

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND

Kriminaalõiguse, kriminoloogia ja kognitiivse psühholoogia õppetool

Aleksandra Artjušina

HOLOKAUSTI KURITEGELIK EITAMINE

Magistritöö

Juhendaja
Oliver Nääs, MA

Tallinn
2015

Sisukord

Sissejuhatus.....	3
1. Ajalooline taust.....	7
1.1. Holokaustist üldiselt.....	7
1.2. Holokausti revisionism.....	8
1.3. Kuritegelik alatähtsustamine, õigustamine või eitamine.....	11
2. Kaitstav õigushüve.....	14
2.1. Väljendusvabaduse piiramine.....	16
2.2. Põhiseaduspärasus.....	20
3. Teiste riikide praktika.....	23
3.1. Saksamaa.....	23
3.2. Suurbritannia ja Wales.....	25
3.3. Prantsusmaa.....	26
3.4. Türgi.....	28
3.5. Austria.....	29
3.6. Belgia.....	30
3.7. Läti.....	31
3.8. Tšehhi.....	32
3.9. Ameerika Ühendriigid.....	32
3.10. Kanada.....	34
3.11. Ungari.....	35
3.12. Itaalia.....	36
3.13. Poola.....	37
3.14. Rootsi.....	37
3.15. Holland.....	38
3.16. Šveits.....	39
3.17. Soome.....	39
3.18. Kreeka.....	40
3.19. Malta.....	41
3.20. Taani.....	41
3.21. Sloveenia.....	42
3.22. Hispaania.....	42
4. Holokausti eitamine kriminaliseerimine 06.07.2012 Karistusseadustiku muutmise seaduse eelnõu valguses.....	44
4.1. Normi struktuur.....	47
4.1.1. Koosseisu ülesehitus.....	47
4.1.2. Avalikkuse mõiste.....	52
4.1.3. Ohu määratlemine.....	53
4.1.4. Sanktsioon.....	54
Kokkuvõte.....	56
Abstract.....	61
Kasutatud kirjandus.....	66
Kasutatud õigusaktid.....	71
Kasutatud kohtupraktika.....	72

Sissejuhatus

Väljendusvabadus kui väärtus omaette ning iseenesest on nii *tähtsaks eelduseks kui tingimuseks ka mitme muu õiguse ja vabaduse sisuliseks ja asjakohaseks toimimiseks ja kaitseks*¹, seda kaitstakse kõikides Euroopa riikides. Eestis on väljendusvabadus, niisamuti nagu vaenu õhutamise keeld, tagatud põhiseadusega. Olukorras, kus sõnade materialiseerumist tagajärgades, seejuures ka karistusõiguslikes, võib näha igapäevasel baasil, vajavad seesugused võimalikud tagajärjed piiritlemist – karistusõigus on kahtlemata tõhus regulatsioonivahend, ent mitte kõiki probleeme kõikides mõeldavates eluvaldkondades ei peaks ega tohiks püüda lahendada karistusõigusega.

Antud magistritöö käsitleb rühma vastu suunatud kuriteo eitamise kriminaliseerimist kui olulist väljendusvabaduse riivet, millega seoses tõuseb mitmeid karistusõigust laiemalt puudutavaid probleeme. Nimetatud teema aktuaalsus tuleneb autori jaoks eelkõige Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku, vangistusseaduse ja väärteomenetluse seadustiku muutmise seaduse eelnõust 06.07.2012, mille üheks punktiks on ka Karistusseadustikku² (edaspidi KarS) § 151¹ lisamine järgmises sõnastuses:

§ 151¹. Rühma vastu suunatud kuriteo õigustamine

(1) Rahvusvahelise või Eesti kohtu lõpliku otsusega tuvastatud agressiooni, genotsiidikuriteo, inimsusevastase kuriteo või sõjakuriteo ähvardaval viisil avaliku õigustamise, eitamise või mitteoluliseks tunnistamise eest, kui sellega on põhjustatud kodakondsuse, rahvuse, rassi, kehalise tunnuse, terviseseisundi, soo, keele, päritolu, usutunnistuse, seksuaalse sättumuse, poliitiliste veendumuste või varalise või sotsiaalse seisundi alusel määratletud isikute rühma või rühma liikme vastase vihkamise, vägivalla või diskrimineerimise oht, – karistatakse rahalise karistuse või kuni kolmeaastase vangistusega.

(2) Sama teo eest, kui selle on toime pannud juriidiline isik, – karistatakse rahalise karistusega.

Rahvusvaheliste kuritegude kuritegelikku eitamist ja alatähtsustamist on sisuliselt võimalik vaadelda muuhulgas holokausti eitamise kriminaliseerimisena. Ainuüksi fakt, et ülalmainitud seaduseelnõu on koostatud, ilmestab käesoleva teema aktuaalsust Eestis ning kogu Euroopa

¹ E. J. Truuväli jt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2008, § 45 komm 4.

² Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364; RT I, 04.04.2012, 3

Liidus – mitmed Euroopa riigid, sealhulgas meie naaberriigid, on rühma vastu suunatud kuriteo eitamise juba kriminaliseerinud, niisamuti nagu on kriminaliseeritud natsliku ideoloogia propageerimine, sestap ei ole keeruline märgata selget suunist kriminaliseerimaks rühma vastu suunatud kuritegude avalikku eitamist kogu Euroopa Liidus. Euroopa Liidus karistusõiguse ühtlustamiseks on 2008. aastal koostatud raamotsus, mis paneb liikmesriikidele lausa kohustuse rühma vastu suunatud kuritegude kriminaliseerimiseks.

Holokausti eitamise või holokaustirevisionismi näol on tegemist veendumusega, et natsionaalsotsialistlik režiim tappis Teise maailmasõja käigus vähem juute, kui näidatakse rahvusvaheliselt omaksvõetud hinnangutes või koguni, et juutide vastu suunatud genotsiidi ei ole üldse toimunud. Holokausti toimumises ei ole siiski Euroopa ühiskondlikus peavoolus kahtlust ning kahtlemata on tegemist kaitsmist väärivate õigushüvedega, jääb vaid küsimus, kas selliste õigushüvede karistusõiguslik kaitse on *ultima ratio* printsiibiga tasakaalus. Läbi põhiseaduse sätete analüüsimise on esitatav teatud karistusõigusliku sekkumise raamistik, ent sellegipoolest jääb küsimus väljendusvabaduse ning teiste õigushüvede riive täpse ulatuse kohta õhku rippuma.

