиот суд смета дека било тешко на едно здружение да му се додели обесштетување во износ од 10.000 швајцарски франци за нематеријална штета, затоа што по дефиниција, правните лица се лишени од чувства. Затоа го намалил побарувањето на подносителот на претставката и му доделил симболична сума од 1.000 швајцарски франци како обесштетување. Оваа проценка не е своеволна и доделената сума е соодветна.

Овој основ, и целата обична жалба мора да се отфрлат како неосновани.

5. (а) Жалителот бара да биде ослободен од сите обврски да ги плати кривичните трошоци.

(б) Подносителот на претставката е граѓанска странка согласно законот (член 94 од Законот за кривична постапка). Трошоците кои граѓанските странки можат да ги побараат согласно членот 97 од Законот за кривична постапка се доделуваат согласно принципот што е даден во членот 163 § 2 од [Законот], кој докажува дека правилата во врска со трошоците се применуваат по аналогија.

Ова право на трошоци е вградено во кантоналното процедурално законодавство. Според судската пракса, граѓанските страни во принцип имаат право на трошоци само доколку обвинетиот добил казна или му било наложено да плати отштета (JT 1961 III 9). Понискиот суд имал дискреционо право да го одреди нивото на трошоци кои требале да ѝ се платат на граѓанската странка, а Касациониот суд само интервенира во оваа одлука во случај на очигледно погрешна примена на правото или злоупотреба на дискреционото право, особено во врска со нивото на доделените трошоци (JT 1965 III 81).

(в) Во овој конкретен случај, испитувањето на досието на случајот покажува дека сите неопходни услови биле исполнети за доделување на трошоци за настанатите кривични обврски. Понискиот суд забележал дека случајот бил доволно сложен за да го оправда присуството на адвокат и му доделил на Швајцарско-ерменското здружение 10.000 швајцарски франци за нивните кривични трошоци. Со оглед на количеството на работата што ја завршил адвокатот судот не го надминал своето дискреционо право.

Овој основ, и целата жалба во однос на точки од законот, мора да се отфрлат како неосновани.

II. Жалба по основ на ништожност

1. Тврдејќи дека имало повреда на членот 411, буквите (f), (e), (ж) и (з) од Законот за кривична постапка, жалителот се изјасни дека пресудата има несоодветна фактичка основа бидејќи судот не успеал да ги земе во предвид документите што ги обезбедил и доказите од одредени историчари. Тој исто така тврдеше дека постоеле сомнежи во фактите на случајот, или навистина своеволна проценка на доказите во врска со цитирањето на некои историски дела за масакрот на Ерменците. Конечно, тој својата жалба ја заснова на ништожноста заради фактот дека судот го отфрлил барањето за привремена одлука за дополнителни истражни мерки за добивање на документи и информации насочени кон разјаснување на состојбата на Ерменците во 1915 година и утврдување дали терминот геноцид може да се употреби.

Овие основи мора да се отфрлат, бидејќи тие исклучиво се занимаваат со прашањата за фактот чие решавање малку е веројатно дека ќе влијае врз пресудата (Bersier, *op. cit.*, p. 78). Не е неопходно за судовите да делуваат како историчари по прашањето на ерменскиот геноцид, бидејќи парламентарните дебати покажуваат дека неговото постоење се сметало за утврдено (види точка (в) горе).

Жалбата по основ на ништожност мора да биде отфрлена како неоснована.

2. Во конечната анализа, жалбата е неоснована како врз основа на ништожноста така и како обична жалба. Затоа мора да се отфрли во целост.

Со оглед на исходот на жалбата, жалителот ќе ги плати второстепените трошоци.“

25. Жалителот се жалел против таа пресуда до швајцарскиот Сојузен суд од кој барал да ја укине пресудата за да биде ослободен од сите кривични обвиненија и граѓанска одговорност. Во суштина, тој тврдел дека, за потребите на примената на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик и испитување на наводните повреди на неговите основни права, кантоналните судови не спровеле доволно испитување дали фактичките околности биле такви за да гарантираат класификација на настаните од 1915 година и годините што следеле за геноцид.

26. Во пресуда од 12 декември 2007 (6B_398/2007) швајцарскиот Сојузен суд ја отфрлил жалбата со следново образложение:

„3.1. Членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик, со кој се казнува однесување на некој кој јавно оцрнува или дискриминира лице или група по основ на нивната раса, етничко потекло или вера на начин со кој се повредува човековото достоинство, било преку зборови, писмен материјал, слики, агресивни акти или други средства, или некое лице кое на истиот основ негира, ужасно го тривијализира или се обидува да оправда геноцид или друго злосторство против човештвото. Еден првичен буквален и граматички пристап покажува дека формулацијата на законот (преку употреба на неопределен член ‘геноцид’ [*un génocide*]) не упатува експлицитно на некој конкретен историски настан. Законот затоа не исклучува казна за негирање и на други геноциди покрај тој извршен од нацистичкиот режим; ниту експлицитно го класифицира негирањето

на ерменскиот геноцид како дело на расна дискриминација согласно кривичното право.

3.2. Членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик бил усвоен кога Швајцарија пристапила кон Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација од 21 декември 1965 година (RS [*Recueil systématique* – Преглед на сојузното право] 0.104). Формулацијата првично предложена во предлог законот поднесен од Сојузниот совет не упатувала конкретно на негирање на геноцид (види FF 1992 III 326). Прекршочниот ревизионизам или негирање на Холокаустот, кој бил наменет да биде вклучен во рамки на делот за обесчестување на сеќавањето на починатите лица, се појавува во четвртиот став од нацрт текстот на членот 261 *bis* од Кривичниот законик (Меморандум на Сојузниот совет од 2 март 1992 година во врска со пристапувањето на Швајцарија на Меѓународната конвенција за елиминација на сите форми на расна дискриминација од 1965 година и соодветна ревизија на кривичното право; FF 1992 III 265 *et seq.*, конкретно 308 *et seq.*). Меморандумот не содржи никакви конкретни упатувања на настаните од 1915 година.

За време на парламентарните дебати, Комисијата за правни прашања на Националниот совет предложила да се додаде следнава формулација во членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик: ‘... или кој по истиот основ негира, ужасно го тривијализира или се обидува да оправда геноцид или друго злосторство против човештвото’... Известувачот на Комисијата на француски јазик, пратеникот Комби, објаснил дека постоела разлика меѓу германската и француската верзија, посочувајќи дека формулацијата очигледно упатувала на секаков геноцид, а не само на Холокаустот (BO/CN 1992 II 2675 *et seq.*). Сепак Националниот совет го усвоил предлогот на Комитетот како што бил даден (BO/CN 1992 II 2676). Пред Советот на државите, предлогот од неговата Комисија за правни прашања да се задржи формулацијата од членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик одобрена од Националниот совет бил спротивставен на предлогот на г-динот Кухлер, меѓутоа тој не ја ставил под знак прашање фразата ‘или кој по истиот основ негира, ужасно го тривијализира или се обидува да оправда геноцид или друго злосторство против човештвото’ (BO/CE [Службен весник/Совет на држави] 1993 96; што се однесува до опсегот на овој предлог, види ATF [Пресуди на швајцарскиот Сојузен суд] 123 IV 202, точка 3с, р. 208, и Poncet, *ibid.*). Предлогот бил усвоен без подетално упатување на негирањето на ерменскиот геноцид во текот на расправата. За време на отстранувањето на отстапувањата, Комисијата за правни прашања на Националниот совет предложила преку г-динот Комби измените внесени од Советот на држави да бидат усвоени, со исклучок на четвртиот став, каде Комисијата предложила формулација ‘геноцид’ за да упатува на секој што може да се случи. Известувачот на француски јазик забележал дека некои луѓе ги спомнале масакрите на Курди или друго население, на пример Ерменците и дека сите тие геноциди требале да бидат опфатени (BO/CN 1993 I 1075 *et seq.*). Дополнителни кратки коментари биле направени во врска со дефиницијата на геноцидот и како еден турски граѓанин да зборува за ерменската трагедија, и било забележано дека Комисијата немала намера одредбата да се применува само на еден одреден геноцид, туку на сите геноциди, на пример во Босна и Херцеговина (BO/CN 1993 I 1077; изјава на г-дин Гренделмајер). Конечно Националниот совет ја усвоил следнава формулација за ставот 4: ‘... или некои други средства, се повредува човековото достоинство на лице или група од лица по основ на нивната раса, етничко потекло или вера, или по истиот основ негира, ужасно го тривијализира или се обидува да оправда геноцид ...’ (BO/CN 1993 I 1080). Во последователната парламентарна постапка, Советот на држави стоел на својот

став, усвојувајќи ја формулацијата ‘геноцид’ (*‘un génocide’*) како едноставен уреднички додаток во француската верзија и Националниот совет на крај ја усвоил одлуката на Советот на држави без дополнително упатување на негирање на ерменскиот геноцид (BO/CN 1993 I 1300, 1451; BO/CE 1993 452, 579).

Затоа е јасно од гореспоменатите парламентарни постапки дека членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик не се применува исклучиво само за негирањето на нацистичките злосторства, туку и на други геноциди.

...

3.4. Меѓутоа, овие парламентарни постапки не можат да се толкуваат со значење дека одредбата од кривичниот закон во прашање се преименува за одредени конкретни геноциди кои законодавецот ги имал на ум во времето кога ја усвоил, како што се сугерира во пресудата за која се однесува жалбата.

3.4.1. Желбата за борба против мислењата на негаторите и ревизионистите во врска со Холокаустот, секако, била централен фактор при изготвувањето на членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик. Меѓутоа во својата судска пракса Сојузниот суд одлучил дека негирањето на Холокаустот објективно претставувало фактички елемент на делото предвидено во членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик со оглед дека се однесувал на историски факт кој е генерално признаен како утврден (ATF 129 IV 95, точка 3.4.4, pp. 104 *et seq.*), иако пресудата во прашање не упатува на историската намера на законодавецот. Слично на тоа, многу автори гледале на Холокаустот како на општо познато прашање за кривичните судови (Vest, *Delikte gegen den öffentlichen Frieden*, note 93, p. 157), како на неспорен историски факт (Rom, *op. cit.*, p. 140), или како на класификација (‘геноцид’) која е вон секаков сомнеж (Niggli, *Discrimination raciale*, note 972, p. 259, кој слично забележува дека овој геноцид бил тоа што го поттикнало воведувањето на одредбата во прашање; со сличен ефект, види Guyaz, *op. cit.*, p. 305). Само неколку гласови упатувале на намерата на законодавецот да го признае како историски факт (види, на пример, Ulrich Weder, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar* (ed. Andreas Donatsch), Zürich 2006, Article 261 *bis* § 4, p. 327; Chaix/Bertossa, *op. cit.*, p. 184).

3.4.2. Исто така, процесот на констатирање кои геноциди законодавецот ги имал на ум при формулирањето на одредбата е попречен од буквалното толкување (види точка 3.1. горе), што сосема јасно ја покажува намерата на законодавецот да прибегне кон отворена формулација во законот во однос на ова, наспроти техниката на ‘меморијални’ закони како тие усвоени во Франција (Законот бр. 90-615 од 13 јули 1990 година, познат како ‘Законот на Гисо’; Законот бр. 2001-434 од 21 мај 2001 година за признавање на трговијата со луѓе и ропството како злосторство против човештвото, познат како ‘Законот на Тобира’; Законот бр. 2001-70 од 29 јануари 2001 година за признавање на ерменскиот геноцид од 1915 година). Фактот дека негирањето на Холокаустот се смета за кривично дело согласно членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик оттука помалку произлегува од конкретната намера на законодавецот да ги прогласи за незаконски негаторството и ревизионизмот кога го формулирал ова правило од кривичното право отколку од забелешките дека постои многу општ консензус по ова прашање, на кој законодавецот очигледно се осврнал. Соодветно на тоа исто така нема некаква причина да се утврди дали законодавецот бил воден од некаква намера од таков вид во врска со ерменскиот геноцид (наспроти тоа Niggli, *Rassendiskriminierung*, 2nd ed., Zürich 2007, note 1445 *et seq.*, pp. 447 *et seq.*). Навистина, треба да се забележи во врска со ова

дека иако одредени аспекти од формулацијата предизвикале жешки дискусии меѓу парламентарците, категоризацијата на настаните од 1915 година не поттикнале никаква дебата во овој контекст, и на крајот било споменато само од двајца говорници при оправдувањето на усвојувањето на француската верзија на членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик дека не дозволувал претерано рестриктивно толкување на текстот, што не следело од германската верзија.

3.4.3. Авторите правници и судовите исто така заклучиле од познатиот, неспорен или непобитен карактер на Холокаустот дека повеќе немало потреба да се докажува истиот во кривичните постапки (Vest, *ibid.*; Schleiminger, *op. cit.*, членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик, белешка 60). Оттука нема потреба судовите да се осврнуваат на работата на историчарите во врска со ова прашање (Chaix/Bertossa, *ibid.*; непријавен пресуда 6S.698/2001, точка 2.1). Како дополнителна последица, така утврдената основа за криминализација на негирањето на Холокаустот го диктира методот кој судовите мода да го усвојат кога разгледуваат негирање на други геноциди. Првото прашање кое произлегува оттука е дали постои споредлив консензус во врска со настаните кои биле негирани од жалителот.

4. Прашањето кое било оттука покренато е поврзано со утврдените факти. Тоа е помалку директно поврзано со проценката дали масакрите и депортациите кои му биле препишани на Османлиското Царство треба да се карактеризираат како геноцид или со општата проценка на оваа карактеризација, како меѓу јавноста така и во рамките на заедницата на историчари. Ова е како ние треба да го сфатиме пристапот што е усвоен од страна на Полицискиот суд, кој нагласил дека неговата задача не била да пишува историја, туку да утврди дали геноцидот во прашање бил ‘познат и признат’ или навистина ‘докажан’ (види ја пресудата, точка II, п. 14) пред да го оформи своето мислење за неговото подоцнежено фактичко прашање (пресуда, точка II, п. 17), што формира интегрален дел од пресудата на Кантоналниот суд (пресудата на Кантоналниот суд, точка Б, п. 2).

4.1. Фактичкиот наод од оваа природа е обврзувачки за Сојузниот суд ...

4.2. Што се однесува до одлучувачкото фактичко прашање, Полицискиот суд не само што го базирал своето мислење на постоењето на политичко декларирање на признавањето, туку исто така посочи дека мислењето на властите кои даваат такви изјави биле формирани врз основа на стручно мислење (на пример, панел од приближно сто историчари во случајот на француското Национално собрание кога го усвоило Законот од 29 јануари 2001 година) или извештаи опишани како јасно аргументирани и поткрепени (Европскиот парламент). Оттука, како и потпирајќи се на постоењето на политичко признание, овој тип на аргумент го нотира постоењето во пракса на широк консензус во рамки на заедницата што е отсликано во политичките декларации и самото се заснова на широк научен консензус за класификацијата на настаните од 1915 година како геноцид. Исто така може да се забележи, во истиот правец дека за време на дебатата која довела до официјално признавање на ерменскиот геноцид од страна на Националниот совет, било упатено на меѓународното истражување објавено под наслов *Der Völkermord an den Armeniern und die Shoah* (BO/CN 2003 2017; изјава на г-дин Ланг). Конечно ерменскиот геноцид е претставен како еден од ‘класичните’ примери во општата литература на меѓународното кривично право, или истражувањата на геноцидот (види Marcel Alexander Niggli, *Rassendiskriminierung*, note 1418 *et seq.*, p. 440, и бројните референци што се цитирани таму; види ја исто така белешката 1441, п. 446, и референците).

4.3. До ниво каде жалителот во своите поднесоци се обидува да го негира постоењето на геноцид или правната карактеризација на настаните од 1915 година – особено преку посочување на отсуство на пресуда од меѓународен суд или стручна комисија, или недостаток на непобитни докази кои докажуваат дека фактите кореспондираат на објективните и субјективните барања дадени во членот 264 од Кривичниот законик или во Конвенцијата на ООН од 1948 година и со тврдење дека до денешен ден имало само три меѓународно признати геноциди – тие се ирелевантни за утврдување на случајот, со оглед дека е неопходно најпрво да се утврди дали има доволен консензус, особено меѓу историчарите да се исклучи основната историска дебата за класификацијата на настаните од 1915 година како геноцид од кривичните постапки во врска со примената на членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик. Истото важи што се однесува до обвинувањето од страна на жалителот дека Кантоналниот суд дејствувал своеволно со тоа што не ги разгледал барањата за ништожност покренати во кантоналната жалба во врска со истите факти и истражните мерки што ги барал. Затоа е непотребно да се испитаат неговите поднесоци освен до нивото на кое тие се поврзани конкретно со воспоставувањето на таков консензус.

4.4. Жалителот забележува дека тој барал дополнителни истражни мерки за да се утврди актуелната состојба во истражувањето и актуелниот став на историчарите во целиот свет по ерменското прашање. Неговите тврдења исто така се чини дека од време на време сугерираат дека тој верува дека нема единство или консензус ниту меѓу државите ниту меѓу историчарите што се однесува до класификацијата на настаните од 1915 година како геноцид. Меѓутоа неговите аргументи повеќе се ограничени на спротивставување на неговото мислење на тоа на кантоналните власти. Особено тој не цитира никакви конкретни докази кои покажуваат дека консензусот што е утврден од Полицискиот суд не постои, а уште помалку дека наодот на судот е своеволен.

Да бидеме искрени, жалителот не споменува дека низа држави одбиле да го признаат постоењето на ерменскиот геноцид. Меѓутоа треба да се посочи дека во врска со ова дури и Резолуцијата на ООН 61/L.53 со која се осудува негирањето на Холокаустот, усвоена во јануари 2007 година, добила само 103 гласа од 192 земјите-членки. Чистата забелешка дека одредени земји одбиваат да изјават на меѓународната арена дека тие го осудуваат негирањето на Холокаустот е евидентно недоволно за да се наметне сомнеж во постоењето на консензус дека делата во прашање достигнале ниво на геноцид. Консензусот не значи едногласност. Изборот на одредени држави да се воздржат од јавно осудување на постоењето на геноцид или од гласање за резолуција со која се осудува негирањето на геноцид може да се води од политички побуди кои не се директно поврзани со реалната проценка на државите за начинот на кој историските настани треба да бидат категоризирани и особено не можат да фрлат сомнеж на постоењето на консензус по ова прашање, особено во рамките на академската заедница.

4.5. Жалителот исто така тврдеше дека би било контрадикторно за Швајцарија да го признае постоењето на ерменскиот геноцид, а при тоа поддржува воспоставување на панел на историчари во контекст на неговите односи со Турција. Според него ова покажува дека не било утврдено постоењето на геноцид.

Меѓутоа не може исто така да се заклучи од одбивањето во повеќе прилики од страна на Сојузниот совет да го признае постоењето на ерменскиот геноцид по пат на јавно декларирање или со избран пристап - имено да им се препорача на

турските власти дека меѓународен панел на експерти бил формиран - дека заклучокот дека постои општ консензус за карактеризирање на настаните во прашање е своеволен. Во согласност со јасно изразената желба на Сојузниот совет, неговиот пристап е воден од желбата да се поттикне Турција за се вклучи во колективно сеќавање на своето минато (ВО/CN 2001 168: одговор на сојузниот пратеник Даис на незадолжителниот предлог на г-динот Зисједис; ВО/CN 2003 2021 et seq.: одговор на сојузниот канцелар Калми-Реј на незадолжителниот предлог на г-динот Водроз во врска со признавањето на ерменскиот геноцид од 1915 година). Ваквиот однос на отвореност кон дијалогот не може да се толкува како негирање на постоењето на геноцид и нема ништо што сугерира дека поддршката изразена од Сојузниот совет во 2001 година за воспоставување на меѓународна анкетна комисија не произлегло од истиот пристап. Не може да се заклучи генерално дека постои доволен сомнеж во рамки на заедницата, особено меѓу академската јавност, за класификација на настаните од 1915 година како геноцид за наодот на таквиот консензус да се смета за своеволен.

4.6. Со оглед на сето тоа жалителот не покажа дека Полицискиот суд дејствувал своеволно кога утврдил дека постоел општ консензус, особено меѓу научниците што се однесува до класификацијата на настаните од 1915 како геноцид. Следи дека кантоналните власти биле во право кога одбиле да ги дозволат обидите на жалителот да отвори историска и правна дебата за ова прашање.

5. Што се однесува до субјективниот елемент, делото предвидено во членот 261 *bis* §§ 1 и 4 од Кривичниот законик бара меѓународно извршување. Во пресудите ATF 123 IV 202, точка 4с, р. 210, и 124 IV 121, точка 2b, р. 125, Сојузниот суд одлучил дека таквото меѓународно однесување морало да се води од мотиви на расна дискриминација. Ова прашање кое поттикна дебата меѓу авторите на правни текстови, последователно било оставено отворено во пресудите ATF 126 IV 20, точка 1d, особено р. 26, и 127 IV 203, точка 3, р. 206. Исто така може да биде оставено отворено во овој случај, како што ќе биде прикажано долу.

5.1. Што се однесува до намерата, Кривичниот суд одлучил дека [жалителот], доктор по правни науки, политичар и само-деклариран писател и историчар, кога делувал целосно бил свесен за последиците изјавувајќи дека тој никогаш немало да го смени својот став, дури и ако неутрален панел еден ден заклучел дека ерменскиот геноцид навистина се случил. Ваквите наоди што се однесува до интерната волја на жалителот да го негира геноцидот се поврзани со фактичките прашања (види ATF 110 IV 22, точка 2, 77, точка 1с, 109 IV 47, точка 1, 104 IV 36, точка 1 и цитати), при што резултатот бил дека Сојузниот суд е обврзан од нив (член 105(1) од Законот за Сојузниот суд). Исто така жалителот не поднел никакви претставки во однос на тоа прашање. Тој не барал да демонстрира дека овие фактички наоди се своеволни или резултатот од повредата на неговите права согласно Уставот или Конвенцијата така што нема потреба да се разгледува ова прашање (член 106(2) од Законот за Сојузниот суд). Не е јасни во никој случај како кантоналните власти, кои дошле до заклучок за намерата на жалителот од надворешните размислувања (cf. ATF 130 IV 58, точка 8.4, р. 62), можеле да го игнорираат концептот на намера согласно сојузното право, а во врска со ова прашање.

5.2. Што се однесува до мотивите на жалителот, Кривичниот суд одлучил дека тие се чини дека биле расистички и националистички по природа и не придонесувале кон историската дебата, забележувајќи конкретно дека тој ги

опишал Ерменците како агресори на турскиот народ и дека тој тврдел дека бил следбеник на [Талат] Паша, кој заедно со неговите двајца браќа историски бил иницијаторот и двигателот на ерменскиот геноцид (пресуда на Кривичниот суд, точка II, pp. 17 *et seq.*).

Не било оспорено во овој случај дека ерменската заедница претставува народ, или барем во најмала рака етничка група (што се однесува до овој концепт, види Niggli, *Rassendiskriminierung*, 2nd ed., note 653, p. 208), која себеси се идентификува особено низ историјата како обележан од настаните од 1915 година. Следи дека негирањето на ерменскиот геноцид – или претставувањето на ерменскиот народ како агресор, како што е посочено од жалителот – само по себе претставува закана по идентитетот на припадниците на оваа заедница (Schleiminger, *op. cit.*, член 261 *bis* од Кривичниот законик, белешка 65 и упатување на Niggli) Кривичниот суд, кој одлучил дека постоеле мотиви поврзани со расизам, исто така отфрлил дека пристапот на жалителот бил релевантен за историската дебата. Овие фактички наоди, за кои жалителот не покренал жалба (член 106(2) од Законот за Сојузниот суд), се обврзувачки за Сојузниот суд (член 105(1) од Законот за Сојузниот суд). Тие обезбедуваат доволно докази за постоењето мотиви, кои покрај национализмот можеле да се сметаат и за расна или етничка дискриминација. Последователно е непотребно во овој случај да се реши дебатата меѓу правните автори споменати во точка 6 горе. Во секој случај, жалителот не покренал жалби во врска со примената на сојузниот закон во врска со ова прашање.