Käesolev töö on jagatud nelja peatükki, millest esimeses keskendub autor genotsiidikuritegude ja nende eitamise ning kriminaliseerimise üldisele ja ajaloolisele taustale – kuidas ning miks on rühma vastu suunatud kuritegude eitamise koosseis tekkinud ning milliseid muutusi tänaseks läbinud – et luua raamistik edasise töö jaoks ja märkima ära regulatsiooni õiguspoliitiline roll. Teises peatükis asutakse tänase Eesti karistusõiguse juurde ning vaadeldakse rühma vastu suunatud kuritegude eitamise koosseisu läbi väljendusvabaduse piiramise ja põhiseaduspärasuse, tekitades seeläbi teatud kategoriseeringu, nõndasamuti peatutakse õigusdogmaatikal, vaenu õhutamise koosseisul ning (karistus)õiguslikel piiridel laiemalt. Saksamaal kehtivatel regulatsioonidel, teiste välisriikide kogemusel ja kohtupraktikal on koht kolmandas peatükis – autor uurib võrdlevast aspektist lähtudes välismaal kehtivaid regulatsioone.

Neljanda peatüki eesmärgiks on tegelda holokausti võimaliku kriminaliseerimise küsimusega Eestis ning eelnevalt mainitud vastava seaduseelnõuga, millest omakorda kerkib üles mitmeid küsimusi menetlusõiguse valdkonnast, eelkõige karistusnormi määratletuse põhimõtte osas. Neljas peatükk käsleb ka kavandatava normi ja sanktsiooni analüüsi ning avalikkuse ja ohu mõiste määratlemist.

Seega on antud töö eesmärgiks luua genotsiidikuritegude, eelkõige holokausti kui Euroopa õigusruumis kõige asjassepuutuvamasse, eitamise kriminaliseerimise õiguslik mõiste Eesti õigusruumis, anda põgus ülevaade eelmainitud kuritegude kriminaliseerimisest teistes riikides ning asuda tänapäevase Eesti karistusõiguse juurde, lahkamaks võimalikku genotsiidikuritegude eitamise inkrimineerimist meie kodumaal ning selle kavandatavat vormi. Töös on laialdaselt kasutatud Eesti õigusteadlaste arvamusi läbi Juridica publikatsioonide, teadustööde ning juba teatud baasiks kujunenud kirjanduse Eesti õigusteaduses. Teiste riikide kogemusi puudutavates peatükkides on mõistagi mindud ka välisautorite kirjutatu juurde. Lisaks Eesti kohtupraktikale on töö autor analüüsinud ka Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendeid ning mõningal määral ja välisriikide kohtuotsuseid. Välisautorite ning Eesti õigusteadlaste loomingut on kõrvutatud eeskätt selleks, et luua selgem pilt töös käsitletavatest probleemidest ning seejärel teha järeldusi ning ettepanekuid tuleviku osas.

1. Ajalooline taust

1.1. Holokaustist üldiselt

Natsionaalsotsialistliku Saksamaa juudivastane poliitika päädis Teise Maailma ajal juutide massilise hävitamisega. 1944. või juba 1943. aastal, olenevalt allikatest³, nimetas oma genotsiidivastaste tööde poolest tuntud Poola-juudi päritolu kriminaalõiguse professor Raphael Lemkin⁴ oma teoses “Axis Rule in Occupied Europe” toimunut genotsiidiks, kasutades sama terminit sõja lõppedes ka raudse eesriide taha jäänud, rahvaste kallal toime pandud kuritegude kohta, seega mõiste “genotsiid” sai alguse holokausti juurest. Termin “genotsiid” moodustub kreekakeelsest sõnast *genos* (γένος) tähendusega "rass, inimesed" ning ladinakeelsest *cidere* - “tapma”.⁵

Eesti mõiste genotsiidi olemusest on laiem rahvusvahelises õiguses omaksvõetud definitsioonist.⁶ Genotsiidikuritegude käsitlusel Eestis peatutakse lähemalt aga neljandas peatükis.

Tänapäeval tuntakse hitlerliku Saksamaa poolt toime pandud kui *shoah* (heebrea keeles häving)⁷ või *holokaust*. Sõna “holokaust” tuleb Kreeka keelest – ὁλόκαυστος, *holókaustos*: hólós tähendab “üleni” ja *kaustós* “põlenud”⁸, ka on leitud sõna juuri ladina keelest – *Holocaustum* tähendab põlenud ohvriandi⁹. Natsionaalsotsialistid ise kasutasid eufemismi “juudiküsimuse lõpplahendus” (*Endlösung der Judenfrage*) ning ajapikku on juurdunud ka “lõpplahendus” lühemal kujul.¹⁰ Alles 1961. aasta järel, mil leidsid aset kohtuistungid Adolf Eichmanni, ühe SS-liidritest süüdimõistmiseks, sai holokausti temaatika kõrgendatud tähelepanu osaliseks, misjärel pälvis holokaust erilise koha ka Ameerika Ühendriikide juudi kogukonnas. Viimast soodustas ühiskonnas 1970. aastatel leviv hoiak heroiseeris kannatusi ja ohvreid, mille tulemusel sai holokaustist justkui tsiviilreligioon, olles lisaks ka ühiskonna poolt kommertsialiseeritud. Juutidele on pahaks pandud holokaustitragöödia ära kasutamist – USA juudi päritolu politoloog

³ B. Jenkins, *The Lost History of Christianity: The Thousand-Year Golden Age of the Church in the Middle East, Africa, and Asia--and How It Died*. New York, Harper One, 2008, lk 140

⁴ J. Hyde, *Polish Jew gave his life defining, fighting genocide*, CNN, 2008

⁵ R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944, lk 79

⁶ Justiitsministeerium, 06.07.2012. aasta Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku, vangistusseaduse ja väärteomenetluse seadustiku muutmise seaduse eelnõu, lk 18, Tallinn 2012

⁷ T. Snyder, *Bloodlands: Europe Between Hitler and Stalin*. London, The Bodley Head, 1980, lk 45

⁸ L. Dawidowicz, *The War Against the Jews*, New York, Bantam, 1975

⁹ Mõiste “Holocaustum” selgitus ladina-inglise sõnastikus, <http://www.latin-dictionary.org/Holocaustum>

¹⁰ C. R. Browning, *The Origins Of The Final Solution*, lk 214

Norman Finkelstein on oma teoses “The Holocaust Industry”¹¹ avaldanud arvamust, et Iisrael kasutab genotsiidi mõistet, et saada Ameerika Ühendriikidelt ja Euroopalt soodustingimusi poliitiliste eesmärkide saavutamisel, rõhudes riikide moraalsele süütundele. Tuginedes Briti iga-aastasele *antisemitism Barometer* uuringule, leidis 2014. aastal üllatavalt suur arv Suurbritannia elanikke, nimelt 13% küsitletuist, et Briti juudid kasutavad holokausti ära kaastunde saamiseks.¹²

Veel üheks mitmest ilmingust oli omakorda näiteks ka 2002. aasta kevadel Eesti Päevalehes USA Eesti suursaadiku Joseph M. De Thomase artikkel “Eesti vaikib holokaustist”¹³, mida võeti tol ajahetkel sobimatu sekkumisena Eesti siseasjadesse. Holokausti akadeemiline uurimine on olnud pidevas poliitiliste- ja kommertshuvide risttules, takistamata siiski holokaustil muutumast iseseisvaks nähtuseks rahvusvahelisel tasandil. Esineb suundumus portreeterida holokausti ainulaadse ning kordumatu sündmusena, mis muutis fundamentaalselt inimsivilisatsiooni aluseid, eristades holokausti muudest inimsusevastaste kuritegude ilmingutest ja seades kõrgemale teadusliku arutelu tasandist.¹⁴ Kõneldes holokausti akadeemilisest uurimisest, tasub mainida, et Eesti on 2007. aastal liitunud *International Holocaust Remembrance Alliance*'ga (IHRA), mis on valitsustevaheline holokausti uuringuid ja mälestamist korraldav organisatsioon, mis paneb rõhku nii riigisisele kui üleriigilisele koostööle antud küsimustes. IHRA-ga liitumine saadab samuti signaali selle kohta, et holokaust leiab Eestis siiani riiklikul tasandil äramärkimist ning mängib reaalselt igapäevaelus teatud rolli, ega ole pelgalt ajalooline fakt.

1.2. Holokausti revisionism

Holokausti eitamise või holokausti revisionismi, nagu selle käsitluse järgijad ise end nimetada eelistavad, mõiste tuleneb veendumusest, et natsionaalsotsialistlik režiim tappis Teise maailmasõja käigus vähem juute, kui näidatakse rahvusvaheliselt omaksvõetud hinnangutes, et juutide vastu suunatud genotsiidi ei ole üldse toimunud või, et “juudiküsimuse lõpplahendus” oli suunatud ainult juutide küüditamisele natsliku Saksamaa piiri taha, mitte juutide tapmisele. Samuti on alternatiivina hoopiski pakutud, et juutide massimõrvamiseks ei kasutatud

¹¹ N. Finkelstein. *Holokaustitööstus: kes ja kuidas lõikab kasumeid juutide kannatustest*. Tallinn: Matrix Kirjastus, 2006

¹² YouGov Plc, Survey for Campaign Against antisemitism of the British Public's Attitudes Towards British Jews, <http://www.osservatorioantisemitismo.it/wp-content/uploads/2015/01/Annual-antisemitism-Barometer-Report.pdf>

¹³ Joseph M. De Thomas, Eesti vaikib holokaustist, Eesti Päevaleht, 19.05.2007

¹⁴ M. Maripuu, Teise maailmasõja aegse juudivastase poliitika rakendamine Eestis, magistritöö, Tartu 2007, lk 3

gaasikambreid ning koonduslaagreid või et holokaustis hukkunute arv on oluliselt väiksem ajalooliselt aktsepteeritud viiest kuni kuuest miljonist.¹⁵ Eelmainitu on eelmainitud seisukohtade teiseks ekstreemsuseks, mis illustreerib omakorda ajaolu, et kõik holokausti temaatikasse puutuv on siiani väga emotsionaalne ning äärmustesse kalduv.¹⁶

Läbi aastate on olnud vaieldav, kas holokausti eitamise näol on tegemist ühe antisemitismi väljendusega, ent praegu on Euroopas jäädud siiski seisukohale, et holokausti eitamise puhul on tegemist sekundaarse antisemitismiga.¹⁷

Esimesed holokausti eitamise juhtumid leidsid aset vahetult pärast Teist maailmasõda ning enamasti olid eitajateks sõjakurjategid ise, et õigustada või minimaliseerida läbi eitamise oma süüd.¹⁸ Ühena esimestest avaldas holokausti eitamise seisukohti Prantsuse teadlane Paul Rassinier, tulles lagedale teooriaga, et holokausti kui sellist ei toiminud.¹⁹ Tema seisukohtadega liitusid Ameerika vandenõuteoretik ja publitsist Willis Carto ning Suurbritannia päritolu poliitäärmuslane David McCalden, kes asutasid 1978. aastal holokausti eitava kirjanduse levikuga tegeleva organisatsiooni *Institute for Historical Review*.²⁰ Organisatsiooni eluiga jäi vaid kolme aasta pikkuseks – 1981. aastal kaebas üks Auschwitzis ellujäänud *Institute for Historical Review* kohtusse lepingu rikkumise eest, luues ühe esimestest selletaolistest pretsedentidest. Nimelt oli organisatsioon oma asutamisaastal välja pakkunud 50000 dollarit igapähele, kes suudab tõestada gaasikambrite olemasolu SS-Saksamaal. Kohtuotsusega pandi organisatsioonile kohustus tasuda lisaks lubatud 50-tuhandelisele summale veel 40000 dollarit, et vabandada põhjustatud kannatuste eest koonduslaagrite olemasolu eitamise eest.²¹ *Institute for Historical Review* kaudu avaldatud teoste läbi, muuhulgas näiteks David Irvingu ja Arthur Butz'i sulest ilmunu populaarsusel rajanes teekond holokausti kriminaliseerimiseks Euroopas.