6. Жалителот понатаму се потпира на слободата на изразување вградена во членот 10 од ЕКЧП, во врска со толкувањето на членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик од страна на кантоналните власти.

Меѓутоа се чини од записникот од испрашувањето на жалителот од страна на јавното обвинителство на Винтертур/Унтерланд (23 јули 2005) дека во давањето на јавните изјави, особено во Глатбруг, жалителот имал намера да ‘му помогне на швајцарскиот народ и Националниот совет за да ја поправи грешката’ (односно, признавање на ерменскиот геноцид). Понатаму, тој бил свесен дека негирањето на геноцидот претставувало кривично дело и изјавил дека тој никогаш немало да го смени својот став, дури и ако неутрален панел еден ден заклучел дека ерменскиот геноцид навистина се случил (пресуда на Кривичниот суд, точка II, p. 17). Може да се заклучи од овие аспекти дека жалителот не бил свесен дека со описот на ерменскиот геноцид како ‘меѓународна лага’ и со експлицитно негирање дека настаните од 1915 година достигнале ниво на геноцид, тој подложил на кривична казна во Швајцарија. Жалителот затоа не можел да извлече никаков наклонет заклучок од недостатокот на предвидливост на законот што го наведува. Овие размислување исто така го поддржуваат заклучокот дека жалителот во суштина преку провокација се обидува да добие потврда од швајцарските судски власти за неговите тврдења, а на штета на припадниците на ерменската заедница за кои ова прашање игра централна улога во нивниот идентитет. Осудувањето на жалителот на тој начин е наменет за човековото достоинство на припадниците на ерменската заедница, кои се идентификуваат себеси преку сеќавањето на геноцидот од 1915 година. Конечно криминализацијата на геноцидот претставува средство за спречување на геноциди за потребите на членот I од Конвенцијата за спречување и казнување на злосторства на геноцид, отворена за потпис во Њујорк на 9 декември 1948 година и одобрена од Сојузното собрание на 9 март 2000 година (RS [*Recueil systématique* – Преглед на сојузното право] 0.311.11).

7. Треба да се забележи исто така дека жалителот не го негирал постоењето ниту на масакрот ниту на депортациите (види точка А горе), што не може да се категоризира, дури и ако некој се воздржува, како ништо друго освен злосторства против човештвото (Niggli, *Discrimination raciale*, note 976, p. 262). Оправдување на такво кривично дело, дури и со упатување на законот на војната или наводните безбедносни прашања, само по себе ќе значи прекршување на членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик, така што дури и од оваа перспектива, без разлика на тоа дали овие исти акти се карактеризираат како геноцид, осудувањето на жалителот врз основа на членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик не се чини дека е своеволно по својот исход, не повеќе отколку да прекршел сојузен закон.“

Г. Кривичните постапки против жалителот во 2008 година во Турција

27. Во 2008 година жалителот бил уапсен и обвинет во контекст на таканаречените Ергенекон постапки (за кои краток опис може да се најде во случаите *Nedim Şener v. Turkey*, no. 38270/11, § 6, 8 July 2014; *Şik v. Turkey*, no. 53413/11, § 10, 8 July 2014; *Tekin v. Turkey* (dec.), no. 3501/09, §§ 3-16, 18 November 2014; и *Karadağ v. Turkey* (dec.), no. 36588/09, §§ 3-16, 18 November 2014). На 5 август 2013 година Поротниот суд на Истанбул го осудил, заедно со многу други, и добил доживотна казна затвор. Против пресудата поднел жалба и постапката во моментов чека пред турскиот Касационен суд (види *Tekin*, § 17, and *Karadağ*, § 17, обете цитирани горе, како и *Yıldırım v. Turkey* (dec.), no. 50693/10, § 14, 17 March 2015). Тој бил ослободен од притвор во март 2014 година.

Д. Други материјали поднесени од учесниците во постапките

28. Третата странка, Турското здружение за човековите права, Центарот за вистина правда секавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права упатиле на веб верзиите на два написи во турски весници. Во првиот, објавен во дневниот весник *Vatan* од 26 јули 2007 година, се вели дека после атентатот врз Хрант Динк жалителот испратил отворено писмо до Ерменскиот патријарх во Истанбул. Во писмото тој критикувал дека атентатот бил провокација на Соединетите Американски Држави против Турција, и го повикал Патријархот отворено да каже дека тој бил поттикнат од Соединетите Американски Држави и оттука, како лидер на Ерменците во Турција, им давал пример на оние што го бранеле единството на турската држава. Вториот напис, објавен во дневниот весник *Милијет* на 19 мај 2007 година жалителот не е спомнат. Во него се опишани анонимни закани испратени до ерменски училишта во Истанбул поврзани со ерменскиот став во врска со настаните од 1915 година и годините што следеле. Во него се додава дека како реакција на тие

закани, покраинскиот директор за образование барал да се најдат начини за да се смират Ерменците и побарал од властите да преземат мерки на внимателност.

...

ПРАВОТО

I. ОПСЕГОТ НА СЛУЧАЈОТ

100. Судот смета дека е важно да се разјасни од самиот почеток опсегот на неговата јурисдикција во овој случај, што произлезе согласно индивидуална жалба против Швајцарија согласно членот 34 од Конвенцијата (види параграф 1 горе).

101. Со членот 19 од Конвенцијата задачата на Судот е ограничена на „обезбедување на почитување на обврските преземени од Високите страни договорнички во Конвенцијата и нејзините Протоколи“, и со членот 32 § 1, неговата јурисдикција само се проширува на „прашања во врска со толкувањето и примената на Конвенцијата и нејзините Протоколи“. За разлика од Хашкиот трибунал за Југославија, МКС или МСП, тој нема казнена или друга јурисдикција согласно Конвенцијата за геноцид или друг меѓународен правен инструмент во врска со такви прашања.

102. Следи дека во актуелниот случај Судот, како што забележал Судскиот совет во параграф 111 од својата пресуда, не само што нема обврска да утврди дали масакрите и масовните депортации кои ги претрпел ерменскиот народ под власт на Османлиското Царство од 1915 година натаму можат да се окарактеризираат како геноцид во рамки на значењето на тој термин согласно меѓународното право, туку и нема овластување да дава законски обврзувачки изјави, на еден или друг начин, во однос на ова прашање.

II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 17 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

103. Првата точка за одлука е дали жалбата треба да се одбие упатувајќи на членот 17 од Конвенцијата која уредува:

„Ниту една одредба од Конвенцијата не може да се толкува на начин според кој, на некоја држава, група или поединец им се дава право да преземаат активности или постапки со кои се загрозува некое право или слобода што се признати со оваа Конвенција, или да ги ограничуваат овие права и слободи во мерка поголема од онаа предвидена со Конвенцијата.“

А. Пресудата на Судскиот совет

104. Судскиот совет разгледа дали да ја одбие жалбата согласно членот 17 од Конвенцијата. Наодот дека изјавите на жалителот не достигнале ниво да се сметаат за поттик на омраза против ерменскиот народ, дека тој не изразил презир кон жртвите од настаните од 1915 година и годините што следеле и дека тој не бил обвинет за тоа што се обидува да оправда геноцид, Судскиот совет заклучил дека жалителот не ја искористил својата слобода на изразување за цели спротивни на текстот и духот на Конвенцијата. Затоа немало причина да се одбие неговата жалба согласно членот 17.

Б. Поднесоци пред Големиот судски совет

1. Странките

105. Ниту жалителот ниту швајцарската Влада не се занимавале конкретно со оваа поента во своите поднесоци.

2. Третите страни

106. Турската Влада се изјасни дека за разлика од негирањето на Холокаустот изјавите на жалителот дека настаните од 1915 година и годините што следеле не претставувале геноцид не достигнало ниво на негирање на јасно утврден историски факт. Жалителот не ја оспорувал реалноста на масакрите и масовните депортации, туку само нивната правна карактеризација за која немало меѓународен консензус. Тие сè уште биле предмет на вжештена дебата. Ова било очигледно од изјавата на британската Влада околу шест месеци пред изјавите на жалителот, и од извештајот доставен до членовите на британскиот Парламент во 2012 година. Овие настани воопшто не биле спомнати во главите за геноцид во учебниците по јавно меѓународно право и меѓународно кривично право и ниеден од коментарите за Конвенцијата за геноцид не упатувале на тие настани како на „геноцид“ ниту ги посочувале како пример на геноцид. Во овој контекст секој обид да се повлече паралела со Холокаустот е неубедлив. Елементот поради кој правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале толку контроверзно прашање било токму присуството или отсуството на посебна намера да се уништи, која се бара за масовни убиства да потпаднаат под правната дефиниција на геноцидот. Ниту од национален ниту од меѓународен суд не била утврдена никаква намера од таков вид, што не бил случајот со Холокаустот, во однос на кој Меѓународниот воен суд, и тоа без употреба на терминот „геноцид“, утврдил намера.

107. Турската влада понатаму се изјасни дека жалителот едноставно го изразил своето мислење во однос на ова прашање. Не можело да има мешање во мислењата просто бидејќи јавните власти гледале на нив како на неосновани, емоционални, безвредни или опасни. Жалителот не се обидел да ги негира масовните убиства на Ерменците, да фрли сомнеж на страдањата на жртвите или да изрази презир за истите, да ги ослободи од вина виновните или да ги одобри нивните дела или да оправда прогеницидна политика.

108. Француската влада се изјасни дека негирањето на геноцид само по себе претставувало поттикнување на омраза и расизам, бидејќи во суштина предизвикувал такво однесување под изговор дека се преиспитуваат историски факти. Да се ужива заштитата од членот 10 од Конвенцијата, историската дебата морала да се стреми кон тоа да се дојде до вистината, а не да служи како средство за идеолошки потфати. Ова не било случај за мислења кои покажувале отсуство на самокритика и евидентно ги отфрлиле сведочењето на лица кои биле дел од настаните, и оттука не биле во согласност со историскиот метод; нивните автори не биле водени од загриженоста за дебатата и барањето на историската вистина. Таквите изјави во врска со геноцид го навредувале секавањето и честа на жртвите, и потпаѓале во опсегот на членот 17 од Конвенцијата.

109. Швајцарско-ерменското здружение се изјасни дека било јасно дека согласно судската пракса на судот жалителот можел да биде одбиен согласно членот 17 од Конвенцијата.

110. Федерацијата на турските здруженија од делот од Швајцарија каде се зборува француски се изјасни дека ќе било тешко да се оправда повикувањето на членот 17 од Конвенцијата во однос на изјавите со кои се негира карактеризацијата на настаните од 1915 година и годините што следеле како геноцид бидејќи, за разлика од негирањето на Холокаустот, таквите изјави не биле водени од расистички или антидемократски намери.

111. *ФИДХ* се изјасни дека со оглед на неговите радикални ефекти и ризикот од субјективни проценки, членот 17 од Конвенцијата морал да се примени крајно внимателно. Судската пракса на Судот за тоа дали изјавите потпаѓале под оваа одредба била неконзистентна и предмет на жестоки дебати. Затоа таквите прашања подобро биле решавани под членот 10 § 2 од Конвенцијата и тестот за сразмерност.

112. *ЛИЦРА* се изјасни дека тривијализацијата и негирањето на геноцидот претставувале навреда за човековото достоинство и вредностите на Конвенцијата. Ова се гледа од формулацијата на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик. Тие несомнено биле наменети да поттикнат омраза или барем да го повредат човековото достоинство.

В. Оценка на Судот

113. Во случајот *Жданока против Летонија* (*Ždanoka v. Latvia* ([GC], no. 58278/00, § 99, ECHR 2006-IV)), откако ја разгледал подготвителната работа на Конвенцијата, Судот рекол дека причината зошто членот бил вклучен во неа била затоа што не можело да се исклучи можноста дека едно лице или група на лица ќе се обидат да се потпрат на правата вградени во Конвенцијата за да го извлекат право за вршење на активности чија намера била да се уништат овие права.

114. Меѓутоа, членот 17, како што неодамна било потврдено од судот, се применува само врз вонредна основа и во екстремни случаи (види *Paksas v. Lithuania* [GC], no. 34932/04, § 87 *in fine*, ECHR 2011 (извадоци)). Неговиот ефект е да го негира остварувањето на правото од Конвенцијата дека жалителот сакал да се ослободи од обвинението во постапките пред Судот. Во случаи во врска со членот 10 од Конвенцијата, треба да се искористи само ако е веднаш јасно дека оспорените изјави се обидуваат да го оддалечат овој член од неговата вистинска намена преку примена на правото на изразување за цели јасно спротивни на вредностите на Конвенцијата (види, како неодамнешни примери, *Hizb ut-Tahrir and Others v. Germany* (dec.), no. 31098/08, §§ 73-74 and 78, 12 June 2012, и *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, nos. 26261/05 and 26377/06, §§ 106-13, 14 March 2013).

115. Бидејќи одлучувачката поента под членот 17 – дали изјавите на жалителот се обидуваат да поттикнат омраза или насилство и дали со нивното давање тој се обидел да се потпре на Конвенцијата за да се впушти во активност или да изврши дејствија насочени кон уништување на правата и слободите што се во неа дадени – не е веднаш јасно и се поклопува со прашањето дали мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување било „неопходно во едно демократско општество“, Судот утврдил дека прашањето дали членот 17 требал да се примени морало да се поврзе со основаноста на жалбата на жалителот во однос на членот 10 од Конвенцијата (види, *mutatis mutandis*, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 32, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 96, ECHR 2003-II; *Soulas and Others v. France*, no. 15948/03, § 23, 10 July 2008; *Féret v. Belgium*, no. 15615/07, § 52, 16 July 2009; *Varela Geis v. Spain*, no. 61005/09, § 31, 5 March 2013; и *Vona v. Hungary*, no. 35943/10, § 38, ECHR 2013).

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕНОТ 10 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

116. Жалителот се жалеше дека неговото кривично осудување и казна за тоа дека јавно изјавил дека немало ерменскиот геноцид претставувало повреда на неговото право за изразување. Тој се повика на членот 10 од Конвенцијата, чии релевантни делови уредуваат:

„1. Секој човек има право на слобода на изразувањето. Ова право ги опфаќа слободата на мислење и слободата на примање и пренесување информации или идеи, без мешање на јавната власт и без оглед на границите. ...

2. Остварувањето на овие слободи, коишто вклучуваат обврски и одговорности, може да биде под одредени формалности, услови, ограничувања и санкции предвидени со закон, кои во едно демократско општество претставуваат мерки неопходни за државната безбедност, територијалниот интегритет и јавната безбедност, заштитата на редот и спречувањето на нереди и злосторства, заштитата на здравјето или моралот, угледот или правата на другите, за спречување на ширењето на доверливи информации или за зачувување на авторитетот и непристрасноста на судството.“

117. Не било оспорено дека осудувањето и казнувањето на жалителот, проследено со налогот да му плати обесштетување на Швајцарско-ерменското здружение, претставувало мешање во остварувањето на неговото право на слобода на изразување. Таквото мешање ќе значи повреда на членот 10 од Конвенцијата доколку не се задоволи условот од вториот став. Меѓутоа Судот најпрво ќе испита дали членот 16 од Конвенцијата се применува во овој случај.

A. Членот 16 од Конвенцијата

118. Првото прашање за кое треба да се одлучи е дали, како што било сугерирано од швајцарската Влада, мешањето можело да се оправда согласно членот 16 од Конвенцијата на сметка на фактот дека жалителот бил странец.

119. Членот 16 од Конвенцијата уредува:

„Ниту една одредба од членовите 10, 11 и 14 не може да се толкува како забрана на Високите страни договорнички да наметнуваат ограничување во политичкото дејствување на странците.“

120. Единствениот случај во кој Судот го разгледувал овој член е *Пиермон против Франција (Piermont v. France)* (27 April 1995, § 64, Series A no. 314)), во кој жалителката, германски член на Европскиот парламент била протерана од Француска Полинезија како резултат на говор што таа го одржала таму. Судот одлучил дека со оглед дека госпоѓата била државјанин на друга земја-членка на Европската Унија и член на Европскиот парламент, и оттука не била „странец“, членот 16 не можел да се примени во нејзиниот случај.

121. Овде не е таков случајот. Меѓутоа, Судот не утврдил дека членот 16 може да обезбеди оправдување за мешањето во овој случај. Во својот извештај во случајот *Пиермон*, поранешната Комисија забележала дека овој член отсликувал застарено сфаќање на меѓународното право (види *Piermont v. France*, nos. 15773/89 and 15774/89, Commission's report of 20 January 1994, необјавено, § 58). Во точката 10 (в) од својата Препорака 799 (1977) за политичките права и позицијата на странците, Парламентарното собрание на Советот на Европа побара негово укинување. Никогаш не било применето од поранешната Комисија или Судот и неограниченото потпирање на него за да ја ограничи можноста за странци да го остварат своето право на слобода на изразување ќе биде спротивно на пресудите на Судот во случаи во кои било утврдено дека странците имале право да го остварат ова право без никакви сугестии дека можело да биде ограничено со упатување на членот 16 (види *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, §§ 28-44, 3 February 2009, и *Cox v. Turkey*, no. 2933/03, §§ 27-45, 20 May 2010). Навистина, во случајот *Кокс* (цитиран горе, § 31) Судот конкретно забележал дека со оглед дека правото на слобода на изразување било доделено од членот 10 § 1 од Конвенцијата „без разлика на границите“, не можела да се прави разлика меѓу неговото остварување од страна на државјани и странци.

122. Имајќи на ум дека клаузулите што дозволувале мешање во правата од Конвенцијата мораат да се толкуваат рестриктивно (види, меѓу другите извори, *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 52, Series A no. 323; *Rekvényi v. Hungary* [GC], no. 25390/94, § 42, ECHR 1999-III; и *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 61, ECHR 2007-V), Судот утврдил дека членот 16 требал да се толкува само како таков кој може да одобри ограничувања „за активности“ кои директно влијаат на политичкиот процес. Со оглед дека не е таков случајот не може да се смета дека може да ѝ помогне на швајцарската Влада.

123. Како заклучок, членот 16 од Конвенцијата не им давал овластување на швајцарските власти да го ограничат остварувањето на правото на жалителот на слобода на изразување во овој случај.

Б. Оправдување согласно членот 10 § 2 од Конвенцијата

124. За да биде оправдано согласно членот 10 § 2 од Конвенцијата, мешањето во правото на слобода на изразување мора да биде „пропишано со закон“, наменето за една или повеќе легитимни цели утврдени во тој став, и „неопходни во едно демократско општество“ за да се постигне таа цел или цели. Судот ќе ги разгледа овие точки една по една.

1. Законитоста на мешањето

(а) Пресудата на Судскиот совет

125. Судскиот совет, земајќи го во предвид начинот на кој швајцарскиот Сојузен суд го протолкувал членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик во случајот пред нас утврдил дека прецизностa на терминот „геноцид“ во овој член може да предизвика сомнеж. Меѓутоа, понатаму рекол дека жалителот, со оглед дека бил правник и добро информиран политичар можел да се посомнева дека неговите изјави можеле да резултираат со кривична одговорност, бидејќи швајцарскиот Национален совет го имал признато ерменскиот геноцид и бидејќи жалителот подоцна признал дека кога ги дал своите изјави тој бил свесен дека јавното негирање на геноцидот било криминализирано во Швајцарија. Жалителот затоа не можел да биде „несвесен дека со опишувањето на ерменскиот геноцид како „меѓународна лага“ тој се соочувал со можна кривична казна на швајцарската територија“ (види параграф 71 од пресудата на Судскиот совет). Мешањето во неговото право на слобода на изразување затоа можело да се смета за „пропишано со закон“.

(б) Изјаснување пред Големниот судски совет

(i) Странките

126. Жалителот не се изјасни во однос на оваа точка од членот 10 од Конвенцијата; наместо тоа тој се осврнa на неа со упатување на член 7 (види параграф 286 долу).

127. Швајцарската Влада упати на настаните што довеле до усвојување на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик во својата актуелна форма. Според нив овие настани покажале дека кога се подготвувала оваа одредба швајцарскиот законодавец јасно го дефинирал својот планиран опсег. Претходниот случај во кој бил применет за изјави во врска со настаните од 1915 година и годините што следеле – што резултирал со пресудата на Окружниот суд на Берн-Лупен од 14 септември 2001 година – го оставил отворено прашањето дали масакрите и сверствата против ерменскиот народ требале да се карактеризираат како геноцид. Швајцарската Влада исто така посочила дека членот 261 *bis* § 4 го направил негирањето на геноцидот и злосторствата против човештвото прекршок, додавајќи дека може да постои мал спор дека сверствата против Ерменците претставувале такви кривични дела. Врз оваа основа тие заклучиле дека членот бил формулиран со доволна прецизност.

(ii) Третите странки

128. Турската влада се изјасни дека членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик не го остварил очекуваното високо ниво на предвидливост што се барало од кривично-правните прописи што можеле да резултираат со тешки казни, и дека жалителот не можел да очекува дека ќе бил осуден согласно таа одредба врз основа на неговите изјави.

129. Турската Влада понатаму изјави дека при признавањето на „геноцидот“ како добро дефиниран правен концепт, швајцарските судови се обидуваа да утврдат дали настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале геноцид со упатување на голем консензус во однос на таа точка во швајцарското општество. Поентата што е важна за овие судови според тоа не е дали овие настани навистина достигнале ниво на геноцид, туку дали швајцарското општество верувало дека е така. Ова можеби може да се објасни со практична неможност, нотирана од доктрината, за домашните судови да одлучат во такви случаи дали историските настани се квалификувале како геноцид во рамките на значењето на меѓународното и домашното право. Меѓутоа, проблемот со утврдувањето на таа поента преку упатување на општествен консензус кој би можел да биде нешто што брзо се менува, бил во тоа дека немало правни критериуми кои нуделе насоки во врска со ова. Таквата неодреденост била некомпатибилна со законската сигурност. Фактот дека швајцарската Влада и многу други влади не упатувале на настаните од 1915 година и годините што следеле како на „геноцид“ и дека низа историчари зазеле став дека тие не достигнале ниво што можело да го наведат жалителот да смета дека ова прашање сè уште не било решено во Швајцарија. Како доктор по правни науки, тој гледал на „геноцидот“ строго како на правен концепт и не можел да предвиди дека би бил утврден со упатување на чисто општествен консензус. Разликата меѓу строгиот правен поим и полабавото користење на зборот „геноцид“ надвор од правничките кружоци било забележано во доктрината упатувајќи на сверствата кои се случиле во Камбоџа, Босна и Дарфур. Потпирањето на општествен консензус во таа насока би можело да овозможи политички активните интересни групи да го прошират опсегот од членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик со лобирање за парламентарно признавање на одредени настани како геноциди без да се земе во предвид правната дефиниција на терминот. Пристапот на швајцарските судови оттука значел дека мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување не било пропишано „со закон“ туку „со јавното мислење“.

(в) Оценка на Судот

130. Не било оспорено дека мешањето во остварувањето на правото на жалителот на слобода на изразување имало правна основа во швајцарското право - членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик ... – и дека релевантното право било достапно. Аргументите дадени од странките и од третите странки биле сведени на поентата дали законот бил доволно предвидлив за потребите на членот 10 § 2 од Конвенцијата.

(i) Општи принципи

131. Во првиот случај во кој морало да се дефинира значењето на фразата „пропишано со закон“ во членот 10 § 2 од Конвенцијата, во случајот *Сандеј Тајмс против Обединетото Кралство* (*The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*) (26 April 1979, §§ 48-49, Series A no. 30)), Судот одлучил дека меѓу другото тоа вклучувало и барање за предвидливост. Една норма не може да се смета за „закон“ освен ако не била формулирана доволно прецизно за да му овозможи на засегнатото лице да го регулира своето однесување: тој или таа треба да може – доколку е потребно со соодветно советување – да ги предвиди, до степен кој бил разумен во околностите, последиците кои одредено дејствие потенцијално ги носи. Меѓутоа, Судот понатаму вели дека овие последици не морале да бидат предвидливи со апсолутна сигурност, бидејќи искуството покажало дека тоа било неостварливо.

132. Во својата понатамошна судска пракса во однос на членот 10 § 2 Судот, со некои помали варијации во формулацијата доследно се држел до својот став (види, меѓу другите извори, *Реквењи*, цитиран горе, § 34; *Öztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, § 54, ECHR 1999-VI; и *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 41, ECHR 2007-IV).

133. Дури и во случаи во кои мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување добило форма на кривична „казна“, Судот ја признал неможноста да се оствари апсолутна прецизност во врамувањето на законите, особено во области во кои состојбата се менувала согласно доминантните гледишта на општеството, и прифатил дека потребата да се избегне крутост и да се држи чекор со околностите што се менуваат значи дека многу закони се формулирани така што до одредена мерка се нејасни и чие толкување и примена се прашања на пракса (види, меѓу другите извори, *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 29, Series A no. 133; *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 37, ECHR 2001-I; и *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 43, ECHR 2004-VI).

134. Природно, кога се зборува за „правото“ членот 10 § 2 е носител на истиот концепт на кој Конвенцијата упатува на други места кога го

користи овој термин, на пример – како особено релевантно за целите на овој случај – во член 7 (види *Grigoriades v. Greece*, 25 November 1997, § 50, *Reports* 1997-VII; *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* [GC], nos. 23536/94 and 24408/94, § 49, ECHR 1999-IV; и *Erdoğdu and İnce v. Turkey* [GC], nos. 25067/94 and 25068/94, § 59, ECHR 1999-IV). Во контекст на членот 7 Судот конзистентно одлучува дека барањето делата да се јасно дефинирани во правото е задоволено кога едно лице може да знае од формулацијата на релевантната одредба – доколку е потребно со помош на негово толкување од страна на судот – кои дејствија или пропусти ќе го направат кривично одговорен (види, општо, од неодамнешните извори, *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, § 185, ECHR 2010; *Del Río Prada v. Spain* [GC], no. 42750/09, § 79, ECHR 2013; и *Rohlena v. the Czech Republic* [GC], no. 59552/08, § 50, ECHR 2015, и во контекст на случај што се однесувал на членовите 7 и 10 од Конвенцијата, *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 20, ECHR 2004-II). Членот 7 не забранува постепено разјаснување на правилата на кривичната одговорност преку судско толкување од случај до случај, доколку развиената резултанта е доследна на суштината на делото и може разумно да се предвиди (види *Kononov*, § 185; *Del Río Prada*, § 93; и *Rohlena*, § 50, сите цитирани горе).

135. Судот исто така одлучи преку упатување на членовите 9, 10 и 11 од Конвенцијата дека чистиот факт дека правната одредба може да понуди повеќе од една конструкција не значи дека не го исполнува условот за предвидливост (види *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 91, ECHR 2005-XI, што се однесува до членот 9; *Bozgt*, цитиран горе, § 48 *in fine*, што се однесува до членот 10; и *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 65, ECHR 2004-I, што се однесува до членот 11). Во контекст на членовите 7 и 10 забележал дека кога со законодавството се креираат нови кривични дела секогаш постои елемент на несигурност околу значењето на законскиот пропис додека не се протолкува или примени од кривичните судови (види *Jobe v. the United Kingdom* (dec.), no. 48278/09, 14 June 2011).

136. При проверката на овие поенти во актуелниот случај, Судот има на ум дека согласно својата добро воспоставена судска пракса, во постапки кои потекнуваат од поединечна примена согласно членот 34 од Конвенцијата неговата задача не е да се разгледа домашното право на апстрактен начин туку да се одреди дали начинот на кој тоа било применето кај жалителот резултирало со повреда на Конвенцијата (види, меѓу другите власти, *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 39 *in fine*, Series A no. 18; *Minelli v. Switzerland*, 25 March 1983, § 35, Series A no. 62; и *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 116, ECHR 2012).

(ii) Примена на горенаведените принципи во актуелниот случај

137. Од горенаведените принципи следи дека истакнатото прашање во овој случај не е дали членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик е во принцип доволно предвидлив во својата примена, особено во своето користење на терминот „геноцид“, туку дали кога ги дал изјавите за кои тој бил осуден жалителот знаел или требало да знае – доколку било потребно, по добивањето на соодветен правен совет – дека тие изјави би можеле да го направат кривично одговорен согласно оваа одредба.

138. Окружниот полициски суд на Лозана и Сојузниот суд одлучиле врз основа на записот од интервјуата на жалителот со обвинителството дека тој знаел дека швајцарскиот Национален совет ги признал настаните од 1915 година и годините што следеле за геноцид, и дејствувал заради желбата да помогне „да се поправи грешката“ (види параграфи 22 и 26 горе). Со оглед на ова и на формулацијата на членот 261 *bis* § 4 од Швајцарскиот кривичен законик, гледано особено во контекст на тоа како бил изготвуван (види ... *mutatis mutandis*, *Olsson v. Sweden* (no. 1), 24 March 1988, § 62, Series A no. 130) – Судот утврди дека жалителот, и покрај своето протестирање во спротивно, разумно можело да се предвиди дека изјавите во врска со овие настани можеле да резултираат со кривична одговорност согласно таа одредба. Фактот дека претходно обвинение во врска со слични изјави резултирало со ослободување не го менува тоа, особено имајќи на ум дека Окружниот суд на Берн-Лупен одлучил да донесе ослободителна пресуда бидејќи утврдил дека обвинетиот не делувал од расистички побуди – прашање што може да варира од случај до случај во зависност од засегнатото лице и точната содржина на неговите изјави - додека во исто време го остава отворено прашањето дали настаните од 1915 година и годините што следеле можеле да се сметаат за “геноцид“ за потребите на членот 261 *bis* § 4 ... Жалителот можел да дознае за ова преку добивање на соодветен правен совет. Точно е дека во отсуство на побогата судска пракса за оваа точка, не било сосема јасно како судските совети ќе утврделе како овие настани достигнале ниво на „геноцид“ во рамки на значењето од членот 261 *bis* § 4 во последователен случај. Меѓутоа овие судови не можат да се обвинуваат за состојбата, која се чинело врз, основа на сè, дека се должела на фактот дека тие ретко имале прилика да бидат соочени со дела како тоа извршено од жалителот (види, *mutatis mutandis*, *Soros v. France*, no. 50425/06, § 58, 6 October 2011). Нивниот пристап во случајот на жалителот разумно можело да се очекува, особено со оглед на усвојувањето на предлогот за признавање на настаните од 1915 година и годините што следеле како геноцид од страна на швајцарскиот Национален совет. Ваквиот пристап не достигнал ниво на ненадејна и непредвидлива промена во судската пракса (види *mutatis mutandis*, *Jorgic v. Germany*, no. 74613/01,

§§ 109-13, ECHR 2007-III, и спротивно на тоа *Pessino v. France*, no. 40403/02, §§ 34-36, 10 October 2006), и не можело да се смета за проширување на опсегот на кривичниот закон по пат на аналогија (спротивно на тоа *Karademirci and Others v. Turkey*, nos. 37096/97 and 37101/97, § 42, ECHR 2005-I).

139. Прашањето дали пристапот на швајцарските судови кон прашањето што претставувало „геноцид“ за потребите на членот 261 *bis* § 4 на швајцарскиот Кривичен законик било прифатливо во смисла дека за Конвенцијата е важна релевантноста и достаточноста на основите дадени од нив за да се оправда осудувањето на жалителот, и ќе биде разгледан долу под точката за неопходност (види, *mutatis mutandis*, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July*, цитиран горе, § 42 *in fine*).

140. Мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување оттука било доволно предвидливо, и затоа „пропишано со закон“ во рамки на значењето на членот 10 § 2 од Конвенцијата.

2. Легитимна цел

(а) Пресудата на Судскиот совет

141. Судскиот совет прифати дека мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување имало за цел да ги заштити „правата на другите“, имено честа на роднините на жртвите на сверствата извршени од страна на Османлиското Царство против ерменскиот народ во 1915 година и потоа. Меѓутоа одлучил дека тврдењето на швајцарската Влада дека коментарите на жалителот дополнително претставувале сериозен ризик по јавниот ред не било доволно поткрепено.

(б) Изјаснување пред Големиот судски совет

(i) Странките

142. Жалителот конкретно не се занимавал со оваа поента во своите изјаснувања.

143. Швајцарската Влада се изјаснила дека мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување имало за цел да ги заштити правата на другите: жртвите на настаните од 1915 година и годините што следеле и нивните потомци. Ставовите на жалителот претставувале закана по идентитетот на ерменската заедница. Мешањето исто така имало за цел да го заштити јавниот ред. На 24 јули 2004 година, жалителот се обратил на митинг во Лозана по повод обележувањето на потпишувањето на Договорот од Лозана, на кој присуствувале околу 2.000 луѓе од Швајцарија и странство, и кој наметнувал одреден ризик бидејќи се одржувал во исто време со друг

митинг. Швајцарската Влада исто така посочила дека местото на членот 261 *bis* во швајцарскиот Кривичен законик било во поглавјето кое се занимава со „дела против јавниот мир“ и дека согласно судската пракса на швајцарскиот Сојузен суд, целта на тој член била не само да ги заштити припадниците на одредена етничка или верска група, туку исто така да го одржи јавниот ред. Ова исто така било очигледно и од обврските на Швајцарија согласно членот 4 (б) од ЦЕРД и членот 20 § 2 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП) како што се толкувани од страна на Комитетот за човекови права на ООН.

(ii) Третите странки

144. Турската влада се изјаснила дека не била утврдена никаква врска меѓу осудувањето на жалителот и одржувањето на јавната безбедност, и дека не се упатувало на никаква конкретна закана по јавната сигурност. Тие го посочиле на разликата меѓу формулацијата на членот 10 § 2 од Конвенцијата, во која се зборувало за „спречување неред“ и таа во членот 19 § 3 (б) од МПГПП, каде бил употребен терминот „заштита ... на јавниот ред“, и посочил дека немало никаква индикација дека постоела веројатност изјавите на жалителот да предизвикаат неред или всушност дека предизвикале неред. Слични изјави биле дадени пред и после тие во прашање во овој случај без да се поттикнува некаков наводен неред.

(в) Оценката на Судот

145. Швајцарската Влада тврдеше дека мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување барало да се остварат две легитимни цели согласно членот 10 § 2 од Конвенцијата: „спречување на неред“ и „заштита на ... правата на другите“. Судот ќе се занимава со секое од тие тврдења поединечно.

(i) „Спречување на неред“

146. Кога се воспоставуваат различни легитимни цели кои можат да оправдаат мешање во правата што се вградени во Конвенцијата и нејзините протоколи, различни членови во англискиот текст на Конвенцијата и нејзините Протоколи користат различни формулации. Членот 10 § 2 од Конвенцијата, како и членовите 8 § 2 и 11 § 2 го содржат терминот „спречување на неред“, каде членот 6 § 1 од Конвенцијата и членот 1 § 2 од Протоколот бр. 7 зборуваат за „интересите на јавниот ред“, членот 9 § 2 од Конвенцијата ја користи формулата „заштита на јавниот ред“, а членот 2 § 3 од Протоколот бр. 4 упатува на „одржување на *ordre public* (јавен ред)“. Иако како што е забележано во параграф 134 горе, кога се користи истиот термин, Конвенцијата и нејзините Протоколи мора во принцип да бидат

сфатени така дека упатуваат на истиот концепт, разликите во термините што биле употребени морале нормално да се претпостави дека значат варијација во значењето. Видено во овој контекст вторите формули се чини дека носат пошироко значење засновани на широкиот поим на јавниот ред (*ordre public*) што се користи во континенталните земји (види параграф 16 од Појаснувачкиот извештај за Протоколот бр. 4) – кој често пати се сфаќа дека се однесува на корпус на политички, економски и морални принципи кои се од суштинска важност за одржување на социјалната структура, а во некои јурисдикции дури вклучува и човечко достоинство – додека претходната се јавува со потесно значење, разбрано во суштина во случаи од овој тип како митинзи или други форми на јавни нереди.

147. Од друга страна францускиот текст на членот 10 § 2 од Конвенцијата, како и оние на членовите 8 § 2 и 11 § 2 зборуваат за „*la défense de l'ordre*“, што може да се сфати како да има пошироко значење од терминот „спречување на немири (prevention of disorder)“ во англискиот текст. Сепак овде исто така постои разлика во формулацијата, бидејќи францускиот текст на членот 6 § 1 од Конвенцијата, и на членот 2 § 3 од Протоколот бр. 4 и членот 1 § 2 од Протоколот бр. 7, упатува на „*ordre public*“.

148. Навистина, Судот неодамна ја забележа разликата меѓу терминот „спречување неред (prevention of disorder)“ („*défense de l'ordre*“ во францускиот текст) во членот 8 § 2 од Конвенцијата и терминот „јавен ред (public order)“ („*ordre public*“) (види *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, § 117, ECHR 2014 (извадоци)).

149. Според членот 33 § 1 од Виенската конвенција од 1969 година за договорното право договорите треба „добронамерно да се толкува во согласност со вообичаеното значење што мора да им се даде на изразите во договорот во нивниот контекст и во светлината на неговиот предмет и неговата цел“. Со членот 33 § 3 од таа Конвенција, која се занимава со толкувањето на договорите кои, како и Конвенцијата, се прогласени за автентични на два или повеќе јазици, термините од еден договор „се сметаат дека го имаат истото значење како секој автентичен текст“. Членот 33 § 4 од таа Конвенција вели дека кога споредбата на автентични текстови ќе покаже разлика во значењето која примената на другите правила на толкување не ја отстрануваат, значењето кое мора да се усвои е тоа кое „најдобро ги усогласува текстовите, притоа имајќи ги на ум целта и намената на договорот“. На второво мора да се гледа како на општо правило за толкување дадено во членот 31 § 1 од Конвенцијата (види *Голдер*, цитиран горе, § 30, и *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 58, ECHR 2000-III).

150. Судот веќе имал можност да каже дека овие правила - кои ги отсликуваат општо прифатените принципи на меѓународното право

(види *Голдер*, цитиран горе, § 29) кои веќе се стекнале со статус на обичајно право (види *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 466, §§ 99 and 101) – бараат да ги толкуваат релевантните текстови на начин кој ги помирува колку што е можно повеќе и е најсоодветен за да се реализира целта и намерата на Конвенцијата (види *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, p. 23, § 8, Series A no. 7; *The Sunday Times*, цитиран горе, § 48; *Brogan and Others v. the United Kingdom*, 29 November 1988, § 59, Series A no. 145-B; и *Штол*, цитиран горе, §§ 59-60).

151. Имајќи на ум дека контекстот во кој термините во прашање биле употребени е договор за делотворна заштита на поединечни човекови права (види *Saadi v. the United Kingdom [GC]*, no. 13229/03, § 62, ECHR 2008), дека клаузулите, како што е членот 10 § 2, кој дозволува мешање во правата од Конвенцијата мора да се толкува рестриктивно (види, меѓу другите извори, *Вогт*, § 52; *Реквењи*, § 42; и особено *Штол*, § 61, сите цитирани горе), и дека поопшто, на исклучоците на општото правило не може да им се даде пошироко толкување (види *Витолд Литва*, цитиран горе, § 59), Судот утврди дека со оглед дека зборовите што се употребени во англискиот текст се чини дека се способни само за потесно значење, изразите “the prevention of disorder” (спречување на нереди) и “la défense de l’ordre” во англискиот и францускиот текст на членот 10 § 2 можат да се усогласат ако се читаат така што ќе им се даде потесно значење.

152. Аргументите на швајцарската Влада во врска со систематското место на членот 261 *bis* во швајцарскиот Кривичен законик и правните интереси кои треба да ги заштити согласно швајцарското право поврзани се со поширокото значење и затоа се малку релевантни во актуелниот контекст. Она што пред сè треба да се демонстрира е дека изјавите на жалителот биле способни да доведат или реално довеле до неред – на пример во форма на јавни нереди – и со казнувањето, швајцарските власти го имале тоа на ум.

153. Меѓутоа, единствениот аргумент што швајцарската Влада го понуди во поткрепа на нивното тврдење дека така било, беше упатувањето на два спротивставени митинзи одржани во Лозана на 24 јули 2004 година – околу една година пред настаните за кои жалителот бил осуден – и учеството на жалителот на еден од нив како говорник. Швајцарската Влада не понуди детали во однос на тоа, и нема никакви докази дека всушност дошло до конфронтации на тие митинзи (од друга страна, *mutatis mutandis*, *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria*, 21 June 1988, §§ 12-13, 19 and 37-38, Series A no. 139, и *Chorherr v. Austria*, 25 August 1993, §§ 7-8 and 28, Series A no. 266-B). Што е уште поважно ниедно од овие прашање не било спомнато од швајцарските судови во нивните одлуки во кривичниот случај против жалителот, кој бил покренат согласно жалбата на Швајцарско-

ерменското здружение, а не толку на предлог на самите власти. Конечно нема докази дека во времето на јавните настани на кои жалителот ги дал своите изјави државните власти гледале на тие настани како на такви кои можеле да доведат до јавни нереди и се обидела да ги регулира на таа основа. Ниту пак постојат докази дека и покрај присуството и на ерменската и на турската заедница во Швајцарија, ваквиот вид на изјави можеле да претставуваат ризик за поттикнување на сериозни тензии и поттикнување на судирите (од друга страна *Castells v. Spain*, 23 April 1992, § 39, Series A no. 236).

154. Судот затоа не е задоволен дека мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување се вршело заради „спречување на нереди“.

(ii) „Заштитата на ... правата на другите“

155. Што се однесува до оваа легитимна цел, треба да се направи разлика меѓу од една страна достоинството на починатите и преживеаните жртви од настаните од 1915 година и годините што следеле и од друга страна достоинството, вклучително и идентитетот на денешните Ерменците како нивни потомци.

156. Како што било забележано од швајцарскиот Сојузен суд во точка 5.2 од својата пресуда, многу од потомците на жртвите од настаните од 1915 година и годините што следеле – особено оние од ерменската дијаспора – го изградиле идентитетот околу перцепцијата дека нивната заедница била жртва на геноцид (види параграф 26 горе). Со оглед на тоа, Судот прифаќа дека мешањето во изјавите на жалителот, во кои тој отфрлил дека Ерменците страдале од геноцид, имало за цел да го заштити тој идентитет, и оттука достоинството на денешните Ерменците. Истовремено тешко дека може да се каже дека со оспорување на правната квалификација на настаните жалителот фрла негативно светло врз жртвите, лишувајќи ги од нивното достоинство или намалувајќи ја нивната човечност. Ниту пак се чини дека тој своите обвиненија дека идејата за ерменскиот геноцид бил „меѓународна лага“ ги упатил кон тие лица или нивните потомци; севкупното расположение на неговите изјави покажува дека ова обвинение било повеќе насочено кон „империјалистите“ од „Англија, Франција и Царска Русија“ и „[Соединетите Американски Држави] и [Европската Унија]“ (види параграф 13 горе). Од друга страна не може да се занемари дека во своите изјави дадени во Кониц жалителот зборувал за Ерменците кои биле дел од настаните како за „инструменти“ на „империјалистичките сили“, и ги обвинил за „вршење масакри врз Турците и муслиманите“ (види параграф 16 горе). Во тие околности, Судот може да се согласи дека мешањето исто така имало за цел да се заштити достоинството на тие лица и оттука достоинството на нивните потомци.

157. Мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување може оттука да се смета дека било наменето „за заштита на ... правата на другите“. Останува да се види дали кривичната „казна“ била „неопходна во едно демократско општество“ за таа цел.

3. Неопходноста од мешање во едно демократско општество

(а) Пресудата на Судскиот совет

158. Судскиот совет откако ги разгледа изјавите на жалителот во кој контекст тие биле дадени и со оглед на позицијата на жалителот, утврдил дека тие биле од „историска, правна и политичка природа“ и поврзани со дебата од јавен интерес и врз основа на ова заклучил дека маргината на дискреционо право на швајцарските власти во однос на нив била намалена. Тој утврдил дека е проблематично што швајцарските судови се потпирале на поимот за „општ консензус“ за правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле за да се оправда осудувањето на жалителот. Понатаму рече дека немало индикација дека изјавите на жалителот биле веројатно да предизвикаат омраза или насилство, и направи разлика меѓу нив и изјавите со кои бил негиран Холокаустот на основ дека тие не ги имале истите импликации и не било веројатно да ги имаат истите импликации. Судскиот совет исто така се осврнал на неодамнешниот развој во компаративното право и позицијата на Комитетот на ООН за човекови права. Врз основа на ова, изразил сомнежи дека осудувањето на жалителот било потребно заради итна општествена потреба. Тој ја зел во предвид сериозноста на изречената казна против жалителот и дошол до заклучок дека неговото кривично осудување и казна не биле „неопходни во едно демократско општество“ заради заштита на честа и чувствата на потомците на жртвите на настаните од 1915 година и годините што следеле.

(б) Поднесоци пред Големиот судски совет

(i) Странките

(а) Жалителот

159. Жалителот се изјаснил дека неговите изјави имале право на поголема заштита согласно членот 10 од Конвенцијата бидејќи тие провоцирале дебата не само за настаните од 1915 година и годините што следеле туку исто така и за тоа дали е во ред да се криминализираат мислењата по контроверзни историски настани кои се разликувале; обете прашања биле од јавен интерес. Изрекувањето на кривична казна на сметка на овие изјави имало за цел да ја задуши таа дебата и да ја спречи јавноста да чуе различни толкувања на историски

настани, и всушност креирало официјална историографија за страдањата на Ерменците во Османлиското Царство. Ова било спротивно на отворена дебата и слобода на испитување, што е во суштината на едно демократско општество. Тој не ги отфрлил настаните како такви, само нивната карактеризација како геноцид во рамките на значењето на тој термин во меѓународното право, особено со оглед на недостатокот на докази за конкретна намера од страна на османлиската Влада да ги уништи Ерменците како група. Неговиот аргумент дополнително наоѓал поддршка во отсуството на ретроактивна примена на Конвенцијата за геноцид и фактот дека настаните во прашање не биле признати како геноцид од страна на надлежен суд. Ова ја обележувало разликата меѓу неговите изјави и изјавите за негирање на Холокаустот, што содржело конкретни историски факти, не само нивната категоризација. Исто така, Холокаустот бил јасно утврден од меѓународен суд врз основа на јасни правни правила, така што примарните факти и нивната правна карактеризација сега не можеле да се разликуваат едни од други. Овој суд всушност само ја дозволувал криминализацијата на негирањето на Холокаустот на сметка на антисемитската и антидемократската намера на оние кои биле вклучени во тоа. Со оглед на општествената клима во современа Европа, ова негирање бил единствена појава способна за рационализација на слично кривично дело и да преставува знак на расна омраза. Наспроти тоа, немало историја на прогон на Ерменците во Европа. Во врска со ова, жалителот нагласил низа одлики по кои според него Холокаустот се разликувал од настаните од 1915 година и годините што следеле, и рекол дека една работа била да се признае еден настан како геноцид, а сосема друга да се прогласи за незаконско изразувањето на мислење различно од тоа.