2007. aastal läbi viidud uuringus toodi välja, et holokausti eitamise propaganda ulatub selle

¹⁵ D. Niewyk. *The Columbia Guide to the Holocaust*, Columbia University Press, 2000, lk 45

¹⁶ A. E. Mathis. *Holocaust denial, a definition*, 2004.

¹⁷ The European Union Agency for Fundamental Rights, *Working Definition of antisemitism*, 2005, <http://www.european-forum-on-antisemitism.org/working-definition-of-antisemitism/>

¹⁸ M. Perry, F. M. Schweitzer, *antisemitism: Myth and Hate From Antiquity to the Present*, 2002, lk 177

¹⁹ P. Teachout, *Making Holocaust Denial a Crime: Reflections on European Anti-Negationist Laws from the Perspective of U.S. Constitutional Experience*, *Vermont Law Review*, Issue 3, vol 30, 2005-2006, lk 676

²⁰ C. Juerta, D. Shiffman-Huerta, *Holocaust Denial Literature: Its Place in Teaching the Holocaust*, NYU Press, 1996, lk 189

²¹ *Mel Melmerstein v. Institute for Historical Review Judgement and Statement of Record*, Los Angelese Ülemkohtu otsus, <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/m/melmerstein.mel/ftp.py?people/m/melmerstein.mel/melmerstein.order.072285>

subjektidele – ka akadeemilise haridusega isikud, ülikooli lõpetanud ja parajasti õppivad, on sellest mõjutatud, seda enam, et holokausti tunnustajaid jääb aina vähemaks ning selle võrra on lihtsam äärmuslikke ideid reklaamida.²² D. Lipstadi kohaselt ei peaks holokausti eitajatega poliitilisse dialoogi või debatti astumagi, vaid tuleks viimaseid koheselt näidata kui rassiste ja atisemitiste.²³ Selline poliitilise dialoogi pärssimine ja õiguslikult ajaloolise tõe deklareerimine on demokraatlikus riigis küsitava väärtusega. ÜRO Inimõiguste Komitee on seisukohal, et rahvusvahelisest tsiviil- ja poliitiliste õiguste konventsioonist ei tulene võimalust keelata minevikusündmuste ekslikku tõlgendamist või ajalooliste faktide ebaõiget esitamist. Sõnavabaduse piiramisele keskendub antud töö alapeatükk 2.2.

Rahvusvahelise või Eesti kohtu lõpliku otsusega tuvastatud agressiooni, genotsiidikuriteod, inimsusevastased kuriteod või sõjakuriteod on määratletud Rahvusvahelise Kriminaalkohtu statuudi artiklites 6, 7 ja 8 ning 8. augusti 1945. aasta Londoni lepingule lisatud rahvusvahelise sõjatribunali harta artiklis 6. rahvusvahelise kuriteo õigustamine või eitamine ei pea sisaldama sõnaselget üleskutset vihkamisele kui ähvardavaks saab lugeda muud laadi avaldust, samuti ei ole tarvis vaadeldavale kuriteole järgnenud vihkamistegusid või vägivalda kui tagajärge.

Holokausti revisionistidele lisaks leidub muidugi ka teiste genotsiidikuritegude eitajaid – revisionism käsitleb ka Rwanda, Armeenia, Holodomori ja Kambodža genotsiidi ning teisi sama mastaabi ja profiiliga kuritegusid, ent käesolev töö keskendub just holokausti eitamisele kui meie õigusruumis ehk eelmainitutest kõige suurema esinemispotentsiaaliga kuriteole. Euroopa Liidu seadusandlus siiski holokausti teistest genotsiidikuritegudest kuidagi tähtsamale kohale ei aseta ning ksenofoobia ja rassismiga võitlemise raamotsus nr 2008/913/JSK käsitleb holokausti kui ühena mitmest rahvusvaliselt tunnustatud sõjakuriteost. Täielik nimekiri on nimetatud raamotsuses jäetud lahtiseks.

²² K. Lasson, *Defending Truth: Legal and Psychological Aspects of Holocaust Denial*, *Current Psychology* 26/256, 2007

²³ D. Lipstadt, *Denying the Holocaust: The growing assault on truth and memory*. Simon and Schuster, 2012

1.3. Kuritegelik alatähtsustamine, õigustamine või eitamine

Põhjuseks, miks holokausti eitamine on niivõrd rahvusvalisel õiguslikul ja sotsiaalsel tasandil kõneainet tekitanud teema, on eelkõige asjaolu, et dokumenteeritud sõjakuritegude, ka holokausti eitamine, võib olla sügavalt solvav nimetatud kuritegude või genotsiidi ohvritele või nende lähedastele, näidata austuse puudumist viimaste vastu ning seeläbi õhutada vaenu. Roger W. Smith, üks *International Association of Genocide Scholars* asutajaid ning William & Mary ülikooli emeriitprofessor, leiab, et eitamisega kaasneb vaikimine, mis omakorda saadab signaali genotsiidikuritegude vähesest tähtsusest ja seeläbi justkui õigustab neid. Rahvusvahelisi kuritegusid, mida kiputakse eitama, kiputakse ka unustama, mis viib ka põhjuste ja ennetevate meetmete unustamiseni.²⁴ Niisamuti on olnud vaieldav, kas holokausti eitamise näol võib tegemist olla pelgalt arvamusalalduse, mitte alati poliitilise sõnumi edastamisega.

Eitamine on seejuures ainult üks alternatiividest, riigiti on karistatav ka alatähtsustamine, õigustamine ning – Justiitsministeeriumi ümarlaual pakutud “labastamine” ehk *gross trivialising*. Gross trivialisation on uus, Eesti keeles veel täpse õigusliku vasteta väljend. Mõistet *gross trivialising* on kasutatud rassismi- ja ksenofoobiaavastases eelnõus nr 2008/913/JSK.²⁵ Saksamaal kasutatakse holokausti eitamise (aga teatud juhtudel ka muude natsionaalsotsialistlike kuritegude eitamise ning ka nende heakskiitmise ja ohutumana näitamise) tähistamiseks tihti ka terminit „Auschwitzi-vale“ (*Auschwitzlüge*).²⁶

Rassismi ja ksenofoobiaga võitlemise raamotsus nr 2008/913/JSK kätkeb küll kogu Euroopas holokausti ja muude mastaapsete kuritegude eitamise, heakskiitmise ja ohutumana näitamise kriminaliseerimise ühtlustamist, ent otsesõnu liikmesriikidele heakskiitmise ja ohutumana näitamise *expressis verbis* keelustamist kohustuslikuks ei tee.