160. Жалителот исто така се изјаснил дека историското истражување за настаните од 1915 година и годините што следеле било во тек и дека не постоел консензус меѓу научната јавност во врска со тоа. На тврдењето на швајцарските власти во таа насока биле спротивставени изјавите на многу ценети историчари и политички фигури. Исто така во 2009 година, после посредништвото на швајцарската Влада, ерменската и турската влада се договориле да формираат заедничка комисија за истражување на историските записи и да формулираат препораки; но тоа не се случило бидејќи двата парламенти не успеале да го ратификуваат договорот. Исто така требало да се има на ум дека терминот геноцид како што бил дефиниран во меѓународното право во целост не се поклопил со поимот на Рафаел Лемпкин, чии изјави по таа точка покажале дека при изведувањето на терминот тој бил инспириран од широк спектар на историски настани.

161. Жалителот понатаму тврдел дека неговите изјави не претставувале екстремистичко мислење и сериозно не го поткопале идентитетот на Ерменците. Тој не се изразил на начин кој предизвикувал омраза или промовирање на расна дискриминација. Затоа немало потреба од криминализација на изјавите согласно членот 4 од ЦЕРД. Неговото одбивање да го смени мислењето дури и да се соочи со наодите на неутрален комитет не го менувало тоа; како правник по професија тој не можел да се согласи дека таков комитет можел да го замени надлежниот суд предвиден во членот VI од Конвенцијата за геноцид. Неговите изјави не се воделе од расистички мотиви, туку од законски и историски размислувања. Како адвокат, тој инсистирал на потребата за придржување на правните принципи во дефинирањето на геноцидот и го отфрлил политичкото користење на терминот од страна на интересните групи. Неговите осудувања како социјалистички лидер до довело да ги осуди оние што ги сметал за империјалистички сили, а не Ерменците за ширењето на „меѓународната лага“. Оттука тој не ги обвинил жртвите дека ја фалсификувале историјата, туку само нагласил дека “ерменското прашање“ во Османлиското Царство било важен дел на хегемонистичкиот дискурс. Во неговата работа како историчар сфатил дека не постоел консензус меѓу историчарите по тоа прашање. Спротивно на она што било утврдено од страна на швајцарските власти, неговото чисто споменување на Талат Паша не значело дека тој поддржувал сè што тој направил и секој негов говор.

162. Според жалителот, колку и да допрел тема чие дискутирање било забрането согласно швајцарското право, неговите изјави се однесувале на домашен спор во Швајцарија. Членот 261 *bis* од Кривичниот законик исто така бил контроверзен во таа смисла, дури привлечло критика од поранешен министер за правда. Од своја страна дебатите низ Европа во врска со правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле покажала дека ова било нешто што ја засегаало јавноста, не само во Турција, туку исто така и на меѓународно ниво, вклучително и во Швајцарија, особено заради тоа што ова прашање ја засегаало турската заедница таму.

163. Жалителот понатаму се изјасни дека тој бил водечки активист против расизмот кој бил поканет да зборува за такви прашања од страна на *ЛИЦРА* и Европскиот парламент. Тој исто така поминал тринаесет години затвор во Турција како казна за неговата борба за еднаквост на сите граѓани, вклучително и маргинализираните групи како Алевите, Крдите и христијанските малцинства; Судот двапати утврдил повреда на неговите права согласно Конвенцијата, а поврзано со тоа. Оттука било апсурдно да биде жигосан како расист.

164. Конечно, жалителот посочил дека во случај во кој две лица кои го негирале геноцидот во Сребреница – што се случил во многу поново

време и кој бил признат како таков од страна на МСП – швајцарските власти одлучиле да не поднесат обвинение, утврдувајќи дека дејствијата на лицата не биле расистички мотивирани. Тоа покажувало дека членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик бил применет на нееднаков и политизиран начин.

(β) Швајцарската Влада

165. Швајцарската Влада се изјасни дека како што утврдил швајцарскиот Сојузен суд, во точка 7 од неговата пресуда дека масакрите и масовните депортации на Ерменците во 1915 година и годините што следеле претставувале злосторства против човештвото, чие оправдување исто така потпаѓало под опсегот на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик, правната карактеризација на тие настани имала само ограничена релевантност. Тие посочија дека не се согласувале со Судскиот совет дека жалителот бил осуден само за негирање на правната карактеризација на овие настани. Тие посочија во врска со ова дека жалителот тврдел дека Ерменците биле агресори на турскиот народ и дека употребата на терминот геноцид да се опишат сверствата против нив претставувало „меѓународна лага“, и тој тврдел дека бил следбеник на Талат Паша, протагонист во тие настани. Затоа неговите гледишта не биле ограничени да оспорување на правната карактеризација на настаните. При опишувањето на Ерменците за агресори, тој се обидува да ги оправда делата извршени против нив на начин кој е веројатно да го повреди достоинството на жртвите и нивните роднини. Навистина според швајцарскиот Сојузен суд, изјавите на жалителот претставувале сериозна закана по идентитетот на припадниците на ерменската заедница, која себеси се идентификувала особено преку нејзината историја, обележана од настаните од 1915 година и годините што следеле. Ако само се гледа на обвинението на жалителот заради негирањето на геноцидот, Судскиот совет не успеал го земе во предвид контекстот и цврстината со која тој изјавил дека тој никогаш немало да го смени своето мислење за овие настани.

166. Швајцарската Влада го оспори описот од страна на Судскиот совет на изјавите на жалителот како изјави од „историска, правна и политичка природа“ и неговата последователна пресуда дека маргината на дискреционото право на домашните власти била намалена. Според нив слободата на историска дебата се однесувала само на изјави кои се сметале дека ја бараат историската вистина и чии автори се обидувале да дебатираат отворено и непристрасно наместо да поттикнуваат неоправдани контроверзности. Жалителот неколку пати повторил дека тој никогаш немало да го смени своето мислење и никогаш не барал вистинска дебата. Смеслата на неговите изјави покажала дека тој не ги следел основните правила на историскиот

метод. Во овие околности, на властите требале да им се даде широка маргина на дискреционо право.

167. Изјавите на жалителот не можеле да го добијат степенот на заштита кој вообичаено му се давал на политичкиот говор, бидејќи тие не биле поврзани со швајцарската домашна политика и дебатата во рамките на швајцарското општество. Тој не се обидел да го оспори членот 261 *bis* од швајцарскиот Кривичен законик или да дискутира за друг аспект на швајцарскиот политички живот, туку зборувал за прашање поврзано со политиките на неговата земја на потекло. Тој не може да се стави на исто рамниште со лице кое се изразува во рамките на една домашна политичка дебата, бидејќи ова недоволно би ја зел во предвид целта на правото на слобода на изразување. Оваа поента исто така следела од членот 16 од Конвенцијата, според која Високите страни договорнички можеле да наметнат ограничувања на политичката активност на странците. Со одлуката дека изјавите на жалителот се квалификувале како политички говор, Судскиот совет ја спречила Швајцарија да реагира на политички спор на кој таа немала никакво влијание, иако швајцарските власти можеле да имаат легитимен интерес да обезбедат примена на принципот дека остварувањето на правото на слобода на изразување носел со себе обврски и одговорности.

168. Швајцарскиот Сојузен суд одлучил дека не било своеволно за кантоналните власти да го утврдат постоењето на општ консензус за правната карактеризација на сверствата извршени од Османлиското Царство врз ерменскиот народ. Со одбивањето на аргументите на жалителот, тој суд изјавил дека консензусот не значел едногласност. Не дека швајцарските судови едноставно ги прифатиле политичките изјави по ова прашање, туку разгледале дали гледиштата на властите кои ги поттикнале ваквите изјави биле засновани на совет од квалификувани стручни лица или убедливи и поткрепени извештаи, и дали ја разгледале литературата во врска со меѓународното кривично право и геноцидот. При потврдата дека одлуките на пониските судови по оваа точка не биле своеволни, швајцарскиот Сојузен суд одлучил да не донесе одлука во врска со историски прашања. Бидејќи Судскиот совет одлучил дека швајцарските судови направиле грешка со прифаќањето на постоење на таков општ консензус, мора да се забележи, прво, дека според Судскиот совет жалителот ја оспорил правната карактеризација на настаните, но не дека тие не се случиле, и второ, дека настаните би потпаднале под членот 261 *bis* § 4 дури иако тие биле карактеризирани како злосторства против човештвото, а не геноцид. Високите страни договорнички требале да можат да го криминализираат нивното негирање дури и ако ова било само предмет на општ консензус, без разлика на бројот на држави кои зазеле таков пристап.

169. Морало да се има на ум дека членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик не бранел чисто негирање, тривијализација или оправдување на геноцидот или злосторствата против човештвото; дополнително тој барал овие дела да бидат спроведени по основ на раса, етничко потекло или вера на начин кој го повредувал човековото достоинство. Во случајот на жалителот, швајцарските судови имале повеќе причини да одлучат дека неговите изјави биле мотивирани од расизам. Тој се обидува да ги оправда делата извршени против Ерменците и да ги обвини и нив за такви дела и дека нивните потомци ја фалсификувале историјата. Швајцарските судови затоа не може да згрешиле кога одлучиле дека изјавите на жалителот немале намера да дадат свој придонес во историска дебата. Во наодот дека жалителот не изразил презир за жртвите на настаните од 1915 година и годините што следеле, Судскиот совет се оддалечил од фактичките наоди на домашните судови, дејствувајќи како суд од четврт степен и ги оценил изјавите во изолација, без да ги стави во соодветен контекст. Тврдоглавоста на жалителот покажала дека неговите идеи не биле плод на историско истражување; тие им се заканувале на вредностите кои се во основата на борбата против расизмот и нетрпеливоста, ги прекршувале правата на роднините на жртвите и биле некомпатибилни со вредностите на Конвенцијата. Ваквите размислувања биле релевантни не само во контекст на членот 17, туку исто така и во членот 10 § 2, и повикале на широка маргина на дискреционо право да им биде доделена на националните судови и власти.

170. Борбата против расизмот бил важен аспект на заштитата на човековите права. Ова се гледало во работата на ЕКРИ, чиј последен извештај за Швајцарија препорачал управното и граѓанското право да бидат зајакнати за да се борат против расната дискриминација, како и во Препораката 97(20) на Комитетот на министри за говорот на омраза, кој ги осудувал сите форми на изразување кои поттикнувале расна омраза, ксенофобија, антисемитизам и нетрпеливост. Швајцарската Влада исто така упати на неодамнешните настани во компаративното право во врска со ова, и рече дека и европските трендови, за кои имало примери во Препораката за политика бр. 7 на ЕКРИ и Рамковната одлука на ЕУ 2008/913/ЈНА, исто така упатувале во овој правец. Отсуството на целосен консензус по ова прашање значело дека Високите страни договорнички требале да добијат широка маргина на дискреционо право. Спротивната одлука на Судскиот совет не била убедлива. Исто така, иако имало повеќе обиди за укинување на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик, ниеден не бил успешен, што значело дека оваа одредба се стекнала со силен и континуиран демократски легитимитет во швајцарскиот Кривичен законик.

171. Иако не сакаше да ја оспори единствената природа на Холокаустот, швајцарската Влада сметала дека на Високите страни

договорнички требало да им се даде слобода во нивните напори да се спротивстават на негирањето на други геноциди или злосторства против човештвото. Во секој случај, обвинувањето на жртвите за фалсификување на историјата била една од најсериозните форми на расна дискриминација.

172. Конечно, швајцарската Влада се изјасни дека изречената казна на жалителот не била претерано остра, бидејќи не го спречила да ги изразува своите мислења јавно, и бидејќи тој не придонел кон дискусијата по прашања кои влијаеле на животот на заедницата.

(ii) Третите странки

(a) Турската Влада

173. Турската Влада се изјасни дека изјавите на жалителот се квалификувале како политички говор, и дека овој концепт, кој опфаќал говор во врска со некакво прашање од јавен интерес, не бил ограничен на изјави кои исклучиво се занимавале со домашни прашања или говор од матичната сфера. Овие изјави биле наменети да влијаат на дебатата во Швајцарија во врска со признавањето на настаните од 1915 година и годините што следеле како геноцидот и криминализацијата на неговото негирање, и било пресметано дека имале влијание на швајцарската домашна политика. Фактот дека ова прашање исто така претставувало и швајцарско домашно контроверзно прашање се покажало од фактот дека две швајцарски здруженија - Швајцарско-ерменското здружение и Федерацијата на здруженија на делот од Швајцарија во која се зборува француски – интервенирале како трети странки во овој случај. Швајцарските власти затоа имале само ограничена маргина на дискреционо право да одлучат дали делото против жалителот; маргината на дискреционо право била дополнително ограничена од фактот дека жалителот го критикувал швајцарскиот законодавец.

174. Целта на жалителот не била расно да ги дискриминира Ерменците, туку да ја критикува и оспори одлуката на швајцарскиот Национален совет да ги признае настаните од 1915 година и годините што следеле како геноцид. Ова било јасно од содржината на неговите изјави, изјавите што ги дал во текот на кривичните постапки против него, и причините што ги изнеле швајцарските судови. Тој не се обидува да поттикне неоправдана контроверзност, туку да придонесе кон тековната дебата. Ова можело да се види од спротивставените ставови на историчарите кои биле повикани од жалителот и оние повикани од Швајцарско-ерменското здружение во текот на домашните постапки. Жалителот не го ставил под знак прашање постоењето на масакрите и депортацијата, туку чисто се спротивставувал на нивната карактеризација како геноцид. Неговиот

случај оттука се разликувал од оние што се занимавале со негирање на Холокаустот, во кои тие што негирале ја оспорувале реалноста на историските факти. Жалителот не бил сам во својот став, кој во тоа време се поклопувал со тој на британската Влада.

175. Точно е дека жалителот бил провокативен во однос на предметот кој бил извор на длабока болка за ерменскиот народ. Меѓутоа, тој не постапил така за да ги оцрни жртвите на настаните од 1915 година и годините што следеле или Ерменците во Швајцарија, туку да поттикне јавна дебата. Слободата на изразување вклучувала и степен на провокација. Се применувала за идеи кои шокирале и навредувале и на формата во која тие биле пренесени, дури и кога вклучувале вирулентен стил. Фактот дека жалителот изразил поддршка за идеите на Талат Паша, кажувале дека тој никогаш немало да го смени својот став, и ги изедначил САД и Европската унија со Хитлер, не било релевантно, со оглед дека бил осуден за расна дискриминација заради негирање на „геноцид“, не заради давање на други искази. Изјавите на жалителот не можеле да бидат изедначени со изјавите кои поттикнувале насилство, непријателство или расна омраза кон Ерменците. Одбивањето на правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле не претставувало имплицитен напад на достоинството на групата или продолжување на дискриминирачкото постапување кое во тоа време го претрпела. Швајцарската Влада не покажала соодветно дека ваквото одбивање промовирало расна дискриминација на ерменската заедница во Швајцарија, и немало никаква основа автоматски да заклучи од тоа дека имал расистички и националистички мотиви или намера за дискриминација. Главната разлика во оваа смисла од изјавите поврзани со Холокаустот, чие негирање денес е едно од главните средства на антисемитизмот, било отсуството на врска меѓу омразата во минатото и денес.

176. Во смисла на контекстот, во ниедна друга земја-членка на Советот на Европа немало кривична осудителна пресуда за негирање на карактеризацијата на настаните од 1915 година и годините што следеле како геноцид. Ова сугерирало дека демократските општества не гледале потреба од такво нешто. Примерот на Франција особено покажувал дека постоела разлика меѓу официјалното признавање на одредени настани како геноцид и криминализацијата на негирањето на такво нешто. Германската Влада исто така зазела став дека таквата криминализација била несоодветна. Ставот на надлежните тела на ООН бил во иста насока. Затоа морало да се има на ум дека изјави слични на оние на жалителот можеле законски да се дадат во други земји и биле широко достапни на Интернет и во историските и правничките трактати кои законски можеле да се увезат во Швајцарија. За разлика од ставот во врска со Холокаустот во случаи против

Германија и Австрија, не може да се каже дека настаните од 1915 година и годините што следеле биле дел од швајцарското историско искуство. Чистото присуство на заедница од околу 5.000 Ерменците на швајцарската територија само по себе не било доволно во однос на ова, особено имајќи на ум дека овие настани се случиле пред речиси сто години. Исто така било важно дека швајцарските власти не се обиделе да го спречат жалителот да ги искаже своите изјави; тешко е да се види како можела да постои итна општествена потреба да бидат казнети, но не и спречени. Било несразмерно и не се барало согласно обврските на Швајцарија од меѓународното право, да се изречат кривични казни во врска со овие изјави.

(β) Ерменската Влада

177. Ерменската Влада се изјасни дека членот 261 *bis* од швајцарскиот Кривичен законик, кој се засновал на членот 20 од МПГПП и членот 4 од ЦЕРД бил компатибилен со Конвенцијата бидејќи ги прогласил за незаконски само изјавите кои биле дадени со намера да поттикнат расно нетрпение или било веројатно да имаат општествено опасни последици. Според судската пракса на Судот, законите против говорот на омраза морале да земат во предвид дали оспорените изјави биле од вистински јавен интерес, што не бил случај за жалителот. Тој бил непоправлив негатор на геноцидот кој не дал никакво образложение, ниту научна потврда во поткрепа на неговите груби и неосновани навредливи изјави. Заклучокот на Судскиот совет дека неговите изјави – кои не биле ништо повеќе од расно мотивирана навреда за Ерменците и покана за Турците да веруваат дека тие се лажговци – биле од историска, правна и политичка гледна точка крајно незрели. Швајцарските судови оттука ја имале вообичаената маргина на дискреционо право да одлучат дали изјавите можеле да ѝ наштетат на општествената хармонија преку повреда на достоинството на Ерменците. Изјавите не биле дел од вистинска историска дебата, а наводната сугестија на Судскиот совет дека немало да има никаква објективна вистина во историското истражување било глупост, бидејќи сверствата против Ерменците биле и премногу реални. Правењето на разлика меѓу ерменскиот геноцид и Холокаустот на основа на тоа дека тврдењата на негаторите на Холокаустот некогаш се однесувале на многу прецизни факти, дека квалификациите на нацистичките злосторства имале добро дефинирана правна основа и дека Холокаустот бил утврден од меѓународен суд било злобно и претставувало обид да се постави Холокаустот како единствен современ геноцид за кој постоел јасен доказ. Спротивно на она што било сугерирано од Судскиот совет, геноцидната намера не била тешко да се докаже кога таа била очигледен заклучок од доказите или била призната од сторителите. Масакрите и масовните депортации на

Ерменците во 1915 година и годините што следеле јасно достигнале ниво на геноцид. Со нивното опишување чисто како „трагедија“, Судскиот совет ги навредил сите Ерменците. Исто како што негирањето на Холокаустот претставувало главниот двигател на антисемитизмот, негирањето на ерменскиот геноцид претставувало главниот двигател на антиерменизмот; така функционирало негирањето на геноцидот. Потпирањето на Судскиот совет на ставот во Шпанија и Франција и гледиштата на Комитетот за човекови права на ООН било погрешно, бидејќи тука имало сериозни разлики со членот 261 *bis* од швајцарскиот Кривичен законик.

178. Вистинскиот порок на пресудата на Судскиот совет бил во тоа дека на неа негаторите на геноцидот гледале како на авторитет за предлогот дека постоел сомнеж во реалноста на ерменскиот геноцид. За еден суд за човекови права да испрати таква порака било крајно болно и неправедно. Таа се засновала на погрешни и лажни докази поднесени од жалителот во однос на ова прашање за што нема сомнеж. Постоел широк научен консензус за ова и оние што го негирале биле главно историчари кои немале никакви валидни квалификации и имале слабо разбирање за начинот на кој геноцидната намера можела да се докаже согласно меѓународното право; многу од нив исто така биле платени од турската Влада. Во врска со ова ерменската Влада упатила на низа анкети, анализи, извештаи, акти на официјално признавање и други докази.

(γ) Француската влада

179. Француската Влада се изјасни дека државите морале да можат да изрекуваат кривични казни за да одговорат на расизмот и негирањето на начин кој доволно одвраќал. Кога правото на слобода на изразување се применува на начин кој претставува опасност по основните принципи на едно демократско општество, законодавството морало да може да реагира со тоа што ќе досудило кривични казни. Ова било потврдено со позициите заземени од ЕКРИ и членот 1 § 1 (в) од Рамковната одлука на ЕУ 2008/913/ЈНА. Негирањето на геноцид било програма на фалсификување, која имала за цел да промовира нетрпеливост. Со оглед на опасноста која ја наметнува, законите со кои е прогласено за кривично дело биле во согласност со членот 10 од Конвенцијата. Овие закони не барале да се задуши историската дебата или истражувања туку борба против изјави на негирање кои имале штетни последици. Нивната примена во соодветни случаи била во рамките на дискреционото право на националните судови. Целта на тоа дискреционо право била да им се овозможи на Високите страни договорнички да се борат против такво однесување дури и во отсуство на општ консензус по ова прашање.

(δ) Швајцарско-ерменското здружение

180. Швајцарско-ерменското здружение се изјасни дека случајот се однесувал не само на правото на жалителот на слобода на изразување, туку и на честа, угледот и сеќавањето на жртвите на сверствата извршени од Османлиското Царство во 1915 година и годините што следеле и на нивните потомци, кои имале право на заштита согласно членот 8 од Конвенцијата. Судот неодамна призна дека и етничкиот идентитет бил опфатен со тој член. Оттука случајот вклучувал конфликт меѓу две права од Конвенцијата кои заслужувале еднаква заштита. Високите страни договорнички уживале широка маргина на дискреционо право при балансирањето на овие права. Затоа пресудите на швајцарските судови во случајот на жалителот имале право на значителна разлика, особено што се однесува до нивните наоди во врска со „општиот консензус“ за законската квалификација на настаните од 1915 година и годините што следеле. Не било задача на Судот да дава изјави по ова прашање.

181. Жалителот намерно ги дал своите изјави откако дошол во Швајцарија специјално за таа цел. Овие изјави не биле ограничени на правното карактеризирање на настаните од 1915 година и годините што следеле; тие всушност ја негирале нивната реалност. Затоа кривичното осудување на жалителот како последица на тоа не било некомпатибилно со Конвенцијата. Обидот на Судскиот совет да ја издвои оваа осудителна пресуда од оние во врска со негирањето на Холокаустот бил вознемирувачки, бидејќи значело нееднаков третман на жртвите на геноцид. Во секој случај жалителот исто така се обидува да ги оправда масакрите, кои несомнено претставуваат злосторства против човештвото. Немало причина да се даде поголема важност на шпанскиот и францускиот уставен суд наспроти швајцарскиот Сојузен суд. Конечно казната што му била изречена на жалителот била апсолутно симболична со оглед на сериозноста на неговите дела.

(ε) Федерацијата на турски здруженија од делот на Швајцарија во кој се зборува француски

182. Федерацијата на турски здруженија од делот на Швајцарија во кој се зборува француски се изјасни дека само мал број на демократски држави се одлучиле да го криминализираат негирањето на геноцидот, особено пред усвојувањето на Рамковната одлука на ЕУ 2008/913/ЈНА. Тие упатиле на позицијата на Соединетите Американски Држави и забележале дека Германија и Франција го прогласиле за незаконско само негирањето на Холокаустот. Ниеден друг историски настан до сега не бил вклучен во категоријата на „јасно утврдени историски факти“ чие негирање согласно судската пракса не заслужувало заштита на членот 10 од Конвенцијата. Такво проширување, кое

вклучувало официјално толкување на минатото поткрепено со кривични казни било невозможно да се помири со слободата на изразување, особено во контекст на причините што се дадени од француските и шпанските уставни судови во тој момент. Изразувањето во однос на такви прашања може да се криминализира само ако биле јасно поттикнати од расистички или антидемократски побуди или поттикнување на директна закана по јавниот ред. Пошироката маргина на дискреционо право на Високите страни договорнички само се однесувала на настани кои се случиле на нивна територија.

183. Федерацијата упатила на одредбите од Рамковната одлука на ЕУ 2008/913/ЈНА, особено на нејзините ограничувачки клаузули и нејзиниот акцент врз потребата да се казни негирањето само доколку било веројатно да се поттикне насилство или омраза. Тие заклучиле дека, соодветно протолкувано, правото на Европската унија не барало криминализација на негирањето дека настаните од 1915 година и годините што следеле достигнале ниво на геноцид кое не било проследено од негирање или преминување преку основните факти. Исто така посочи на неодамнешниот извештај за спроведувањето на Рамковната одлука во кој се вели дека се покажал континуиран недостаток на консензус во однос на потребата од кривични мерки во оваа област. Третата странка се изјасни дека ниту меѓународното право што можело да се примени не содржело таков услов. Конечно, рекол дека слободата на изразување во однос на ова прашање било важно за 130.000 Турци кои живееле во Швајцарија, кои сакале да бидат во можност да разговараат за контроверзни прашања во духот на отвореноста.

(Џ) ЦЦАФ

184. ЦЦАФ се изјаснија дека тие ја застапуваат силната ерменска заедница од 600.000 во Франција, третата најголема ерменска дијаспора. Сите тие биле свесни дека му припаѓаат на народ кој претрпел уништување и времето ги нема избришано тие сеќавања. ЦЦАФ го илустрирал ова со давање на детален опис на различните јавни и приватни начини на кои Ерменците во Франција се сеќавале на жртвите. Понатаму рекоа дека согласно меѓународното право, геноцидот бил признат како напад на човековото достоинство, на кое француските судови гледале како на составен дела од *ordre public*. Неговото негирање значело исто така и повреда на тоа достоинство; тоа влијаело не само на историјата туку и на сеќавањата, што претставувало интегрален аспект од правото на достоинство. Единствениот начин да се заштити тоа право било да се прогласи за незаконско негирањето. Исто така негирањето влијаело на јавниот ред, барем во земји кои, како Франција, имале значителни ерменски заедници. Ова било демонстрирано од низа акти на вандализам и

скрнавeње, како и навреди и закани упатени кон Ерменците, особено на местата каде живееле заедно со лица од турско потекло или на интернет. Јавните митинзи организирани од негаторите на геноцид, како внатре, така и надвор од Франција, што лесно можело да завршат со судири, биле посебен извор на вознемиреност во оваа смисла.

185. ЦЦАФ исто така тврделе дека доколку Големиот судски совет ја поддржел пресудата на Судскиот совет, неговата одлука ќе го направела потенцијално невозможно да се прогласи за незаконско негирањето на ерменскиот геноцид или на други геноциди и ќе го зајакнел ставот на Турција во таа смисла. Наспроти тоа, доколку Големиот судски совет ја отфрлил пресудата на Судскиот совет, неговата одлука ќе им овозможела на Високите страни договорнички да се борат против негаторството со помош на кривични мерки и ќе ги одврателе идните негатори на геноцидот, а на Ерменците во дијаспората ќе им понуделе некаква форма на морална репарација, па можеби дури и ќе ја охрабрела Турција да ја напушти својата политика на негирање.

(п) Турското здружение за човековите права, Центарот за вистина правда секавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права

186. Турското здружение за човековите права, Центарот за вистина правда секавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права, кои имаа заеднички поднесок тврдеа дека однесувањето во однос на кое жалителот бил осуден претставувало поттикнување на дискриминација, а не чисто негирање на геноцид. Тие исто така го оспориле наодот на Судскиот совет дека жалителот ја негирал само правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле, посочувајќи дека Окружниот полициски суд на Лозана одлучил дека тој се обидел да ги оправда масакрите и ги опишал Ерменците како „агресори“ и „предавници“, и дека и самиот Судски совет забележал дека тој тврдел дека е следбеник на Талат Паша. Тие исто така изјавиле дека жалителот намерно ги избрал местата каде ги дал своите изјави. Меѓутоа факторот кој најмногу укажувал на расистичките мотиви на жалителот била неговата лидерска позиција во Комитетот на Талат Паша, осуден од Европскиот парламент како „ксенофобичен и расистички“. Сето ова морало да се разгледа пред сè во контекст на Турција, а не Швајцарија, и неговите последици по ерменското малцинство таму. Жалителот бил осуден во Турција, во таканаречените Ергенекон постапки, меѓу другото во врска со неговите активности во рамките на Комитетот на Талат Паша, за кои Поротниот суд на Истанбул сметал дека е формиран за потребите на „отфрлање на тврдењата на ерменскиот геноцид“ и како дел од „националистичка“ и „шовинистичка“

организација која поттикнувала омраза и непријателство меѓу народите. Навистина портретирањето на сфаќањето дека настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале геноцид како „лага“ би можело да се поврзе со атентатот од јануари 2007 на турско-ерменскиот новинар Хрант Динк на поттик на турски ултра националистички групи.

187. Во врска со ова, третата странка упати на – но не поднесе копија од – отворено писмо кое жалителот го упатил пред самиот атентат до ерменскиот патријарх во Истанбул, и анонимните писма испратени до ерменските училишта во Турција во мај 2007 година. Наместо тоа, било упатено на веб верзиите на два написи во турски весници (види параграф 28 горе). Третата странка исто така упати и на пресудата на истанбулскиот Поротен суд во т.н. Ергенекон постапки и други документи од досието на тие судски постапки.

188. Конечно третата странка тврдеше дека во Турција, кеснофобичната и расистичката пропаганда за настаните од 1915 година и годините што следеле била единствениот и постојан наратив. Изјавите на жалителот за карактеризацијата на овие настани оттука би можеле директно да се поврзат со непријателската клима против Ерменците во Турција, која меѓу другото е документирана од ЕКРИ.

(θ) ФИДХ

189. *ФИДХ* се изјасни дека случајот го нагласил конфликтот меѓу потребата да се обезбеди слобода на изразување и дебата, особено за историски прашања, и важноста на борбата против говорот на омраза, особено кога бил во форма на негирање. Двете биле подеднакво важни во рамките на Конвенцијата. Неодамнешната судска пракса на Судот во оваа област била доста недоследна, и имала потреба од разјаснување од страна на Големиот судски совет, кој требал да утврди јасни принципи и да постигне соодветна рамнотежа меѓу овие спротивставени вредности. Притоа Големиот судски совет морал да даде три јасни поенти. Прво, ниедна од овие вредности автоматски не ги погизува другите. Второ слободата на изразување бил принципот, а неговото ограничување било исклучок. Трето, во оваа област постоел мал простор кој на Високите страни договорнички им давал дискреционо право.

190. *ФИДХ* го критикуваше Судскиот совет за тоа што спремно прифатил дека изјавите со кои било негирано дека настаните од 1915 година и годините што следеле достигнале ниво на геноцид, како такви не можеле да охрабрат омраза или насилство кон Ерменците. Според нив, поентата била многу посуптилна и за тоа можело да се одлучи само врз основа на внимателна проверка на контекстот во кој изјавите биле дадени. Во Турција, таквото негирање, според гледиштето на доминантната атмосфера можело да доведе од омраза и насилство; ова

произлегло од неколку случаи пред Судот. Иако контекстот кој бил најважен бил тој за земјата во која биле дадени изјавите, со оглед на новите средства за комуникација и нивниот капацитет да им дадат на таквите изјави глобално значење, Судот не можел а да не го земе во предвид поширокиот контекст.

191. *ФИДХ* ја оспори разликата која Судскиот совет ја направил меѓу изјавите поврзани со правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле и изјавите со кои се негирал Холокаустот врз основа на тоа дека вториот за разлика од првиот бил јасно потврден од меѓународен суд. Ваквиот пристап според нивно мислење не нудел соодветно мерило, бидејќи во одредена мерка било погрешно да се издвои историската реалност за настаните од нивната правна карактеризација. Исто така вклучувало и ризик од креирање на „хиерархија на геноциди“ со оглед дека судското признавање на геноцидот зависело од повеќе историски факти. Од друга страна судското признавање не можело да ја спречи понатамошната дебата за геноцидот. Како многу подобар начин за справување со ова прашање – таков кој ќе избегне Холокаустот да се третира како специјален случај и кој би овозможил попредвидливи исходи – било да се стави фокусот на тоа дали изјавите во прашање имале за цел да поттикнат омраза или дискриминација и да се утврди дека нивното казнување може да се оправда не затоа што тие достигнале просто негирање на историски факти, туку затоа што биле водени од таква намера која честопати била во центарот на негаторската кауза. Ова било демонстрирано со судската пракса поврзана со негирањето на Холокаустот, каде таквата намера била речиси непобитно претпоставена, и била реална основа за одбивање на заштита за таквите изјави согласно Конвенцијата. Било крајно веројатно дека таквата намера исто така била во основата на негирањето на ерменскиот геноцид, кое честопати било поттикнато од желбата за рехабилитација на османлискиот режим од тоа време или за да се оправда она што се случило тогаш. Но тоа ќе треба да биде утврдено од Судот случај по случај.

(i) ЛИЦРА

192. *ЛИЦРА* се изјасни дека прогласувањето на негирањето на геноцид за незаконско не само што ќе е компатибилно со слобода на изразување, туку навистина и потребно согласно европскиот систем за заштита на човековите права. Тој упати во врска со ова особено на членот 6 § 1 од Дополнителниот протокол на Конвенцијата за компјутерски криминал.

(к) Центарот за меѓународна заштита

193. Центарот за меѓународна заштита се изјасни дека изјавите во врска со националниот идентитет барале да биде оставена поширока

маргина на дискреционото право за националните власти. Требало да се има на ум во врска со ова дека ерменската дијаспора била формирана во голема мерка како резултат на настаните од 1915 година и годините што следеле. Соодветниот тест бил дали изјавите придонесувале кон јавната дебата или, напротив, биле неоправдано навредливи, што можело да биде утврдено врз основа на широка проверка на изјавите и нивниот контекст. Една изјава можела да се смета за правна или историска само ако навистина придонесувала кон основната дебата, и не можела да се крие под превезот на политичкото изразување доколку всушност достигнувала ниво на говор на омраза. Контекстуалната проценка исто така била неопходна за да се оцени дали една изјава имала деструктивни цели и барала примена на членот 17 од Конвенцијата. Употребата на зборот „лага“ било од посебна важност во врска со ова, бидејќи го оспорувал интегритетот на жртвите и нивните потомци, и се обидува да ги рedefинира настаните кои тие ги искусиле како нешто помалку сериозно и да ги претвори од жртви во сторители кои во крајна линија самите биле одговорни за својата судбина.

194. Постоењето на итна општествена потреба за мешање морало да се измери со упатување на условите во засегнатата држава, на пример разновидноста на населението и вредностите и принципите кои биле во основата на нејзиното општество. Самиот факт дека други држави избрале поинаков пристап во овој домен не било штетно. Таквата итна социјална потреба можела исто така да произлезе од обврските од меѓународното право: во овој случај, оние под член 4 од ЦЕРД и член 20 § 2 од МПГПП, според толкувањето од надлежните тела на ООН. Конечно, на државите морало да им се дозволи дискреционо право да класификуваат одредени настани како геноцид за нивното негирање да се смета за незаконско и за изрекување на сразмерни казни за таквото негирање.

(λ) Група на француски и белгиски професори

195. Групата на француски и белгиски професори се изјасни дека говорот на омраза не бил ограничен на изјави кои отворено повикуваат на насилство; негирањето или оправдувањето на геноцид исто така потпаѓало во таа категорија. Факторите кои треба да бидат земени во предвид во оваа насока ја вклучувале природата на изјавите, согледани во соодветен контекст, кој не бил ограничен на нивното буквално значење или наводната професија на нивниот автор. Она што во крајна линија било важно било значењето кое можело да ѝ се даде на изјавата, земена како целина од разумен член на јавноста. Ова следело од судската пракса на германските судови во такви случаи и критериумите кои биле воспоставени од Комитетот на ООН за елиминација на расната дискриминација. Една изјава можела да има

корист само од заштитата што можела да се додели на историското истражување доколку неговите автори делувале во согласност со методите на тоа истражување. Што се однесува до вирулентните политички изјави, согласно судската пракса на Судот тие се чини дека добивале зголемен степен на заштита само ако се однесувале на домашни контроверзни прашања. Во секој случај, говорот на омраза никогаш не може да има корист од заштитата што му се дава на политичкиот говор. Ова било потврдено со криминализацијата на говорот на омраза во меѓународното и европското право, кои сметале дека е неопходно во борбата за мир и правда, а против дискриминацијата, расизмот и ксенофобијата. Применливите меѓународни инструменти не правеле разлика во оваа смисла меѓу геноцид, злосторства против човештвото и воените злосторства, и државите ги оставале слободни да одредат како ова требало да биде утврдено. Особено, тие инструменти неопходно не ја врзувале можноста да се направи негирањето на таквите злосторства незаконско со нивното официјално признавање од меѓународен суд, што било согласно принципот на надополнување кој бил во основата на работата на МКС, според кој се работело за прашање на принцип за националните судови да казнуваат меѓународни злосторства.

(в) Оценка на Судот

(i) Општи принципи

(а) За примената на условот од членот 10 § 2 од Конвенцијата мешањето да е „неопходно во едно демократско општество“

196. Општите принципи за проценка дали мешањето во остварувањето на правото на слобода на изразување е „неопходно во едно демократско општество“ во рамки на значењето на членот 10 § 2 од Конвенцијата се добро утврдени во судската пракса на Судот. Како што забележал Судскиот совет, тие неодамна биле повторени во случаите *Швајцарското рaelиен движење против Швајцарија* (*Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* ([GC], no. 16354/06, § 48, ECHR 2012)) и *Меѓународните бранители на животните против Обединетото Кралство* (*Animal Defenders International v. the United Kingdom* ([GC], no. 48876/08, § 100, ECHR 2013)), и може да се сумираат на следниов начин:

(i) Слободата на изразување претставува еден од суштинските темели на едно демократско општество и еден од основните услови за негов напредок и за самоисполнетост на секоја една личност. Подложи на членот 10 § 2 и се применува не само за „информации“ или „идеи“ кои се примаат со наклонетост или се сметаат за ненавредливи или како нешто кон што луѓето се индиферентни, туку исто така и на оние кои навредуваат, шокираат или вознемируваат. Такви се барањата на

плурализмот, толеранцијата или широкоградноста без што нема „демократско општество“. Како што е поставено во членот 10 оваа слобода подложи на исклучоци, но тие сепак мора да бидат толкувани строго, а потребата за некакви ограничувања мора да се утврди на убедлив начин.

(ii) Придавката „неопходно“ од членот 10 § 2 имплицира постоење на итна општествена потреба. Високите страни договорнички имаат дискреционо право при оценувањето дали таква потреба постои, но оди рака под рака со европскиот надзор, опфаќајќи ги законот и одлуките кои го применуваат, дури и оние дадени од независни судови. Затоа Судот е овластен да ја даде конечната пресуда за тоа дали „ограничувањето“ може да се помири со слободата на изразување.

(iii) Задачата на Судот не е да го заземе местото на надлежните национални власти, туку да ги разгледа одлуките што се усвоени согласно членот 10. Ова не значи дека надзорот на Судот е ограничен на констатирање дали овие органи го примениле своето дискреционо право на разумен начин, внимателно и со добра намера. Судот пред сè треба да го испита мешањето во контекст на случајот како целина и да утврди дали било сразмерно на легитимната цел од која се воделе и дали причините изнесени од националните власти како оправдување на тоа биле релевантни и доволни. При тоа Судот мора да се задоволи дека овие власти примениле стандарди кои биле усогласени со принципите отелотворени во членот 10 и дека се потпирале на прифатлива оценка на релевантни факти.

197. Друг принцип којшто постојано се нагласува во судската пракса на Судот е дека постои мал опсег во рамките на членот 10 § 2 од Конвенцијата за ограничувања на политичкото изразување или за дебата по прашања од јавен интерес (види, меѓу другите извори, *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, *Reports* 1996-V; *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 34, ECHR 1999-IV; и *Animal Defenders International*, цитиран горе, § 102).

(β) За балансирањето на членот 10 и членот 8 од Конвенцијата

198. Општите принципи кои се применуваат за случаите во кои правото на слобода на изразување согласно членот 10 од Конвенцијата мора да биде избалансирано наспроти правото на почитување на приватниот живот согласно членот 8 од Конвенцијата биле утврдени од Големиот судски совет на Судот во случајот *Вон Хановер против Германија* (бр. 2) (*Von Hannover v. Germany* (no. 2) ([GC], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 104-07, ECHR 2012)) и *Аксел Спрингер АГ против Германија* (*Axel Springer AG v. Germany* ([GC], no. 39954/08, §§ 85-88, 7 February 2012)). Тие можат да се резимираат на следниов начин:

(i) Во такви случаи, исходот не треба да варира во зависност од тоа дали жалбата била поднесена под членот 8 од лицето кое било предмет на изјавата или согласно членот 10 од лицето кое ја дало, бидејќи во принцип правата од овие членови заслужуваат еднаква почит.

(ii) Изборот на средствата пресметани да обезбедат почитување на членот 8 во сферата на меѓусебните односи на поединците во принцип е прашање кое потпаѓа во рамките на маргината на дискреционото право на Високите страни договорнички, дали обврските за државите се позитивни или негативни. Постојат различни начини да се обезбеди почит на приватниот живот и природата на обврската ќе зависи од одреден аспект на приватниот живот што е во прашање.

(iii) Исто така согласно членот 10 од Конвенцијата, Високите страни договорнички имаат дискреционо право кога оценуваат дали и до која мерка мешањето во правото на слобода на изразување е неопходно.

(iv) Меѓутоа дискреционото право оди рака под рака со европскиот надзор, опфаќајќи ги и законодавството и одлуките што го применуваат, дури и оние дадени од независните судови. При остварувањето на надзорната функција, Судот не треба да го заземе местото на националните судови, туку да разгледа во контекст на случајот како целина дали нивните одлуки биле компатибилни со одредбите на Конвенцијата на кои се потпираше.

(v) Доколку балансирањето било спроведено од национални власти во согласност со критериумите што се дадени во судската пракса на Судот, тој ќе бара силни причини за го замени своето мислење со нивното.

199. Неодамна, во случајот *Аксу против Турција (Aksu v. Turkey)* ([GC], nos. 4149/04 and 41029/04, § 67, ECHR 2012)), Големиот судски совет на Судот дополнително образложил во однос на последново барање, одлучувајќи дека доколку рамнотежата што била постигната од националните власти била незадоволителна, особено бидејќи важноста или опсегот на едно од правата во прашање не биле соодветно разгледани, дискреционото право ќе било тесно.

(ii) Релевантната судска пракса на Судот

(a) Идентитетот на групата и угледот на предците

200. Во *Аксу* (цитиран горе, §§ 58-61 и 81), Судот одлучил меѓу другото, дека креирањето на негативните стереотипи за една етничка група можело, кога ќе достигне одредено ниво, да влијае на чувството на идентитет на групата и на чувствата на нејзините членови на самопочит и самодоверба. Оттука тоа може да влијае на нивниот „приватен живот“ во рамки на значењето на членот 8 § 1 од Конвенцијата. Врз основа на ова Судот одлучил дека постапките во кои едно лице од ромско потекло, кое се почувствувало навредено од

пасусите во една книга и од записите во еден речник за Ромите во Турција барал обесштетување и го применил тој член.

201. Во *Путистин против Украина* (*Putistin v. Ukraine* (no. 16882/03, §§ 33 and 36-41, 21 November 2013)), Судот прифатил дека угледот на предокот во некои околности може да влијае на „приватниот живот“ и идентитет, и со тоа да потпаѓа под опсегот на членот 8 § 1 од Конвенцијата. Врз основа на ова, утврди дека напис во весник за познат фудбалски меч во Киев за време на Втората светска војна кој можел да се смета дека сугерирал дека починатиот татко на г-динот Путистин, познат фудбалер, кој учествувал на тој меч, соработувал со Гестапо, дури и ако е тоа дадено на индиректен начин и маргинално, влијаело на правата на Путистин согласно членот 8 § 1.

202. Во случајот на *Јелшевар и други против Словенија* (*Jelševar and Others v. Slovenia* ((dec.), no. 47318/07, § 37, 11 March 2014)), Судот исто така прифатил дека нападот на угледот на предок во форма на литературно дело можело да влијае на правата на лицата согласно членот 8 § 1 од Конвенцијата.

203. Во случајот на *Џугашвили против Русија* (*Dzhugashvili v. Russia* ((dec.), no. 41123/10, §§ 26-35, 9 December 2014)), Судот тргнал од премисата дека два новински написи кои се занимавале со историската улога на дедото на жалителот, Јозеф Сталин, влијаело на неговите права согласно членот 8 § 1 од Конвенцијата.

(β) Повици на насилство и „говор на омраза“

204. Судот бил повикан да ја разгледа примената на членот 10 од Конвенцијата во низа случаи во врска со изјави, вербални или невербални, за кои се тврдело дека поттикнувале или оправдувале насилство, омраза или нетрпеливост. При оценувањето дали мешањето во остварувањето на правото на слобода на изразување на авторите или понекогаш издавачите, на таквите изјави биле „неопходни во едно демократско општество“ во контекст на општите принципи што се формулирани во неговата судска пракса (види параграфи 196 и 197 горе), Судот зел во предвид неколку фактори.

205. Еден од нив бил дали изјавите биле дадени во напнато политичко или социјално опкружување; присуството на таква состојба генерално го наведувал Судот да прифати дека некои форми на мешање со такви изјави биле оправдани. Примерите вклучуваат напнато опкружување за време на вооружените судири меѓу ПКК (Работничката Партија на Курдистан, нелегална вооружена организација) и турските безбедносни сили во југоисточна Турција во осумдесеттите и деведесеттите години од минатиот век (види *Zana v. Turkey*, 25 November 1997, §§ 57-60, *Reports* 1997-VII; *Sürek v. Turkey* (no. 1) [GC], no. 26682/95, §§ 52 and 62, ECHR 1999-IV; и *Sürek v. Turkey* (no. 3) [GC], no. 24735/94, § 40, 8 July 1999), атмосфера

предизвикана од затворските немири во Турција во декември 2000 кои имале смртни последици (види *Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey*, nos. 22147/02 and 24972/03, § 33, 23 January 2007, и *Saygılı and Falakaoğlu v. Turkey* (no. 2), no. 38991/02, § 28, 17 February 2009), проблеми во врска со интеграцијата на неевропските и особено муслиманските имигранти во Франција (види *Soulas and Others*, цитиран горе, §§ 38-39, и *Le Pen v. France* (dec.), no. 18788/09, 20 April 2010), и односите со националните малцинства во Литванија набрзо после повторното воспоставување на независноста во 1990 (види *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, no. 72596/01, § 78, 4 November 2008).

206. Друг фактор бил дали изјавите, прилично анализирани и разгледани во својот директен или поширок контекст, можеле да се сметаат за директен или индиректен повик за насилство или оправдување на насилство, омраза или нетрпеливост (види, меѓу другите извори, *Incal v. Turkey*, 9 June 1998, § 50, *Reports* 1998-IV; *Сурек (бр. 1)*, цитиран горе, § 62; *Özgür Gündem v. Turkey*, no. 23144/93, § 64, ECHR 2000-III; *Gündüz v. Turkey*, no. 35071/97, §§ 48 and 51, ECHR 2003-XI; *Сулас и други*, цитиран горе, §§ 39-41 и 43; *Balsytė-Lideikienė*, цитиран горе, §§ 79-80; *Féret*, цитиран горе, §§ 69-73 и 78; *Хизб ул-Тахрир и други*, цитиран горе, § 73; *Касимакунов и Сајбаталов*, цитиран горе, §§ 107-12; *Fáber v. Hungary*, no. 40721/08, §§ 52 and 56-58, 24 July 2012; и *Вона*, цитиран горе, §§ 64-67). При оценувањето на таа поента, Судот бил особено чувствителен на далекусежни изјави со кои се напаѓале или се фрлала негативна светлина на цели етнички, верски или други групи (види *Seurot v. France* (dec.), no. 57383/00, 18 May 2004, *Сулас и други*, цитиран горе, §§ 40 и 43; и *Ле Пен*, цитиран горе, сите се однесувале на генерализирани негативни изјави за неевропските и особено муслиманските имигранти во Франција; *Norwood v. the United Kingdom* (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI, која се однесувала на изјави кои ги поврзувале сите муслимани во Обединетото Кралство со терористичките дела во Соединетите Американски Држави на 11 септември 2001; *W.P. and Others v. Poland* (dec.), no. 42264/98, 2 September 2004, и *Pavel Ivanov v. Russia* (dec.), no. 35222/04, 20 February 2007, обете се однесувале на жестоки антисемитски изјави; *Ферет*, цитиран горе, § 71, кој се однесувал на изјави кои ги портретирале неевропските емигрантски заедници во Белгија за криминогени; *Hizb ut-Tahrir and Others*, § 73, и *Kasymakhunov and Saybatalov*, § 107, обата цитирани горе, кои се однесувале на директни повици на насилство против евреите, државата Израел и Западот генерално; и *Vejdeland and Others v. Sweden*, no. 1813/07, § 54, 9 February 2012, кој се однесувал на тврдења дека хомосексуалците се обидуваат да го намалат значењето на педофилијата и биле одговорни за ширењето на ХИВ и СИДА).