Euroopa õiguspildis on holokausti eitamine, erinevalt teiste genotsiidikuritegude eitamisest, erilisel, kuid mõistagi tähtsuselt mitte kõrgemal, kohal. Holokausti eitamisest sai osa Euroopa anti-semiitlikust diskursusest, seejuures teiste genotsiidikuritegude eitamine sellesse diskursusesse ei kuulu. Õhku jääb siiski küsimus, kas holokausti eitamine peaks olema see koht, kus sekkub karistusõigus või on see siiski üldise sotsiaalpoliitika, koolide ja sõnavabaduse

²⁴ R. Smith, *Legislating against Genocide Denial: criminalising Denial or Preventing Free Speech*, University of St Thomas Journal of Law and Public Policy, Vol 4, Issue 2, lk 128

²⁵ Justiitsministeerium, *Teiste riikide praktika*, *Op. cit.*

²⁶ E. Hirsnik. *Karistusõiguslik vaenu õhutamine*. Magistritöö, Tartu 2008, lk 49

mänguruumi kuuluv teema. Võib ilmselt julgelt tõmmata paralleeli, et riigid, kus eraldi holokausti eitamise vastaseid sätteid seadusandluses ei ole – näiteks Suurbritannia, Iirimaa ja Rootsi, lisaks sellele, et holokausti eitamine on vihakõne sätetega kaetud, leiavad niisamuti, et karistusõigus ei ole tingimata see süsteem, mis inimeste siseveendumustega väga sekkuvalt tegelema peaks. Tugeva tsiviilõigusliku traditsiooniga piirkonnad, näiteks Ameerika Ühendriigid, on leidnud võimaliku lahenduse läbi solvamisele, muuhulgas holokausti eitamisele, tsiviilõiguslike sanktsioonide sätestamise. Olukorras, kus isik tunneb end kellegi tegevuse tõttu solvatuna, on tal võimalus pöörduda tsiviilkohtusse ja nõuda tsiviilhagi raames sobivat kompensatsiooni oma üleelamiste eest.

Tõsiasi on see, et riigid, kus rühma vastu suunatud kuriteo, sealhulgas ka holokausti, eitamine on kriminaliseeritud, on kriminaliseerinud ka muud, muuhulgas verbaalselt täidetavate süüteo koosseisudega vihakuriteod. Lähenedes õigusnormile kui käsule eeldame, et käsk kuulub täitmisele, mis ei tähenda omakorda, et õigussubjektid on käsu moraalsel tasandil vastu võtnud, mis sedavõrd moraalseid kaalutlusi puudutavatel teemadel nagu holokausti eitamise kriminaliseerimine on tõenäoliselt esmatähtis. Saksamaa kirjandusele toetudes on märgata põhimõtet, mille kohaselt omakäeline tegutsemine rikub ühiskonna heaolu.²⁷ Kahtlemata on see tihti rakendamist vääriv fakt, ent Saksa suhtumist inimsusevastaste kuritegude reguleerimisse ei saa Eesti puhtalt ajalooliste erinevuste tõttu üks-ühele omaks võtta. Mõistmaks ühe riigi olemust ja selles toimuvat, tuleb esmalt mõistetakse teha selle riigi ajaloolis-poliitilised kogemused, seejärel pöörduda riigi ülesehituse ja seadusandluse poole. Viimane on oluline, sest hästi korraldatud ühiskond on ühiskond, mida reguleerib tõhusalt avalik õigluskontseptsioon. Euroopas püütakse kujundada niiöelda “õiget” suhtumist holokausti kui omaladset moraalikriteeriumi, degradeerides sellega kõiki teisi inimsusevastast kuritegude ohvreid.²⁸

Proovides defineerida käsitletavate mõistete olemust, tasub ilmselt pöörduda Saksamaa näite juurde, mille juures on küll lähemalt peatunud peatükis 3.1. Heakskiitmine tähendab sättes nimetatud natsionaalsotsialistlike tegevuste selgesõnalist või konkludentset heaks kiitmist (*Gutheißen*), mille kaudu asub kurjategija niiöelda mõrvarite poolele. Heakskiitmine nõuab seega, et isik öeldusse usuks, teeks väljaõeldu nõ enda omaks – piisav ei ole vaid pelk kellegi teise arvamuse tsiteerimine. Eitamine on faktide mahasalgamine (*Bestreiten von Tatsachen*). Kui

²⁷ J. Sootak, *Õigusvastastus*. Süü. Juura, Tallinn 2003, lk 30.

²⁸ J. Rawls. *Õigus kui ausameelsus*. Taasesitus II., – Akadeemia, 8, 2010, lk. 1391.

mingi tegevuse toimumine ei ole teaduslikult kinnitust leidnud, ei kuulu selle eitamine koosseisu, kuna tegu ei ole ajaloolise faktiga.²⁹

Küsitav on, kas eitamise alla kuulub ka kahtlemine. On leitud, et kahtlemine ei ole eitamine ning ei ole seetõttu koosseisuga kaetud, kuid A. Stegbaueri meelest on kahtlemine siiski eitamise alaliik nii grammatilist tõlgendust kasutades kui ka normi mõttest lähtudes – vastasel juhul oleks keeleliste võimaluste rohkust arvesse võttes karistusseaduse eesmärgi saavutamine problemaatiline.