207. Судот исто така посветил внимание на начинот на кој биле дадени изјавите и нивниот капацитет – директен или индиректен – за да доведе до штетни последици. Примерите ги вклучуваат *Karataş v. Turkey* ([GC], no. 23168/94, §§ 51-52, ECHR 1999-IV), каде фактот дека изјавите биле дадени преку поезија, а не преку масовните медиуми довело до заклучок дека мешањето не можело да биде оправдано од посебниот безбедносен контекст кој инаку би постоел во случајот; *Ферет* (цитиран горе, § 76), каде изјавите биле дадени на изборен леток, што го зголемил ефектот на дискриминарачката порака на омраза што ја пренесувал; *Ѓудуз* (цитиран горе, §§ 43-44), каде изјавите биле дадени во текот на намерно плуралистичка дебата на телевизија, која го намалила нивниот негативен ефект; *Фабер* (цитиран горе §§ 44-45), каде изјавите се состоеле од чисто мирно држење на знаме за време на митинг, што имало многу ограничен ако воопшто имало некаков ефект на текот на митингот; *Вона* (цитиран горе, §§ 64-69), каде изјавата се состоела од марширање во војнички стил во села со доминантно ромско население, што со оглед на историскиот контекст на Унгарија, имало зловна конотација; и *Вејделанд и други* (цитиран горе, § 56), каде изјави биле дадени на летоци оставени во шкафчињата на средношколци.

208. Во сите горенаведени случаи се работело за взаемно дејство на различни фактори, а не толку само на еден од нив земен изолирано, што го одредило исходот на случајот. Пристапот на Судот во таков вид на случај оттука може да се опише како таков што во голема мерка зависел од контекстот.

(γ) *Негирање на Холокаустот и на други изјави во врска со нацистички злосторства*

209. Поранешната Комисија се занимавала со низа случаи по членот 10 од Конвенцијата во врска со негирањето на Холокаустот и други изјави поврзани со злосторствата на нацистите. Во сите нив жалбите ги прогласила за недопуштени (види *X. v. the Federal Republic of Germany*, no. 9235/81, Commission decision of 16 July 1982, Decisions and Reports (DR) 29, p. 194; *T. v. Belgium*, no. 9777/82, Commission decision of 14 July 1983, DR 34, p. 158; *H., W., P. and K. v. Austria*, no. 12774/87, Commission decision of 12 October 1989, DR 62, p. 216; *Ochensberger v. Austria*, no. 21318/93, Commission decision of 2 September 1994, непријавен; *Walendy v. Germany*, no. 21128/92, Commission decision of 11 January 1995, DR 80-A, p. 94; *Remer v. Germany*, no. 25096/94, Commission decision of 6 September 1995, DR 82-A, p. 117; *Honsik v. Austria*, no. 25062/94, Commission decision of 18 October 1995, DR 83-A, p. 77; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands Bezirksverband München-Oberbayern v. Germany*, no. 25992/94, Commission decision of 29 November 1995, DR 84-A, p. 149; *Rebhandl v. Austria*, no. 24398/94,

Commission decision of 16 January 1996, непријавен; *Marais v. France*, no. 31159/96, Commission decision of 24 June 1996, DR 86-B, p. 184; *D.I. v. Germany*, no. 26551/95, Commission decision of 26 June 1996, непријавен; и *Nachtmann v. Austria*, no. 36773/97, Commission decision of 9 September 1998, непријавен). Во тие случаи Комисијата била соочена со изјави, кои речиси неизбежно доаѓале од лица кои пропагирале ставови во нацистички дух или поврзани со движења инспирирани од нацистите, кои фрлале сомнеж на реалноста на прогонот и истребување на милиони евреји под нацистичкиот режим; кои тврделе дека Холокаустот бил „неприфатлива лага“ и „ционистичка измама“, склована како средство за политичко изнудување; го негирале постоењето на концентрациони логори или го оправдувале; или тврделе или дека гасните комори во тие логори никогаш не постоеле или дека бројот на лица убиени во нив бил крајно претеран и технички невозможен. Комисијата, честопати упатувајќи на историското искуство на засегнатите држави, ги опишувале таквите изјави како напади на еврејската заедница и суштински поврзани со нацистичката идеологија, која била антидемократска и штетна за човековите права. Таа сметала дека поттикнувале расна омраза, антисемитизам и ксенофобија и на таа основа била задоволена дека кривичните осудителни пресуди во однос на нив биле „неопходни во едно демократско општество“. Во некои од тие случаи Комисијата се потпирала на членот 17 како помош во толкувањето на членот 10 § 2 од Конвенцијата, и го искористила да го зајакне својот заклучок за неопходноста на мешањето.

210. После 1 ноември 1998 година Судот исто така се занимавал со неколку такви случаи и исто така ги прогласил жалбите во сите нив за недопуштени (види *Witzsch v. Germany (no. 1)* (dec.), no. 41448/98, 20 April 1999; *Schimanek v. Austria* (dec.), no. 32307/96, 1 February 2000; *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX; *Witzsch v. Germany (no. 2)* (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005; и *Gollnisch v. France* (dec.), no. 48135/08, 7 June 2011). Тие случаи под еднакво се однесувале на изјави кои на различни начини го негирале постоењето на гасните комори; ги опишувале како „лага“, а Холокаустот како „мит“; нивното опишување го нарекувале „шоа бизнис“, „мистификации за политички цели“ или „пропаганда“; или го оспорувале бројот на мртви и со двосмислени термини го изразувале гледиштето дека гасните комори биле прашање за историчарите. Во еден од нив изјавата била ограничена на тврдење дека било погрешно дека Хитлер и НСДАП планирале, иницирале и организирале масовно убиство на евреите (види *Вич (бр. 2)*, цитиран горе).

211. Во три случаи Судот, применувајќи образложение слично на тоа на поранешната Комисија, утврдил дека мешањето во правото на жалителите на слобода на изразување било „неопходно во едно

демократско општество“ (види *Шиманек*; *Вич* (бр. 1); и *Голниш*, сите цитирани горе).

212. Меѓутоа, во другите две тој се потпираше на членот 17 да ги прогласи жалбите по членот 10 за некомпатибилни *ratione materiae* со одредбите на Конвенцијата. Во *Гароди* (цитиран горе) тој утврдил дека ставајќи ги под знак прашање реалноста, опсегот и сериозноста на Холокаустот, што не било предмет на дебата меѓу историчарите туку напротив, јасно утврдено, г-динот Гароди се обидува да го рехабилитира нацистичкиот режим и да ги обвини жртвите дека ја фалсификувале историјата. Таквите дела биле некомпатибилни со демократијата и човековите права и достигнало ниво на користење на правото на слобода на изразување за цели спротивни на текстот и духот на Конвенцијата. Во случајот *Вич* (бр. 2) (цитиран горе) Судот се согласил со германските судови дека изјавите на г-динот Вич го покажале неговиот презир кон жртвите на Холохаустот.

(δ) Историски дебати

213. Судот бил соочен со низа случаи поврзани со историски дебати.

214. Во многу од тие случаи Судот експресно изјавил дека не било негова работа да биде арбитер во такви дебати (види *Шови и други*, цитиран горе, § 69; *Monnat v. Switzerland*, no. 73604/01, § 57, ECHR 2006-X; *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, § 87, 22 April 2010; и *Giniewski v. France*, no. 64016/00, § 51 *in fine*, ECHR 2006-I).

215. Кога утврдува дали мешањето во остварување на правото на слобода на изразување на авторите, или понекогаш на објавувачите на изјави кои се занимаваат со историски прашања биле „неопходни во едно демократско општество“, Судот зема во предвид неколку фактори.

216. Еден од нив е начинот на кој оспорените изјави биле формулирани и начинот на кој тие можеле да бидат протолкувани. Примерите ги вклучуваат *Lehideux and Isorni v. France* (23 September 1998, § 53, *Reports* 1998-VII), каде изјавите не можеле да се прочитаат како оправдување за про-нацистички политики; *Станков и Обединета Македонска Организација Илинден* (бр. 29221/95 и 29225/95, §§ 102 и 106, ECHR 2001-IX), каде изјавите, иако содржеле „жестоки антибугарски изјави“, можело да се смета дека содржеле елемент на претерување употребен чисто заради привлекување на внимание; *Радио Франција и други* (цитиран горе, § 38), каде изјавите, кои содржеле сериозни клевети, биле обележани од нивниот категоричен тон; и *Orban and Others v. France* (no. 20985/05, §§ 46, 49 and 51, 15 January 2009), каде изјавите биле чисто сведочење од директен учесник во Алжирската војна, а не оправдување на мачење или глорификација на нивните сторители.

217. Друг фактор бил посебниот интерес или право погодени од изјави. На пример, во *Станков и Обединета Македонска Организација Илинден* (цитиран горе, § 106), тоа биле националните симболи на Бугарите. Во случајот на *Радио Франција и други* (цитиран горе, §§ 31 и 34-39) и *Шови и други* (цитиран горе, §§ 52 и 69), тоа бил угледот на живи луѓе, кои биле погодени од сериозни обвиненија за злосторства содржани во изјавите. Во *Мона* (цитиран горе, § 60), изјавите не биле упатени против угледот или личните права на лицата кои се жалеле на нив или против швајцарскиот народ, туку против лидерите на земјата за време на Втората Светска Војна. Во *Здружението на граѓани Радко и Паунковски против поранешната Југословенска Република Македонија* (*Association of Citizens Radko and Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (no. 74651/01, §§ 69 and 74, ECHR 2009 (извадоци)), изјавите влијаеле на националниот и етнички идентитет на сите Македонци. Во *Орбан и други* (цитиран горе, § 52) изјавите можеле да оживеат болни сеќавања на жртвите на тортура.

218. Фактор поврзан со ова било влијанието на изјавите. На пример, во *Станков и Обединета Македонска Организација Илинден* (цитиран горе, §§ 102-03 и 110), Судот зел во предвид дека групата која ги давала изјавите немала вистинско влијание, дури ни локално, и дека нејзините митинзи малку било веројатно дека ќе станат платформа за пропагирање на насилство или нетрпеливост; тој исто така се осврнува на тоа во поврзаниот случај на *Обединета Македонска Организација Илинден – ПИРИН и други против Бугарија* (*United Macedonian Organisation Ilinden – PIRIN and Others v. Bulgaria* (no. 59489/00, § 61, 20 October 2005)). Наспроти тоа, во случајот *Радио Франција и други* (цитиран горе, §§ 35 и 39), Судот забележал дека изјавата, која содржела сериозни клеветнички тврдења против живи лица, била емитувана на националното радио шеесет и два пати.

219. Конечно, Судот зел во предвид колку време поминало од историските настани на кои се однесувале изјавите; четириесет години во случајот *Луиду и Изорни* (цитиран горе, § 55); педесет години во *Мона* (цитиран горе, § 64), и повторно четириесет години во *Орбан и други* (цитиран горе, § 52).

220. Горенаведените случаи на тој случај илустрираат дека, слично на позицијата во врска со „говорот на омраза“, оценката на Судот на неопходноста за мешање во изјавите во врска со историски настани исто така било доста специфично за случајот и зависело од взаемното дејство меѓу природата и потенцијалните ефекти од таквите изјави и контекстот во кој тие биле дадени.

(е) *Случаи против Турција во врска со изјавите за настаните од 1915 година и годините што следеле*

221. Во *Гучлу против Турција* (*Güçlü v. Turkey* (no. 27690/03, 10 February 2009)) жалителот, адвокат и политичар, во текот на прес конференција рекол дека за него лично настаните од 1915 година и годините што следеле достигнале ниво на геноцид и дека Турција требала да се помири со тоа и да се ангажира во отворена дебата по ова прашање. Тој бил осуден согласно правна одредба која забранувала пропаганда против територијалниот интегритет на Турција и бил осуден на една година затвор заради оваа изјава и други изјави дадени во текот на истата прес конференција во врска со курдското прашање. Тој одлежал нешто повеќе од три месеци од казната кога одредбата по која бил осуден била укината. Како резултат на тоа неговата пресуда била укината и тој бил ослободен. Судот одлучил дека изјавата на г-динот Гучлу јасно се однесувала на дебата по прашање од јавен интерес. Тој понатаму рекол дека изразувањето на такви мислења, дури и ако тие не се поклапале со оние на јавните власти и можеле да навредат или шокираат други, имало право на заштита согласно членот 10 од Конвенцијата, и дека дебатата по дефиниција се состоела во изразување на различни ставови. Судот исто така забележал дека со давањето на изјава г-динот Гучлу се обидува да испровоцира дебата по историски и политички прашања. Со оглед на ова, и на сериозноста на казната што му била изречена тој утврдил повреда на членот 10 (исто., §§ 33-42).

222. Во случајот *Динк против Турција* (*Dink v. Turkey* (nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, 14 September 2010)) жалителот, истакнат турско-ерменски писател и новинар кој подоцна бил убиен, бил осуден за оцрнување на „Турчинството“ (*Türklük*), кривично дело согласно членот 159 од турскиот Кривичен законик во формата во која бил на сила во тоа време (суспендиран со членот 301 од турскиот Кривичен законик од 2005 година). Испитувајќи ја пресудата согласно членот 10 од Конвенцијата, Судот забележал дека разгледувањето на написите во кои г-динот Динк ги дал спорните изјави покажало јасно дека кога го користел зборот „отров“ тој се однесувал на „перцепцијата за Турците“ меѓу Ерменците и „опсесивната“ природа на кампањата на ерменската дијаспора да се обезбеди признавање на настаните од 1915 година и годините што следеле како геноцид. Г-динот Динк всушност тврдел дека оваа опсесија, која значела дека Ерменците сè уште се гледале себеси како „жртви“ ги труела животите на припадниците на ерменската дијаспора и ги спречила да го развијат својот идентитет на здрава основа. Овие тврдења не можеле да се сметаат за говор на омраза (исто., § 128).

223. Судот исто така го зел во предвид фактот дека г-динот Динк пишувал како новинар и уредник на еден турско-ерменски весник,

коментирајќи за прашањата кои го засегаа ерменското малцинство од позиција на актер на турската политичка сцена. Кога го изразуваа својот презир кон ставовите кои според него достигнале ниво на негирање на настаните од 1915 година и годините што следеле, г-динот Динк ги пренесувал своите мислења по прашање од неспорен јавен интерес во едно демократско општество. Било од суштинска важност во таквите општества дебатите во врска со историските настани од особено сериозна природа да можат да се одвиваат слободно. Тоа било интегрален дел од слободата на изразување во потрага по историската вистина и Судот не требал да се стави во ситуација да добие улога на арбитер по суштинско историско прашање, формирајќи дел од тековната јавна дебата. Понатаму, написите на г-динот Динк не биле неоправдано навредливи или непријатни, и не негувале непочитување или омраза (исто., § 135). Затоа немало итна општествена потреба да се прогласи за виновен за оцрнување на „Турчинството“.

224. Во случајот *Кокс* (цитиран горе) државјанка на САД која предавала на два турски универзитети во осумдесеттите години била депортирана од Турција во 1986 година и ѝ бил забранет влез во земјата затоа што пред студентите и колегите кажала дека „Турците ги асимилирале Курдите“ и „ги протерале и масакрирале Ерменците“. Таа била депортирана во уште две други прилики. Во 1996 година таа покренала постапка за повлекување на забраната за повторен влез, но не успеала. Судот забележал конкретно дека изјавите на г-ата Кокс се однесувале на курдски и ерменски прашања, кои сè уште биле дел од „жешка дебата не само во рамките на Турција, туку исто така на меѓународната арена, со сите оние што биле инволвирани и ги кажувале своите ставови и контра-ставови“. Тој признал дека „мислењата изразени по овие прашања од една страна [можеле] по некогаш да ја навредат другата страна,“ но нагласил дека „на едно демократско општество му била потребна толеранција и широкоградост за да се соочи со контроверзните изјави“ (исто., §§ 41-42). Тој заклучил дека забраната за повторен влез на г-динот Кокс во Турција имала за цел да го сузбие остварувањето на нејзината слобода на изразување и да го задуши ширењето на идеи. Мешањето во нејзиното право на слобода на изразување оттука не претставувало „неопходно за едно демократско општество (исто., §§ 44-45).“

225. Во случајот *Алтуг Танер Акчам против Турција* (*Altug Taner Akcam v.* (no. 27520/07, 25 October 2011)) жалителот, професор по историја кој објавувал во многу прилики написи за настаните од 1915 година и годините што следеле и бил предмет на неколку кривични истраги – сите прекинати – во врска со новински написи во кои тој го критикувал гонењето на Хрант Динк (види параграф 222 горе), се жалел на постоењето на членот 301 од турскиот Кривичен законик, за кој тој тврдел дека овозможувал тој да биде обвинет во секое време за

неговата научна работа во однос на ерменското прашање. Врз основа на кривичната истрага против г-динот Акчам и ставот на турските судови во однос на ерменското прашање во нивната примена на тој член, како и јавната кампања против г-динот Акчам во врска со истрагите, Судот утврдил дека постоел вистински ризик дека тој можел да биде гонет за „неподобни“ мислења во однос на ова прашање (исто., §§ 62-82). Тој продолжил и рекол дека термините што ги употребил во тој напис, како што биле толкувани од турските власти, биле премногу широки и нејасни, и покрај заштитата што била воведена од законодавецот. Бројот на истраги и обвиненија поднесени согласно него покажувале дека секое мислење кое се сметало за навредливо, шокантно или вознемирувачко лесно станувало цел (исто., §§ 89-94). Тој член затоа не го исполнил условот за предвидливост.

(iii) *Примена на горенаведените принципи и судска пракса во актуелниот случај*

226. Во актуелниот случај, Судот не е обврзан да утврди дали криминализацијата на негирањето на геноциди или други историски факти може во принцип да бидат оправдани. За разлика од уставните судови на Франција и Шпанија, кои имале право – и навистина биле обврзани – да ги испитаат законските одредби во врска со ова како апстракт..., во случај кој има свое потекло во индивидуална жалба Судот е ограничен од фактите на случајот (види *Т. против Белгија*, цитиран горе, во п. 169). На тој начин може само да разгледа дали примената на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик во случајот на жалителот била или не „неопходна во едно демократско општество“ во рамки на значењето на членот 10 § 2 од Конвенцијата (види *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, no. 31045/10, § 98, ECHR 2014).

227. Одговорот на прашањето дали таква неопходност постои зависи од потребата да се заштитат „правата на другите“ во прашање по пат на мерки во кривичното право. Како што било забележано во параграф 156 горе, ова биле правата на Ерменците во однос на нивното достоинство и тоа на нивните предци, вклучително и правото на почитување на нивниот идентитет изграден околу сфаќањето дека нивната заедница страдала од геноцид. Во контекст на судската пракса во која Судот прифатил дека и етничкиот идентитет и угледот на предците можат да го активираат членот 8 од Конвенцијата во однос на ставката за „приватниот живот“ (види параграфи 200-03 горе), Судот се согласува дека тие биле права заштитени согласно тој член.

228. Судот оттука е соочен со потребата да постигне рамнотежа меѓу правата од Конвенцијата: правото на слобода на изразување согласно членот 10 од Конвенцијата и правото на почитување на приватниот живот согласно членот 8 од Конвенцијата; затоа ќе ги земе

во предвид принципите што се утврдени во неговата судската пракса во врска со воспоставувањето на рамнотежа (види параграф 198 горе). Истакнатото прашање е каква релативна тежина треба да им се додели на овие две права кои во принцип имаат право на еднаква почит, во специфичните околности на овој случај. Се бара од Судот да ја испита компаративната важност на конкретните аспекти на две права кои биле во прашање, потребата да се меша, ретроспективно да го заштити, секое од нив, и сразмерност меѓу средствата што се користеле и целта која се сакала да се постигне. Судот ќе го направи тоа така што ќе ја погледне природата на изјавите на жалителот; контекстот во кој биле попречени; мерката во која тие ги погаѓале правата на Ерменците; постоењето или отсуството на консензус меѓу Високите страни договорнички во однос на потребата да се прибегне кон кривични санкции за таквите изјави; постоењето на некакви правила на меѓународното право кои би биле релевантни во однос на ова прашање; методот што бил применет од страна на швајцарските судови за да се оправда осудувањето на жалителот; и сериозноста на мешањето.

(a) Природата на изјавите на жалителот

229. За да се оцени тежината на интересот на жалителот во остварувањето на неговото право на слобода на изразување, Судот најпрво мора да ја испита природата на неговите изјави. Притоа, нема да се обидува да утврди дали тие можат да бидат карактеризирани соодветно како негирање на геноцид или оправдување на целите на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик, или дека биле направени „по основ“ на „раса, етничко потекло или вера“ во рамки на значењето на тој член. Овие точки се однесуваат на толкување и примена на швајцарското право и било за швајцарските судови да одредат (види меѓу другите извори, *Луиду и Изорни*, цитиран горе, § 50). Релевантното прашање е повеќе дали изјавите му припаѓале на тип на изразување кој има право на зголемена или намалена заштита согласно членот 10 од Конвенцијата, при што Судот е тој што на крај треба да одлучи, при тоа имајќи ги во предвид наодите на швајцарските судови во однос на ова (види параграф 196 (iii) горе).

230. Согласно судската пракса на Судот, изразувањето по прашања од јавен интерес во принцип има право на силна заштита, додека израз кој промовира или оправдува насилство, омраза, ксенофобија или друга форма на нетрпеливост не може нормално да бара заштита (види ги случаите цитирани во параграфи 197 и 204-07 горе). Изјави за историски прашања, било да се дадени на јавни собири или во медиуми како што се книги, весници или радио или телевизиски емисии по правило се сметаат дека допираат прашања од јавен интерес (види *Станков и Обединета Македонска Организација Илинден*, §§ 79,

85 и 97 (изјави на митинзи); *Шови и други*, §§ 68 и 71, и *Орбан и други*, § 45 (книги); *Луиду и Изорни*, §§ 10-11 (весник); *Радио Франција и други*, §§ 34-35 (радио емисија); и *Мона*, § 56 (телевизиска емисија)).