Kolmanda tegevusalternatiivina tuleks välja tuua alatähtsustamise või Saksamaa näitel ohutumana näitamise. Mõiste sisuks on ilustamine, toimunu tähtsuse minimaliseerimine, ilustamine, relativiseerimine. Ohutumana näitamine võib esineda nii kvalitatiivses (kurjategija tegevus on suunatud natsionaalsotsialistlike tegude sisulisele aspektile) kui ka kvantitatiivses (näiteks esitab isik natsionaalsotsialistliku võimu poolt hukatud isikute arvu väiksemana kui see tegelikult oli) vormis. Kolmest alternatiivist on just alatähtsustamine või ohutumana näitamine kõige laiavalguvama piiriga karistatavuse ja mittekaristatavuse osas.³⁰

²⁹ E. Hirsnik. Karistusõiguslik vaenu õhutamine, *Op. cit.*, lk 53-54

³⁰ *Ibid.*

2. Kaitstav õigushüve

Alatähtsustamise, eitamise või õigustamise kuriteokoosseisu puhul oleks kaitstavateks eelkõige kollektiivsed õigushüved - avalik rahu, kuid paralleelselt kaitseks see ka individuaalsetest õigushüvedest eelkõige inimväärikust ning võrdsust, nii nagu ka vihakõne sätete puhul. Seetõttu oleks võimalik rääkida ka üksikisikust kannatanust.³¹ Erkki Hirsnik leiab oma 2009. aasta artiklis, et avaliku rahu mõiste üle-euroopalise holokausti eitamise kriminaliseerimise kontekstis on vaid näitlikustamiseks ega kujuta endast karistusseaduse *ratio*.³² Vaadeldes raamotsuses nr 2008/913/JSK toodud põhjendusi holokausti eitamise kriminaliseerimiseks, kuigi holokausti kui sellist pole *expressis verbis* välja toodud, kumab konkreetselt läbi arusaam, et Euroopa Liidu liikmesriikide karistusseaduste ühtlustamise kõrvalt on tarvis kaitsta teatud euroopalikke ühiskõigusi.³³

Ründe näol mõistetakse õigusteaduses õigushüve ohustamist, sestap kerkib siinkohal üles küsimus kas ning kui jah, siis millist õigushüvet realselt ohustab genotsiidi eitamise sõnaselge kriminaalkorras reguleerimata jätmine või avalik eitamine kui selline. Raske öelda, kas inimsusevastase kuriteo üleelanud või nende lähedased asetsid siinkohal õiguslikult ebavõrdsesse olukorda, mis vajaks karistusõiguslikku õiguskaitset – tegemist ei ole siiski õigustava asjaoluga inimsusevastastele kuritegudele. Lisaks nähakse aga genotsiidi eitamisele mittereageerimises signaali, et aja jooksul niisuguste tegude tõsidus unustatakse ning neid võib seega karistamatult korda saata.³⁴ Selline tõlgendus on aga sedavõrd lai ning paljasõnaline, leidmata praktikas ja realses elus üldiselt mingit rakendust. Oht, et Euroopas unustatakse seadusandja tasemel inimsusevastased kuriteod ning nende tõsidus, on nullilähedane, sest rahvas on riigi esimene tunnus ning lähtudes Saksa erialakirjandusest, on riik eelkõige rahumeelne avalik elu.³⁵

Asetades avaliku rahu mõiste genotsiidi avaliku eitamise konteksti ning Eesti õiguse konteksti laiemalt ei ole üheselt näha, et selline eitamine rikuks kodanike üldist õigusrahu või avalikku rahu kui õigushüvet. *Ultima ratio* põhimõttest lähtuvalt peab karistusõigus kaitsma vaid eriti

³¹ RKKKo 3-1-1-97-10

³² E. Hirsnik. Vaenu õhutamise süüteokoosseisuga kaitstav õigushüve. *Juridica I/2009*, lk 57

³³ E. Hirsnik, Karistusõiguslik vaenu õhutamine, *op cit*, lk 58-59

³⁴ M. Jõgi, Verbaalselt täidetavad süüteokoosseisud Eesti karistusõiguses, magistritöö, Tartu Ülikool, 2012, lk 63

³⁵ H. Buckheim, Wie der Staat existiert. - *Der Staat* 27. Band, 1988, lk 6.

raskeid rahu rikkumise juhtumeid, mistõttu avalik rahu ei saa olla peamiseks või ainsaks kaitstavaks õiguhüveks, sest avalik rahu on kaudselt või vahendlikult nii ehk naa karistusõiguse ülesandeks. Joachim Hirsch on märkinud, et tänapäeva karistusõiguses on *ultima ratio* printsiip enamasti kahe silma vahele jäänud. Kui ühiskonnas paljastub mingi kas tõeline või ka ainult näiline pahe, siis pööratakse pilk kohe (karistus)seadusandja poole. Poliitilistele organitele on karistusseadusandlus kõige lihtsam viis tõestada, et midagi rahva kaitseks ka tehakse. Kas karistusõiguslik norm on konkreetse probleemi lahendamiseks tingimata hädavajalik või üldse kohane vahend, jääb seejuures tähelepanuta.³⁶

Holokausti eitamise kontekstis on kõneldud ka teistsugustest õigushüvedest. Saksamaal on viidatud kliimakaitse aspektile, mis tuleneb StGB seletuskirjast ning mille kohaselt „norm peab välistama poliitilise kliima mürgitamise natsionaalsotsialistliku vägivalda- ja despotiavalitsuse ohutumana näitamise läbi“. Seega leiab Saksamaa riiklikul tasandil, et teatud poliitiline väärtussüsteem ja ideoloogia on riigis ebasoovitav ja selle avaldumisvormid on karistusväärsed, sellisest kliimaaspektist kumab läbi puhtpoliitiline mõõde. Ainuüksi poliitiline eesmärk ei tohiks aga olla piisavaks õigustususeks õigusriiklikult legitimeeritud karistusähvardusele.

Lisaks kliimakaitsele on ühe võimaliku kaitstava õigushüvena välja toodud ka nt ajalooline tõde. Suurem osa autoreid ei tunnista siiski sellise õigushüve eksisteerimist. Leitakse, et abstraktset õigust ajaloolisele tõele ei ole olemas ning teadlikult või mitteteadlikult edastatud vale väide saab põhimõtteliselt rikkuda vaid moraalselt kohustust tõepärasusele. Õiguslik kohustus eksisteerib vaid seal, kus riivatakse teiste isikute vabadust.³⁷

Tõmmates paralleele vaenu õhutamise üldiselt, võib ka holokausti eitamise koosseisu puhul kõnelda võrdõiguslikkuse kui õigushüve kahjustamist selle eitamise läbi. Teadaolevalt esimene võrdsuse analüüs pärineb Aristoteleselt, kes on öelnud, et õiglus ongi võrdsus, pidades neid sünonüümideks.³⁸ On leitud, et avalik üleskutse vihkamisele, vägivaldale või diskrimineerimisele rikub kaitstavat õigushüve üldjuhul diskrimineerimiskeelu materiaalsest rikkumisest üksikjuhtudel rohkem.³⁹ Materiaalne võrdsus nõuab, et õigus ei diskrimineeriks inimesi meelevaldselt ning holokausti eitamise koosseisu raames võib materiaalset võrdsust vaadelda nii

³⁶ H.-J. Hirsch. Õigusriikliku karistusõiguse aktuaalsed probleemid. – *Juridica* 2004/3, lk161–167.

³⁷ E. Hirsnik, Karistusõiguslik vaenu õhutamine, *Op. cit.*, lk 51-52

³⁸ Aristotle, *Politics*. “Justice is equality, but only for equals; and justice is inequality, but only for those who are unequal”.

³⁹ KarS kommenteeritud väljaanne, Tehver, § 151, komm. 1, lk 431

potentsiaalse holokausti eitaja kui ka võimalik koosseisuliste tunnuste alusel läbi diskrimineerimise objekti prisma.⁴⁰ Reaalse võrdsuse kindlustamine võib mõnes olukorras tähendada riigi positiivset kohustust abistada ning toetada ebavõrdseid või alaesindatud üksikisikuid või isikute kategooriaid ja gruppe, käsoleva töö kontekstis siis holokausti eitajaid, kes on Eestis ning maailmas üldse kahtlemata vähemuses. Ka neile tuleb teatud konteksti kaudu luua võrdsed võimalused positiivse diskrimineerimise kaudu. Ühiskonnas peab olema teatavat mitmekesisust ja huvide tasakaalustatust ning riiklikul tasandil ei tohiks seda oluliselt pärssida.⁴¹

2.1. Väljendusvabaduse piiramine

Prantsuse filosoofi Voltaire'i sulest pärit tsitaat: “Ma ei nõustu sinu arvamusega, kuid võitlen surmani, et sul oleks õigus oma arvamus välja öelda.” on ilmselt tahest tahtmata saanud sõnavabaduse vundamendiks. Riikliku kaitset ei vajagi ideed, millega kõik nii ehk naa nõustuvad.

Tuginedes Madis Ernitsa arvamusele, on väljendusvabaduse põhiseadusliku garantii aluseks 1789. aasta Prantsuse inim- ja kodanikuõiguste deklaratsiooni artiklit 11, mis sätestab järgmist: „Mõtete ja arvamuste vaba levitamine on üks inimese väärtuslikumaid õigusi: iga kodanik võib seetõttu vabalt rääkida, kirjutada, trükkida, välja arvatud juhtudel, kui seda vabadust kuritarvitatakse ja need juhud on sätestatud seaduses“.⁴²

Väljendusvabaduse liberaalse käsitluse aluseks on reeglina eeldus, et ükskõik kui kõlblusetu sõnaline eneseväljendus, *speech-plus* ning sümboolne käitumine ka ei oleks, ei saa selle keelamist või piiramist kuidagi õigustada. Sellise kontseptsiooni eesmärgiks on alal hoida vabadusi ning tagada üksikisikutele õiglasel tingimused, et viimased saaksid kujundada oma elu vabade valikute kaudu nii, nagu igäüks ise soovib. Seega sisaldab see õigust tegutseda oma äranägemise järgi, kaasa arvatud šokeerival, häirival ja amoraalsel viisil.⁴³ Seaduse regulatsioonidel, mis käsitlevad kuritegude alatähtsustamist, ei ole ega tohikski olla sõnavabaduse ajalooliseid sündmusi puudutava diskussiooni piiramise funktsiooni, vaatamata faktile, et ükski õigus ei ole absoluutne.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ R. Maruste. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse, Tallinn 2004, lk 282.

⁴² M. Ernits. Avalik väljendusvabadus ja demokraatia. *Juridica I/2007*, lk 16.

⁴³ Euroopa Liidu Parlamendi 02.04.2009 resolutsioon Euroopa südametunnistuse ja totalitarismi kohta. - ELT C 137 E, 27.05.2010, lk 533-534.

J. S. Milli kohaselt on mõttevahetuses lubatud vabalt osaleda nii õigetel kui ka valedel ideedel - isegi, kui oleme kindlad selles, et arvamus on vale, ei vääri see siiski mõttevahetusest väljaheitmist. Samuti ei ole kellelgi, muuhulgas ka riigil, õigust antud küsimust kogu inimkonna eest ära otsustada. Ideed, kas õiged või valed, peaksid liikuma vabalt ja takistusteta, et isikutel oleks võimalus neid hinnata ning vastavalt oma väärtustele ja moraalile tõesed ideed välja selekteerida.⁴⁴

Euroopa Inimõiguste Kohus on leidnud, et väljendusvabadus kehtib ka informatsiooni ja ideede osas, mis häirivad või segavad riiki⁴⁵ ning et sellist informatsiooni ja ideid on ka avalikkusel õigus saada.⁴⁶ Siinkohal, eristades KarS paragrahvi 151 kavandatavast §-st 151¹, tuleb selgelt piiritleda ideede avaldamist üleskutsest, mis kahte sätet teineteisest eristab. Praktikas pole selline piiritlemine alati kuigi lihtne. Lisaks on Euroopa Inimõiguste Kohus selgelt ka öelnud, et sõnavabadus ei kehti ilmselge vale osas. Üldiselt teada olev ei ole sõnavabadusega kaitstud.

Näiteks üleskutsumise süütegude puhul on omalaadseks olukorraks see, et vähemalt osaliselt on nende karistatavus ette nähtud juba põhiseaduse tasandil. Küll aga võib, ent ei pruugi holokausti avaliku eitamise näol olla üleskutsumise süüteoga. Põhiseaduse § 12 lg 2 ütleb selgelt, et „[r]ahvusliku, rassilise, usulise või poliitilise vihkamise, vägivalda ja diskrimineerimise õhutamise on seadusega keelatud ja karistatav.“ Ilmselgelt tähendab see vaenu õhutamise (KarS § 151) karistatavuse kohustuslikkust.