231. Судскиот совет одлучи дека изјавите на жалителот биле од историска, правна и политичка природа. Швајцарската Влада и некои од третите странки не се согласуваа, во суштина во однос на тоа дека жалителот не се однесувал на академски и непристрасен начин и во духот на отвореност на една соодветна историска дебата. Големият судскиот совет не го прифатил ваквиот аргумент. Иако изјавите на жалителот допреле некои историски и правни прашања, контекстот во кои биле дадени – на јавни настани каде жалителот зборувал пред истомисленици – покажува дека тој се обратил како политичар, а не како научник од областа на историјата и правото. Тој зел учество во долгорочно контроверзно прашање кое судот во повеќе случаи против Турција веќе го прифатил како поврзано со прашање од јавен интерес (види параграфи 221 и 223 горе), и опишани како „вжештена дебата, не само во рамките на Турција, туку исто така на меѓународната арена“ (види параграф 224 горе). Навистина прашањето било дебатирано во швајцарскиот Парламент во 2002-03, не долго пред изјавите на жалителот... Фактот дека тоа не било дел од главните текови на швајцарската политика не значи дека не било од јавен интерес. А истото важи и за фактот дека жалителот се изразил со силни зборови (види *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, § 125 *in fine*, 23 April 2015). Во природата на политичкиот говор е да биде контроверзен и честопати вирулентен (спореди со *Erbakan v. Turkey*, no. 59405/00, § 59, 6 July 2006; *Faruk Temel v. Turkey*, no. 16853/05, §§ 8 and 60, 1 February 2011; и *Otegi Mondragon v. Spain*, no. 2034/07, §§ 10 and 53-54, ECHR 2011). Тоа не го намалува неговиот јавен интерес, под услов секако да не ја премине линијата и да не се претвори во повик за насилство, омраза или нетрпеливост, што е поентата која судот сега ќе ја разгледа.

232. Швајцарскиот суд одлучил дека жалителот говорел од расистички побуди. Така одлучиле врз основа на неговото тврдење дека Ерменците биле агресори на Турците и неговата декларирана поддршка на Талат Паша, османлискиот министер за внатрешни работи во времето на настаните од 1915 година и годините што следеле, но исто така и врз основа на простото, па дури и тврдоглаво, негирање дека тие настани претставувале геноцид (види параграфи 22, 24 и 26 горе). Судскиот совет не се согласил, забележувајќи дека жалителот бил обвинет за поттикнување на омраза што било различно дело согласно швајцарското право, и дека тој не изразил презир кон жртвите (види [параграф] ... 119 од пресудата на Судскиот совет).

233. Иако е целосно свесен за акутната чувствителност кај ерменската заедница во врска со прашањето за кое говорел жалителот, Судот, земајќи ја во предвид целата сила на неговите изјави, не гледа

на нив како на форма за поттикнување на омраза или нетрпеливост. Жалителот не изразил презир или омраза кон жртвите на настаните од 1915 година и годините што следеле, забележувајќи дека Турците и Ерменците живееле во мир со векови и сугерирајќи – дали тоа всушност било така е толку нематеријално во актуелниот контекст – дека и едните и другите паднале жртва на „империјалистичката“ машинерија. Тој не ги нарекол Ерменците лажговци, не користел погрдни зборови за нив, ниту се обидел да дава стереотипи за нив (наспроти тоа *Seurot; Soulas and Others*, § 40; *Balsytė-Lideikienė*, § 79; *Féret*, §§ 12-16 и 69-71; и *Le Pen*, сите цитирани горе). Неговите тврдења со силен речник биле насочени против „империјалистите“ и нивните наводно подмолни планови во однос на Османлиското Царство и Турција (спореди, *mutatis mutandis*, со *Гиниевски*, цитиран горе, §§ 45-49, каде Судот, оддалечувајќи се од наодите на домашните судови, одлучил дека со осудувањето на папската енциклика и оттука на ставот на Папата, еден новинар не се обидува да го критикува христијанството како целина, и со *Klein v. Slovakia*, no. 72208/01, § 51, 31 October 2006, каде Судот исто така оддалечувајќи се од наодите на домашните судови, одлучил дека острите изјави на еден новинар за еден римско-католички архиепископ во Словачка не можело да се смета за омаловажувачко за следбениците на Католичката црква во таа земја.

234. Следното прашање е дали на изјавите сепак можело да се гледа како на форма на поттикнување на омраза или нетрпеливост кон Ерменците на сметка на ставот на жалителот и поширокиот контекст во кој тие биле дадени. Во случаите поврзани со Холокаустот кои биле изнесени пред поранешната Комисија и Судот, заради историски и контекстуални причини ова неизбежно било претпоставено дека било така (види параграфи 209 и 211 горе). Меѓутоа Судот не смета дека истото може да се направи во овој случај, каде жалителот држел говор во Швајцарија за настани кои се случиле на територијата на Османлиското Царство околу деведесет години претходно. Иако не може да се исклучи дека изјавите поврзани со тие настани можеле да промовираат и расистичка и антидемократска агенда, и дека го прават тоа повеќе преку инсинуации наместо директно, контекстот не бара ова автоматски да се претпостави, и не постојат доволно докази дека таков бил случајот во актуелниот случај. Единствениот елемент кој можел да биде обележан од таква агенда била самодекларираната врска со Талат Паша. Меѓутоа швајцарските судови не дале образложение во однос на ова прашање, и немало никакви докази дека членството на жалителот во т.н. Комитет на Талат Паша било водено од желбата да се наклеветат Ерменците и да се шири омраза за нив, а не неговата желба да ја оспори идејата дека настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале геноцид (види, *mutatis mutandis*, *Луиду и Изорни*, цитиран горе, § 53).

235. Во обид да покаже дека таков бил случајот, третата странка, *Турското здружение за човековите права, Центарот за вистина правда секавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права* упатил на материјали земени од т.н. Ергенекон постапки (види параграфи 186 и 187 горе). Меѓутоа, тие не обезбедиле оригинали или целосен превод на тие материјали туку само избор на цитати од нив. Што е уште поважно тие постапки сè уште се во тек после жалбата до турскиот Касационен суд (види параграф 27 горе), и биле причина за повеќе жалби во однос на нивната правичност, одбиени како прерани во однос на нивните очекувања (види *Özkan v. Turkey* (dec.), no. 15869/09, 13 December 2011; *Göktaş v. Turkey* (dec.), no. 59374/10, 13 December 2011; *Kireçtepe and Others v. Turkey* (dec.), no. 59194/10, 7 February 2012; *Güder v. Turkey* (dec.), no. 24695/09, §§ 64-65, 30 April 2013; *Karabulut v. Turkey* (dec.), no. 32197/09, §§ 64-65, 17 September 2013, *Tekin*, цитиран горе, §§ 64-65; и *Yıldırım*, цитиран горе, §§ 43-44). Овие материјали оттука не можат да се земат во предвид во овој случај.

236. Ниту пак антиерменската агенда од страна на жалителот може да се извлече од два новински написи на кои упатила третата странка (види параграф 187 горе). Првиот во дневниот весник *Vatan*, вели дека после атентатот врз Хрант Динк во 2007 година жалителот, по осудувањето на атентатот, го повикал Ерменскиот патријарх во Истанбул да признае дека тоа било резултат на подмолен заговор на Соединетите Американски Држави. Вториот во дневниот весник *Милијет*, се однесувал на анонимни закани до ерменските училишта во Истанбул, но таму воопшто не бил споменат жалителот (види параграф 28 горе).

237. Поопшто, швајцарската Влада и некои од третите странки се обидуваат да го претстават жалителот како екстремист со обичај да го остварува своето право на слобода на изразување на неодговорен и опасен начин. Според гледиштето на Судот ова не можело да се помири со фактот дека мешањето во остварувањето на ова право од страна на жалителот двапати било причина за пресуди на повреда против Турција во случаи кои биле покренати против него. Првата од тие пресуди, усвоена согласно жалба поднесена во 1992 година била *Социјалистичката партија и други против Турција* (*Socialist Party and Others v. Turkey* (25 May 1998, *Reports* 1998-III)). Таму Судот утврдил повреда на членот 11 од Конвенцијата во врска со распуштањето на политичка партија чиј претседател тогаш бил жалителот. Судот утврдил дека изјавите на жалителот кои го поттикнале укинувањето содржеле повик до луѓето со курдско потекло да се здружат и да изнесат одредени политички барања, но немало повици за насилство, бунт или други работи спротивни на демократските принципи. Затоа тие не можеле да го оправдаат укинувањето. Втората пресуда, дадена

согласно жалбата поднесена во 1999 година, била *Перинчек против Турција* (*Perinçek v. Turkey* (no. 46669/99, 21 June 2005)). Во тој случај Судот одлучил дека осудителната пресуда за кривично дело со која бил осуден жалителот во Турција во врска со слични изјави кои не можеле да се окарактеризираат како говор на омраза не биле неопходни во едно демократско општество и затоа довеле до повреда на членот 10 од Конвенцијата.

238. Фактот дека изјавите на жалителот се однесувале на Ерменците како група не може сам по себе да служи како основа да се заклучи дека се работело за расистичка агенда, бидејќи со оглед на дефиницијата на терминот „геноцид“ во меѓународното право..., сите изјави поврзани со соодветноста на класификацијата на еден историски настан како таков задолжително засегаат одредена политичка, етничка, расна или верска група.

239. За Судот, на изјавите на жалителот, прочитани во целост и земени со нивниот директен и поширок контекст, не може да се гледа како на повик за омраза, насилство или нетолерантност против Ерменците. Точно е дека тие биле вирулентни и дека неговиот став бил бескомпромисен, но треба да се прифати дека тие наводно вклучиле елемент на претерување во намерата да привлечат внимание (види, *mutatis mutandis*, *Станков и Обединетата Македонска Организација Илинден*, цитиран горе, § 102, кој се однесувал на „жестоки антибугарски изјави“ дадени од членови и симпатизери на здружението во текот на митинзите што тие ги организирале).

240. Судскиот совет одлучил дека жалителот не бил обвинет ниту осуден за обид да оправда геноцид, туку чисто заради неговото негирање. Швајцарската Влада ја оспорила таквата оценка, посочувајќи дека швајцарскиот Сојузен суд во точката 7 од својата пресуда, утврдил дека масакрот и масовното депортирање на Ерменците во 1915 година и годините што следеле претставувале злосторства против човештвото, чие оправдување исто така потпаѓало под опсегот на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик. Судот забележува дека како што било потврдено во пресудата на Судот во случајот *Варела Хеис против Шпанија* (*Varela Geis v. Spain* (no. 61005/09, §§ 45-53, 5 March 2013)) – кој, случајно, се однесува на случајот кој бил причината за пресудата на шпанскиот Уставен суд ... – двете обвиненија можат да бидат доста различни. Меѓутоа како што веќе било забележано, централното прашање овде не е правната квалификација на изјавите на жалителот од швајцарските судови, туку дали тие изјави би можеле, кога ќе се прочитаат во целина и во нивен контекст да се сметаат за повик за насилство, омраза или нетрпеливост. Судот веќе одлучил дека тоа не било можно. Овде само би додал дека, како што било појаснето од шпанскиот Уставен суд, оправдувањето на геноцид не се состои од тврдења дека некој

конкретен настан не претставувал геноцид, туку изјави кои изразувале вредносни судови за него, релативизирајќи ја неговата сериозност или претставувајќи го како правилен... Судот не смета дека за изјавите на жалителот би можело да се смета дека го носеле ова значење; ниту пак можело да се смета дека оправдувале некои други кривични дела против човештвото.

241. Следи дека изјавите на жалителот, кои се однесувале на прашање од јавен интерес имале право да ја зголемат заштитата согласно членот 10 од Конвенцијата и дека швајцарските власти имале само ограничено дискреционо право да се меша во нив.

(β) Контекстот на мешањето

Географски и историски фактори

242. При разгледувањето дали постоела итна социјална потреба за мешање во правата од Конвенцијата, Судот секогаш бил чувствителен на историскиот контекст на засегнатите високи страни договорнички. На пример во *Вогт* (цитиран горе, §§ 51 и 59) тој го зел во предвид „искуството на Германија за време на Вајмарската Републиката и за време на горкиот период што следел по падот на тој режим до усвојувањето на Основниот закон во 1949 година“, и нејзината последователна желба да „избегне повторување на тие искуства преку формирање на нејзината нова држава врз идејата дека таа треба да биде ‘демократија способна да се одбрани себеси’“. Историското искуство на таа држава претставувало фактор што имал тежина во оценувањето на постоењето на итна општествена потреба и во многу други случаи (види *Реквењи*, цитиран горе, §§ 41 и 47; *Рефах Партиси (Партија на благосостојбата) и други*, цитиран горе, §§ 124-25; *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, § 116, ECHR 2005-VI; *Лејла Шахин*, цитиран горе, § 115; *Жданокa*, цитиран горе, § 119-21; *Фабер*, цитиран горе, § 58; и *Вона*, цитиран горе, § 66).

243. Ова е особено релевантно во однос на Холокаустот. За Судот, оправдувањето за тоа што негирањето на едно злосторство се сметало за кривично дело не лежи толку многу во тоа дека се работи за јасно утврден историски факт, туку дека со оглед на историскиот контекст на засегнатите држави – случаите разгледани од поранешната Комисија и Судот досега се однесувале на Австрија, Белгија, Германија и Франција (види параграфи 209-10 горе и наспроти тоа *Варела Хеис*, цитиран горе, § 59, каде Судот не ја разгледал жалбата во однос на членот 10 од Конвенцијата) – неговото негирање, дури и ако било замаскирано од непристрасно историско истражување, неизбежно било гледано со конотација на антидемократска идеологија и антисемитизам. Негирањето на Холокаустот оттука е двоструки

опасно, особено во држави кои ги искусиле нацистичките ужаси, и за кои може да се смета дека имале посебна морална одговорност да се дистанцираат себе од масовните зверства кои тие ги извршиле или помогнале, меѓу другото со тоа што нивното негирање ќе стане незаконско.

244. Наспроти тоа не се тврдело дека постоела директна врска меѓу Швајцарија и настаните што се случиле во Османлиското Царство во 1915 година и годините што следеле. Единствената таква врска може да произлезе само од присуството на ерменска заедница на швајцарска територија, но таа е мала. Ова е потврдено со поднесоците на швајцарската Влада, кои јасно ја пренесуваат идејата дека контроверзноста поттикната од жалителот била надвор од швајцарскиот политички живот и во одредена мерка со пресудата на Окружниот полициски суд на Лозана, кој при носењето на одлуката да суспендира дел од казната на жалителот забележал дека тој бил странец и би се врател во својата земја (види параграф 22 горе). Исто така не постојат докази дека во времето кога жалителот ги дал своите изјави атмосферата во Швајцарија била напната и можела да резултира со сериозни фрикции меѓу Турците и Ерменците таму (наспроти тоа *Зана*, §§ 57-60, и *Сурек (бр. 1)*, § 62, обата цитирани горе, кои се однесувале на напната ситуација во југоисточна Турција во осумдесеттите и деведесеттите години, како и *Фалакаоглу и Сајили*, § 33, и *Сајили и Фалакаоглу (бр. 2)*, § 28 *in fine*, обата цитирани горе, кои се однесувале на објавување на остри изјави дадени во времето кога се случувале судири во неколку затвори во Турција меѓу безбедносните сили и затворениците, како резултат на што имало убиени и повредени на двете страни. Навистина претходниот случај во кој кривичното обвинение било поднесено согласно членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик во врска со такви изјави покажува дека додека ерменската и турската заедница во Швајцарија го изразиле своето силно несогласување со правната карактеризација на настаните од 1915 година и годините што следеле, тоа не резултирало со последици освен судските постапки ... Ниту пак доколку жалителот не бил обвинет ќе се сметало како форма на озаконување на неговите гледишта од страна на швајцарските власти (наспроти тоа, *mutatis mutandis*, *Вона*, цитиран горе, § 71).

245. Прашањето е тогаш, дали кривичното осудување на жалителот во Швајцарија може да се оправда со ситуацијата во Турција, каде ерменското малцинство наводно страдало од непријателски однос и дискриминација (види параграфи 186 и 188 горе). За Судот одговорот мора да биде негативен. Кога бил осуден жалителот, швајцарскиот суд не упатил на турскиот контекст. Ниту пак тоа го сторила швајцарската Влада во своите забелешки. Напротив, нивниот обид да оправдаат

мешање преку упатување на членот 16 од Конвенцијата покажува дека тие главно се занимавале со својот домашен политички контекст.

246. Точно е дека во моментов, особено со користењето на електронските средства за комуникација, ниедна порака не може да се смета за чисто локална. Исто така вредно е за пофалба и во согласност со духот на универзалната заштита на човековите права за Швајцарија да се обидува да ги одбрани правата на жртвите на сверства без разлика на местото каде се случиле. Меѓутоа, поширокиот концепт на сразмерност инхерентен на фразата „неопходно во едно демократско општество“ бара рационална врска меѓу мерките преземени од властите и целта што тие се обидувале да ја остварат преку овие мерки во смисла дека мерките биле разумно способни да го дадат посакуваниот резултат (види, *mutatis mutandis*, *Weber v. Switzerland*, 22 May 1990, § 51, Series A no. 177, и *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 68, Series A no. 216). Едвај дека може да се каже дека секое непријателство кое постои кон ерменското малцинство во Турција е производ на изјавите на жалителот во Швајцарија (види, *mutatis mutandis*, *Инкал*, цитиран горе, § 58), или дека кривичната осудителна пресуда на жалителот во Швајцарија ги штитела правата на тоа малцинство на некаков реален начин или поради тоа се чувствуваат побезбедни. Исто така не постојат докази дека изјавите на жалителот само по себе предизвикувале омраза против Ерменците во Турција, или дека тој во ниедна друга прилика не се обидел да влее омраза против Ерменците. Како што веќе било забележано, двата написи на кои третата странка *Турското здружение за човековите права*, *Центарот за вистина правда сеќавање и Меѓународниот институт за проучување на геноцидот и човековите права* упатила во поткрепа на своето тврдење дека жалителот го сторил тоа, едноставни не се чини дека го поддржуваат. Другите материјали, на кои третата странка се обидувала да се повика доаѓале од т.н. Ергенекон постапки, и како што веќе беше објаснето, не можат да се земат во предвид.

247. Иако непријателството на некои ултра националистички кругови во Турција спрема Ерменците во таа земја не може да се негира, особено со оглед на атентатот врз турско-ерменскиот писател и новинар Хрант Динк во јануари 2007 година, најверојатно заради неговите ставови во врска со настаните од 1915 година и годините што следеле (види *Динк*, цитиран горе, § 66 *in fine*), ова тешко дека може да се смета дека е последица на изјавите на жалителот во Швајцарија.

248. Нема причина да се земат во предвид други домашни контексти, како што се францускиот, како што сугерираше третата странка *ЦЦАФ*. Точно е дека Франција е дом на третата најголема заедница на ерменската дијаспора, и дека настаните од 1915 година и годините што следеле биле едно од водечките прашања таму со години

... Но не постојат докази дека изјавите на жалителот имале директна последица во таа земја, или дека швајцарските власти го имале на ум тој контекст кога делувале против него.

Факторот време

249. Во случајот *Луиду и Изорни* (цитиран горе, § 55), Судот рече дека иако контроверзните забелешки за трауматски историски настани секогаш е веројатно дека повторно ќе креираат контроверзности и ќе ги вратат сеќавањата на страдањата во минатото, поради тоа што изминале околу четириесет години било невозможно да се одговори на нив со истата острина како пред десет или дваесет години. Судот го заведе ставот од образложението дадено и во други случаи (види *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 53, ECHR 2004-IV; *Мона*, цитиран горе, § 64; *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 49, ECHR 2008; *Орбан и други*, цитиран горе, § 52; и *Smolorz v. Poland*, no. 17446/07, § 38, 16 October 2012; исто така и, *mutatis mutandis*, *Hachette Filipacchi Associés v. France*, no. 71111/01, § 47, 14 June 2007).

250. Во овој случај поминатото време меѓу изјавите на жалителот и трагичните настани на кои тој упатувал било значително подолго, околу деведесет години, и во тоа време кога ја дал изјавата сигурно имало многу малку, ако воопшто имало, преживевани од тие настани. Иако во нивните поднесоци некои од третите странки нагласија дека ова било сè уште живо прашање за многу Ерменците, особено за оние во дијаспората, факторот време не можел да се занемари. Иако настаните кога се посвежи можат да бидат толку трауматични што во одреден период може да бараат повисок степен на регулирање на изјавите во врска со нив, потребата од такво регулирање како минуваат годините се губи.

(γ) Опсегот во кој изјавите на жалителот влијаат на правата на припадниците на ерменската заедница

251. Откако прифативме дека „правата на другите“ што се сакало да бидат заштитени со мешање во правото на жалителот на слобода на изразување се права кои уживаат заштита согласно членот 8 од Конвенцијата (види параграф 227 горе), Судот мора да знае, заради постигнување на рамнотежа, да го мери опсегот во кој изјавите на жалителот влијаеле на тие права.

252. Судот е свесен за огромната важност што му го дава ерменската заедница на прашањето дали трагичните настаните од 1915 година и годините што следеле треба да се сметаат за геноцид и за акутната чувствителност на заедницата на секакви изјави што се однесуваат на тоа. Меѓутоа, не може да прифати дека изјавите на жалителот по прашањето на овој случај можеле толку да го ранат достоинството на Ерменците кои страдале и ги загубиле животите во

овие настани и по достоинството и идентитетот на нивните потомци поради што било потребно да се преземат кривични мерки во Швајцарија. Како што веќе е забележано, осилото на изјавите на жалителот не било упатено на тие лица, туку кон „империјалистите“ кои тој ги сметал дека се одговорни за сверствата. Делови од неговите изјави на кои на некој начин можело да се гледа како на навредливи за Ерменците биле тие во кои тој ги нарекол „инструменти“ на „империјалистичките сили“ и ги обвинил за „вршење на масакри врз Турците и муслиманите“. Меѓутоа како што може да се види од севкупната смисла на забелешките на жалителот, тој од ова не го извлекол заклучокот дека тие заслужиле да бидат подложени на сверствата или уништувањето; туку повеќе ги обвинил „империјалистите“ за тоа што поттикнале насилство меѓу Турците и Ерменците (види параграфи 13 и 16 горе). Ова, проследено од времето кое поминало од настаните на кои жалителот упатил, го води Судот до заклучокот дека на неговите изјави не може да се сметаат за такви чија цел била да се предизвика значително вознемирување кај нив (види, *mutatis mutandis*, *Вајнау*, § 57; *Орбан и други*, § 52, *Путистин*, § 38, и *Јелшевар и други*, § 39, сите цитирани горе, како и *John Anthony Mizzi v. Malta*, no. 17320/10, § 39, 22 November 2011).

253. Ниту пак Судот е убеден дека изјавите на жалителот – во кои тој негирал дека настаните од 1915 година и годините што следеле би можеле да се класификуваат како геноцид, но не ја оспорувал реалноста на масакрите и масовните депортирања – би можеле да имаат сериозни последици по идентитетот на Ерменците како група. Судот веќе одлучил, иако во различни околности, дека изјавите кои го оспоруваат, дури и во вирулентна смисла, значењето на историските настани за кои постои посебна чувствителност во една земја и го допираат нејзиниот национален идентитет сами по себе не можат да се сметаат дека сериозно ги погодиле тие на кои биле упатени (види *Станков и Обединета Македонска Организација Илинден*, цитиран горе, §§ 104-07). Тој дошол до истиот заклучок во однос на изјавите со кои се оспорува самиот идентитет на една национална група (види *Здружение на граѓани Радко и Паунковски*, цитиран горе, §§ 70-75). Судот не би исклучил дека можат да постојат околности во кои, со оглед на специфичниот контекст, изјавите во врска со трауматските настани можат да резултираат со значителна штета по достоинството кое било погодено од таквите настани: на пример, доколку се особено вирулентни и раширени во форма која е невозможно да се игнорира. Судот забележува во врска со ова дека во случајот на *Вејделанд и други* (цитиран горе, §§ 8, 56 и 57), каде вирулентни хомофобични летоци биле оставени во шкафчињата на учениците од едно средно училиште, во наодот дека не бил прекршен членот 10 од Конвенцијата, тој дал посебно значење на фактот дека летоците им биле наметнати на лица

кои биле „на возраст кога лесно паѓале под влијание и чувствителна возраст“ и кои не добиле можност да не ги примат. Но не може да се каже дека такви околности постоеле во актуелниов случај. Единствените случаи во кои поранешната Комисија и Судот го прифатиле спротивното без конкретни докази било во оние поврзани со негирање на Холокаустот. Но, како што веќе забележа, ова можело да се смета како да произлегува од многу специфичен контекст во кој тие случаи се развивале, што предизвикало поранешната Комисија и Судот да прифатат дека негирањето на Холокаустот, дури и кога е маскирано како непристрасно историско истражување, мора непроменливо да се смета дека означува антидемократска идеологија и антисемитизам (види параграфи 234 и 243 горе), и мора оттука да се смета за особено вознемирувачко за засегнатите лица.

254. Конечно Судот забележува дека изјавите на жалителот биле дадени на три јавни настани. Нивното влијание оттука неизбежно било доста ограничено (види, *mutatis mutandis*, *Фабер*, цитиран горе, §§ 44-45, и наспроти тоа *Ферет*, цитиран горе, § 76, каде Судот придал посебна важност на фактот дека изјавите во прашање, кои се состоеле од стереотипни формули со кои се оцрнувало одреден дел од населението, се состоеле од летоци кои биле дистрибуирани во текот на една изборна кампања, и на тој начин допреле до целото население на една земја).

(δ) *Постоење или отсуство на консензус меѓу високите страни договорнички*

255. Податоците од компаративното право кои им се достапни на Судот покажуваат дека во изминатите неколку години работите флукутирале во оваа област во правните системи на високите страни договорнички. Во некои – Франција и Шпанија – тоа било под влијание на уставната судската пракса... Во други, импулсот зад развојот на настаните била Рамковната одлука на ЕУ 2008/913/ЈНА ...

256. Достапните податоци оттука откриваат цел спектар на национални ставови. Некои високи страни договорнички – како што се Данска, Финска, Шпанија (после пресудата на нејзиниот Уставен суд во 2007 година), Шведска и Обединетото Кралство - не го криминализираат негирањето на историски настани. Други пак – како што се Австрија, Белгија, Франција, Франција, Холандија и Романија – го криминализираат, со примена на различни методи, само негирањето на Холокаустот и злосторствата на нацистите. Третата група – како што се Чешка и Полска – го криминализираат негирањето на злосторствата на нацистите и комунистите. Четвртата група – како што се Андора, Кипар, Унгарија, Летонија, Лихтенштајн, Литванија, Луксембург, поранешната Југословенска Република Македонија, Малта, Словачка, Словенија и Швајцарија – го криминализираат

негирањето на секој геноцид... На ниво на Европската унија, важечките одредби имаат широк спектар, но во исто време го поврзуваат условот за криминализирање на негирањето на геноцидот со потребата тоа да може да резултира со опипливи негативни последици.

257. Швајцарската Влада и некои од третите странки изразија сомнеж во врска со важноста на компаративната перспектива, нагласувајќи ги различните национални контексти и перцепции на потребата законски да се уреди оваа област. Судот ја признава оваа разновидност. Сепак е јасно дека со криминализацијата на секако негирање на некој геноцид без услов тој да биде спроведен на начин за кој е веројатно да поттикне насилство или омраза, Швајцарија стои на едниот крај од компаративниот спектар. Во вакви околности и со оглед дека во овој случај постојат други фактори кои имаат значително влијание врз ширината на применливата маргина на дискреционото право (види параграфи 241-54 горе и 274-78 долу), ставот на компаративното право не може да игра голем удел во заклучокот на Судот во однос на ова прашање.

(е) Дали мешањето може да се смета како услов согласно обврските на Швајцарија од меѓународното право?

258. Следната поента која треба да се утврди е дали, како што било тврдено од некои од третите странки, мешањето било оправдано, бидејќи било обврска согласно обврските на Швајцарија од меѓународното право (види, *mutatis mutandis*, *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, §§ 28, 30 and 31 *in fine*, Series A no. 298, што се однесува до мешање за кое се вели дека е обврска согласно членот 4 од ЦЕРД; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, §§ 56, 57 and 60-66, ECHR 2001-XI; *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, §§ 57 and 63-67, ECHR 2010; и *Jones and Others v. the United Kingdom*, nos. 34356/06 and 40528/06, §§ 189, 196-98 and 201-15, ECHR 2014, што се однесува до негирањето на пристап до суд што било обврска согласно меѓународното право поврзана со имунитетите на странските држави; и *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, §§ 149-51, ECHR 2005-VI, што се однесува до обврските кои произлегуваат од членството на државата во Европската Унија). Принципите по кои се води испитувањето на казниот конфликт меѓу обврските кои една висока страна договорничка ги има согласно Конвенцијата и нејзините други обврски согласно меѓународното право биле утврдени во детали во случајот *Нада против Швајцарија* (*Nada v. Switzerland* ([GC], no. 10593/08, §§ 168-72, ECHR 2012)); нема потреба да се повторат овде, освен за да се нагласи дека очигледните контрадикторности треба, во рамките на возможното, да се избегнуваат преку толкување на истовремено

применливите одредби на начин кој ги координира нивните ефекти и избегнува нивно спротивставување.

259. Во овој случај, Судот, откако утврди дека изјавите на жалителот не можат да се сметаат како форма на поттикнување на омраза или дискриминација, мора само да утврди дали Швајцарија била обврзана согласно своите обврски од меѓународното право да се криминализира негирање на геноцид како таков. Тој не е убеден дека таков е случајот.

260. Посебно, не се чини дека ова било неопходно со пристапувањето на Швајцарија во ЦЕРД. Точно е дека членот 261 *bis* од швајцарскиот Кривичен законик бил усвоен во врска со ова пристапување (види ... објаснувања во врска со ова содржани во точка 3.2 од пресудата на швајцарскиот Сојузен суд, цитиран во параграф 26 горе). Меѓутоа, тој член ги прогласува за незаконски многу дела покрај негирањето на геноцид и нема никаква индикација дека втората клаузула од овој став – тој што се занимава со негирање на геноцид и што служи како основа за осудување на жалителот – била конкретно барана согласно ЦЕРД. Доволно е да се забележи во врска со ова дека Кантоналниот суд на Во рекол во параграф 2 (б) *in fine* од својата пресуда дека членот 261 *bis* § 4 отишол подалеку од обврските на Швајцарија согласно ЦЕРД (види параграф 24 горе). Истиот став бил заземен и во првичниот извештај на Швајцарија до Комитетот на ООН за елиминација на расната дискриминација ...

261. Проверката на текстот на членот 4 од ЦЕРД покажува дека тој ниту директно ниту под услови не изразува директно барање дека негирањето на геноцид треба да се криминализира како такво. Тоа само просто кажува дека земјите потписнички треба да преземат активности за криминализирање на „секако ширење на идеи врз основа на расна супериорност или омраза, поттик на расна дискриминација, како и сите дела на насилство или поттикнување на такви дела против која било раса или група на лица од друга боја или етничко потекло“, и ова – како што е забележано од швајцарската Влада во времето кога разгледувала дали Швајцарија треба да пристапи кон ЦЕРД ... – „соодветно земајќи ги во предвид ... правата изречно воспоставени во членот 5 од [ЦЕРД]“, кои го вклучувале „правото на слобода на мислење и изразување“ (види параграф 62 горе). Исто така, при пристапувањето кон ЦЕРД, швајцарската Влада, делувајќи во согласност со препораката од Резолуцијата 68 (30) на Комитетот на министри на Советот на Европа ...; го резервирала правото „да води сметка на слободата на мислење“ кога усвојува законодавни мерки кои се неопходни за спроведување на неговиот член 4... Меѓународното тело кое го набљудува спроведувањето на ЦЕРД, Комитетот на ООН за елиминација на расната дискриминација, препорачал „јавните негирања или обиди да се оправдаат кривичните

дела на геноцид и злосторства против човештвото ... да бидат прогласени за кривични дела казниви со закон, под услов јасно да значат поттикнување на расно насилство или омраза“, но во исто време нагласил дека “изразувањето на мислења за историски факти” не треба да биде забрането или казнето“ (види параграф 66 горе).

262. Судот не е убеден дека од Швајцарија се барало да го криминализира негирањето на геноцидот како таков ниту согласно други меѓународни обврски.

263. Единствената договорна одредба која директно бара таква криминализација е членот 6 § 1 од Дополнителниот протокол на Конвенцијата за компјутерски криминал, кој Швајцарија го потпишала, но не го ратификувала и кој не е на сила во однос на неа ...

264. Членот III (в) од Конвенцијата за геноцид бара од земјите потписнички да ги направат казниви „директното и јавно поттикнување да се изврши геноцид“. Меѓутоа, судската пракса на Хашкиот трибунал за Руанда во однос на ова прашање покажува дека иако разликата може, во зависност од контекстот, да не биде непропустлива, сепак постои значителна разлика меѓу директното поттикнување на геноцид и „говор на омраза“ ... Ниту пак се чини дека обврската согласно членот I од Конвенцијата за геноцид да спречи геноцид била толкувана на начин дека се однесува, без квалификации, и на криминализација на „говор на омраза“. Во секој случај, веќе било утврдено дека изјавите на жалителот не можат да се сметаат дека достигнале поттикнување на омраза и дискриминација. Затоа не може да се заклучи дека Швајцарија имала обврска да ги криминализира согласно овие одредби.

265. Членот 20 § 2 од МПГПП кој бил на сила во однос на Швајцарија од 1992 година, од своја страна и недвосмислено, не бара криминализација на негирањето на геноцидот. Тој бара забрана на „секако залагање за национална, расна или верска омраза која претставува поттик за дискриминација, непријателства или насилство“... Во 2011 година меѓународното тело кое го следи спроведувањето на МПГПП, Комитетот на ООН за човековите права, го изрази гледиштето дека „законите кои го казнуваат изразувањето на мислења за историските факти се некомпатибилни со обврските кои Пактот им ги наметнува на државите потписнички во врска со слободата на мислење и изразување“, дека МПГПП „не дозволува општа забрана на изразување на погрешно мислење или погрешно толкување на минати настани“, дека „никогаш не треба да се наметнуваат ограничувања во однос на правото на слобода на мислење, а во однос на слободата на изразување тие не треба да одат подалеку од она што е дозволено со ставот 3 [од членот 19] или што се бара во членот 20“, и дека „едно ограничување кое е оправдано врз основа на членот 20 исто така е во согласност со членот 19 [§] 3“ ...

266. Ниту пак се чини дека постои обичајно правило на меѓународното право кое бара Швајцарија да го криминализира негирањето на геноцидот. Државната пракса ... е далеку од генерализирана и доследна (види, *mutatis mutandis*, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. the Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43, § 74). Членот 6 § 1 од гореспоменатиот Дополнителен протокол на Конвенцијата за компјутерски криминал се применува само за негирање на геноцид направено „преку компјутерски систем“ и во врска со геноцид „признат како таков со правосилна и обврзувачка одлука“ од надлежен „меѓународен суд“ ...; појаснувачкиот извештај на Протоколот вели дека ова се однесува на „други меѓународни судови формирани по 1945 година од релевантни меѓународни правни инструменти“, како што се Хашкиот трибунал за Југославија, Хашкиот трибунал за Руанда и МКС ... Исто така вториот став од членот на земјите потписнички на Протоколот им дозволува да го резервира правото да не го применува во целост или делумно неговиот прв став (види *mutatis mutandis*, *North Sea Continental Shelf Cases*, цитиран горе, § 72). Протоколот до денеска е ратификуван само од дваесет и четири од четириесет и седум земји членки на Советот на Европа, а три од нив ја искористиле можноста да не го применат членот 6 § 1 ... Оттука тешко дека може да се смета за објавување на правило кое добило статус на обичајно меѓународно право (види *mutatis mutandis*, *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, § 150, ECHR 2013, и *the North Sea Continental Shelf Cases*, цитиран горе, § 73, и наспроти тоа *Van Anraat v. the Netherlands* (dec.), no. 65389/09, §§ 90-92, 6 July 2010, каде било одлучено дека прописот против употребата на иперит како оружје за војување во еден меѓународен конфликт, што за првпат бил воспоставен во договорот од 1925 година добил статус на обичајно право). Истото важи и за прописите од Рамковната одлука на ЕУ 2008/913/ЈНА, која оттука не била во целост спроведена од низа земји-членки на Европската Унија.

267. Исто така вреди да се спомене дека повеќето меѓународни тела кои што се занимавале со ова прашање – Комитетот за човековите права, комитетот на ООН за елиминација на расна дискриминација, специјалниот известувач на ООН за промовирање и заштита на правото на слобода на мислење и изразување и независниот експерт на ООН за промовирање на демократски и правичен меѓународен поредок – дале инклузивни известувања и препораки во оваа насока ... ЕКПРИ се чини дека е единственото такво тело кое недвосмислено бара криминализација на негирањето на геноцид: тие предложиле дека законот треба да го казни, ако се изврши на меѓународно ниво, „јавното негирање, тривијализам, оправдување или простување, со расистичка цел, на злосторството геноцид, злосторства против

човештвото или воени злосторства“... Ова било, како што е јасно од насловот, препорака за политика која, без разлика колку е важна не претставува обврзувачко меѓународно тело.

268. Сумирано, немало никакви меѓународни тела на сила во однос на Швајцарија кои барале на јасен и експлицитен јазик да наметнат кривични казни за негирањето на геноцид како такво. Ниту пак се чини дека била обврзана тоа да го направи согласно обичајното меѓународно право. Затоа не може да се каже дека мешањето во правото на жалителот на слобода на изразување се барало согласно обврските на Швајцарија од меѓународното право и оттука тоа било оправдано од нив (види, *mutatis mutandis*, *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, §§ 100-06, ECHR 2011, и *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no. 49429/99, § 110, 24 November 2005, и наспроти тоа *Nada*, цитиран горе, § 172)

(Џ) Метод применет од швајцарските судови за да се оправда осудувањето на жалителот

269. Судот не смета дека мора детално да се разгледа начинот на кој швајцарските судови дошле до заклучок дека настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале „геноцид“ во рамките на значењето на членот 261 *bis* § 4 од швајцарскиот Кривичен законик. Како што веќе е забележано, ова е поента која се однесува на толкувањето и примената на швајцарското право.

270. Меѓутоа, Судот е овластен да го разгледа ефектот што пресудите на швајцарските судови го имале во однос на оваа точка врз правата на жалителот согласно Конвенцијата.

271. Тој забележува во врска со ова при носењето на заклучокот дека настаните од 1915 година и годините што следеле претставувале „геноцид“, Окружниот полициски суд на Лозана не направил анализа на точката преку упатување на правилата на швајцарското или меѓународното право кои го дефинираат тој термин, како што е членот 264 од швајцарскиот Кривичен законик, членот II од Конвенцијата за геноцидот и членот 6 од Римскиот статут. Тој чисто упатил на низа акти на службено признавање од страна на швајцарски, странски и меѓународни тела, експертски извештаи, правни студии и учебници (види параграф 22 горе). Од своја страна, Кантоналниот суд на Во ги цитирал правните одредби кои го дефинираат геноцидот, но утврдил, во точките 2 (в) *in fine* и (г) од својата пресуда, дека гледиштето на швајцарскиот Парламент за тоа дали настаните од 1915 година и годините што следеле биле геноцид било конечно (види параграф 24 горе). Швајцарскиот Сојузен суд ја отфрлил оваа одлука во точката 3.4 од неговата пресуда, усвојувајќи го во точката 4 пристапот на Окружниот полициски суд на Лозана и одлучил дека аргументите на жалителот во врска со соодветноста на класификацијата на настаните

како геноцид во рамки на значењето на членот 264 од швајцарскиот Кривичен законик биле нерелевантни (види параграф 26 горе). Како резултат останало нејасно дали жалителот бил казнет за тоа што не се согласувал со правната квалификација која им била доделена на настаните од 1915 година и годините што следеле или со доминантното гледиште на швајцарското општество по ова прашање. Во вториот случај, на осудувањето на жалителот мора да се гледа како штетно по можноста, во едно „демократско општество,“ да се изразат мислењата кои се разликуваат од тие на властите или некој дел од населението.

(η) Сериозноста на мешањето

272. Во два неодамнешни случаи согласно членот 10 од Конвенцијата, Судот ја потврдил сразмерноста на мешањето кое се состоело во регулаторни шеми кои ги ограничувале техничките средства со кои можело да се оствари слободата на изразување во јавната сфера (види *Mouvement raëlien suisse*, §§ 49-77, и *Animal Defenders International*, §§ 106-25, обата цитирани горе). Наспроти тоа, формата на мешање што е во прашање во овој случај – кривична пресуда која може да резултира дури и со затворска казна – била многу посериозна во смисла на нејзините последици за жалителот и барала построга проверка.

273. Во *Луиду и Изорни* (цитиран горе, § 57), Судот забележал, како што направил и во многу други случаи, во однос на членот 10 од Конвенцијата, дека кривичната пресуда претставувала сериозна санкција која го земала во предвид постоењето на други средства на интервенција и побивање, особено преку граѓански правни лекови. Истото важи и овде: она што е важно не е толку сериозноста на казната на жалителот туку самиот факт дека бил кривично осуден, што е една од најсериозните форми на мешање во правото на слобода на изразување.

(θ) Балансирање на правото на жалителот на слобода на изразување наспроти правото на Ерменците на почитување на нивниот приватен живот

274. Судот мора сега, земајќи ги во предвид сите од горенаведените фактори, да утврди дали швајцарските власти ја постигнале вистинската рамнотежа меѓу правото на жалителот на слобода на изразување и правото на Ерменците на заштита на нивното достоинство. Како што е забележано во параграфите 198 и 199 горе, високите страни договорнички имаат дискреционо право во таа смисла, но само доколку властите спровеле балансирање во

придржувањето кон критериумите воспоставени во судската пракса на Судот и соодветно ја разгледале важноста и опсегот на правата во прашање.

275. Кога било предложено она што подоцна станало членот 261 *bis* § 4 од Кривичниот законик, швајцарската Влада упатила на потенцијален конфликт меѓу од една страна наметнувањето на кривични казни за однесување кое станало незаконско согласно планираната одредба и, од друга страна, правата на слобода на мислење и здружување гарантирани со швајцарскиот Устав од 1874 година, тогаш на сила, објаснувајќи дека двата требале да бидат балансирали во поединечни ситуации на таков начин што само случаи кои навистина заслужувале да бидат обвинети би завршеле со казни ... Ваквата загриженост демонстрирала дека при примената на таа одредба во поединечни случаи швајцарските судови требале внимателно да ги измерат компензирачките интереси. Навистина, мешањето во правото на слобода на изразување кое добива форма на кривична осудителна пресуда неизбежно бара детална судска проценка на одредено однесување кое ќе биде казнето. Во ваков вид на случај вообичаено не е доволно дека мешањето било наметнато, бидејќи неговиот предмет потпаднал во рамките на одредена категорија или бил опфатен со законски пропис формулиран со општи услови; она што повеќе се бара е дека било неопходно во одредени околности (види, *mutatis mutandis*, Сандеј Тајмс, цитиран горе, § 65 *in fine*).

276. Меѓутоа, согласно причините за пресудите на швајцарските судови во случајот на жалителот не покажува дека тие посветиле некакво посебно внимание на оваа рамнотежа.

277. Кантоналните судови на Во дури и не споменале, а уште помалку дискутирале, за ефектот од осудувањето врз правата на жалителите согласно членот 10 од Конвенцијата или неговиот еквивалент во домашното право, членовите 16 и 36 од Уставот на Швајцарската Конфедерација од 1999 година.

278. Од своја страна швајцарскиот Сојузен суд бил задоволен да каже во точката 5.1 од неговата пресуда (цитиран во параграф 26 горе), дека според членот 106 (2) од Законот за Сојузниот суд ... не било потребно да се разгледа дали пониските судови ги повредиле правата на жалителот согласно швајцарскиот Устав или Конвенцијата, бидејќи жалителот не ја бранел поентата во доволно детали. Ова е тешко да се помири со точка 6 од таа пресуда, во која судот одлучил дека жалителот се потпира на неговото право на слобода на изразување согласно членот 10 од Конвенцијата и продолжил да испитува дали неговото осудување било компатибилно со тој член. Меѓутоа при разгледувањето на таа точка тој само ја анализираше предвидливост и целта на осудителната пресуда: да се заштитат правата на Ерменците. Ништо не се вели за потребата од осудување во едно демократско

општество и не се впушта во дискусија на различните фактори кои се однесуваат на таа точка.

279. Со оглед на ова, Судот одлучи дека тој самиот мора да го изврши балансирањето.

280. Земајќи ги во предвид сите елементи што се анализирани горе – дека изјавите на жалителот се однесувале на прашање од јавен интерес и не достигнале ниво на омраза и нетрпеливост, дека контекстот во кој тие биле дадени не бил обележан од повишени тензии или специјално дополнително значење во Швајцарија, дека изјавите не можат да се сметаат дека влијаеле на достоинството на припадниците на ерменската заедница до ниво на кое е потребна реакција на кривичното право во Швајцарија, дека не постои никаква обврска од меѓународното право за Швајцарија да ги криминализира таквите изјави, дека швајцарските судови се чини дека го осудиле жалителот затоа што кажал мислење кое се разликувало од тоа што било воспоставено во Швајцарија, и дека мешањето добило сериозна форма на кривично осудување – Судот заклучува дека не било неопходно, во едно демократско општество, да го подложи жалителот на кривична казна со цел да се заштитат правата на ерменската заедница во прашање во актуелниот случај.

281. Затоа имало до повреда на членот 10 од Конвенцијата.

282. Исто така следи дека нема никакви основи да се примени членот 17 од Конвенцијата (види, *mutatis mutandis*, *Обединетата Комунистичка Партија на Турција и други*, § 60; *Сулас и други*, § 48; и *Ферет*, § 82, сите цитирани горе).

...

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Го спојува*, со четиринаесет гласа наспроти три, прашањето дали членот 17 треба да се примени на основаноста на жалбата согласно членот 10 од Конвенцијата;
2. *Одлучи*, со десет гласа наспроти седум, дека имало повреда на членот 10 од Конвенцијата;
3. *Одлучи*, со тринаесет гласа наспроти четири, дека немало основ да се примени членот 17 од Конвенцијата;

...

Изготвена на англиски и француски јазик, и усвоена на јавна расправа во Зградата на човековите права, Стразбур, на 15 октомври 2015 г.

Јохан Калеваерт
Заменик секретар

Дин Шпилман
Претседател

Во согласност со членот 45 § 2 од Конвенцијата и правилото 74 § 2 од Деловникот на Судот, кон оваа пресуда се приложени следниве издвоени мислења:

(а) Мислење на делумно согласување и делумно несогласување на судијата Нусбергер;

(б) Заедничко мислење на несогласување на судиите Шпилман, Касадевал, Де Гаetano, Сицилианос, Силфис и Курис;

(в) Дополнително мислење на несогласување на судијата Силфис, придружен од судиите Касадевал, Бери и Курис.

Д.С.
Ј.К.

© Совет на Европа/Европски суд за човекови права, 2016.

Службени јазици на Европскиот суд за човекови права се англискиот и францускиот. Овој превод е направен со поддршка на Специјалниот фонд за човекови права на Советот на Европа (www.coe.int/humanrightstrustfund). Тој не го обврзува Судот, ниту пак Судот презема некаква одговорност за квалитетот на истиот. Може да се преземе од HUDOC базата на судската пракса на Европскиот суд за човекови права (<http://hudoc.echr.coe.int>) или од секоја друга база на податоци со која Судот го споделил. Може да се прават копии за некомерцијални цели под услов да се цитира полниот наслов на случајот, заедно со горенаведениот знак за авторско право и упатувањето на Специјалниот фонд за човекови права. Доколку се планира некој дел од овој превод да се користи за комерцијални цели, ве молиме обратете се на publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2016.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2016.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante: publishing@echr.coe.int.