KarS § 151 rakendamise kohta on ainult üks Riigikohtu lahend⁴⁷, mis selgitab ideede või meelestatuse avaldamise piiritlemist vaenu õhutamisest. Nii leitakse, et edastatav sõnum peab „olema selline, millega mitte lihtsalt ei väljendata oma vaenulikku meelestatust mingi KarS §-s 151 nimetatud grupi vastu, vaid mis võiks kutsuda vihkamist või vägivalda esile ka teistes isikutes, tuua kaasa mingi sotsiaalse grupi vastu suunatud vihkamise või vägivalda levimist“. Küll aga leiab Kriminaalkolleegium 2007. aasta lahendis, et võimalike plaanide, kavatsuste, eesmärkide, uskumuste jms avaldamine sõnaliselt vormis võib kujutada endast süütegu ka juhul, kui sõnaliselt avaldatu oma objektiivses avaldumisvormis avalikku korda või teiste isikute rahu ei

⁴⁴ J. S. Milli, Vabadusest. Tallinn 1996, lk 58–59.

⁴⁵ EIKo 07.12.1976, 5493/72, *Handyside vs Ühendkuningriik*.

⁴⁶ EIKo 08.07.1986, 9815/82, *Lingens vs Austria*.

⁴⁷ RKKKo 3-1-1-117-05

riku. Seda aga üksnes juhul, kui Karistusseadustiku eriosas sisaldub vastav kuriteokoosseis, mis kriminaliseerib sellise avalduse tegemise.⁴⁸

Väljendusvabaduse piiramisel on, laiemas mõistes, kolm põhilist lähenemisviisi. Esimene neist nõuab riigilt õiglast tasakaalu väljendusvabaduse tagamise ja sotsiaalsete gruppide diskrimineerise ja tagakiusamise pärssimise vahel. Selle tõukejõuks on rahvusvaheliselt, NATO, sotsioloogide ja akadeemiliste ekspertide poolt 2009. aasta aprillis tunnustatud põhimõtted, mis on kogumina paika pandud ning allkirjastatud *Camden Principles of Freedom of Expression and Equality's* – dokumendis, mille aluseks on tõdemus, et väljendusvabadus ja võrdsus on sümbioosi alusel töötavad ning ühiselt paremini koordineeritavad sihid ühiskonnas. Camdeni printsiibid sisaldavad kogumikuks rahvusvahelisest õigusest ja standarditest ning kohtupraktikast.⁴⁹ Eestis põhiseadusega tagatud seaduse ees on võrdsuse printsiibil keskne koht inimõiguste ja vabaduste kaitses nii globaalsel kui ka regionaalsel tasandil ning selle printsiibi derivaatidel on täita ka tugev osa rassismi, ksenofoobia ja sallimatuse tõrjumisel, mida taotleb Euroopa Liit muuhulgas ka raamotsusega⁵⁰ nr 2008/913/JSK.

Riigikohus on aga juba oma 1997. aasta lahendis⁵¹ leidnud, et *“kaasaegses õigusteoorias valitseb ühene seisukoht, et ühiskonnas ei saa olla absoluutseid piiramatuid põhiõigusi ning mistahes põhiõiguse realiseerimisvõimalused saavad piiramatult kesta vaid seni, kuni seejuures ei takistata mõne teise põhiõiguse realiseerimist. Sellises põhiõiguste konkurentsi olukorras tekib paratamatult põhiõiguste piiramise vajadus. Küsimusele sellest, milline peaks olema põhiõiguste konkurentsi olukorras ühe või teise põhiõiguse piiramise määr, ehk teiste sõnadega - milline on põhiõiguste hierarhia, puudub õigusteoorias ühene lahendus. Enamlevinud on siiski seisukoht, et inimkeskses ühiskonnas tohib põhiõiguste konfliktolukordades kõige vähem piirata inimväärikust - kompleksset põhiõigust, mille elementideks on eeskätt õigus heale nimele, õigus mitte olla hirmul enese ja oma lähedaste eksistentsi pärast, õigus õiguslikule võrdsusele kõigi teiste inimestega, õigus inimlikule identiteedile, informatsioonilise enesemääramise õigus, õigus kehalisele puutumatusse.”*

Ülalmainitud printsiipides on selgelt välja toodud, et holokausti ja teiste sõjakuritegude eitamine või alatähtsustamine võib esineda vihakõnena, seega peaks olema lubamatu. Juttu on aga vaid

⁴⁸ RKKKo 3-1-1-7-07

⁴⁹ P. Keller. *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade and New Media*. Oxford University Press 2011, lk 399

⁵⁰ R. Maruste. *Op cit*, lk 278

⁵¹ RKKK 3-1-1-80-97

alatahtsustamisest (*condoning*) ja eitamisest (*denying*), mitte labastamisest (*grossly trivializing*).⁵²

Teist lähenemist kohaldavad näiteks Ameerika Ühendriigid. Selleks, et hoida avalikku diskursust lahti ja vabana valitsuse sekkumisest, ei ole Ameerika Ühendriikide Ülemkohus tarvitanud keelumeetmeid isiklike vaatenurkade, solvavate sõnade või sümbolite kasutamiseks. Seega on vihakõne, mille alla läheb Ühendriikides ka genotsiidikuritegude eitamine, reguleeritud konstitutsiooni esimese täiendusega. USA näitel on vastutus võimalikku väljendusvabadusse sekkumise eest jaotatud osariigiti ja vajaduspõhiselt – kui osariik soovib kitsendusi, lasub osariigil ka tõendamiskoormus nende kitsenduste vajalikkuse osas. Selle asemel, et kasutada üleriigilist balansseeritud meetet, on leitud, et avalik diskursus on konstitutsiooniväline. Euroopa käsitlus on seega, erinevatel ajaloolistel ja õiguspoliitilistel põhjustel, millest saab põgusa ülevaate käesoleva töö esimestest alapeatükkidest, tundlikum.⁵³

Kolmas lähenemisvõimalus on esimesest kahest oluliselt vähem liberaalne ning üle maailma ka rohkem levinud. Nimetatud lähenemine annab valitsusasutustele oluliselt suurema võimu vihakõne pidurdamise osas, muretsemata seejuures liialt sõnavabaduse piiramise üle. Selline toimimisviis võib tuleneda sajandite pikkusest identiteedikonfliktist, näiteks Indias, mis suurendab toetust takistamiseks igasugust vihakõnet juba eos. Tihti lähtutakse ka sellest, justkui peaks korralikult toimivas riigis olema tsensuur, toetamiseks enamiku emotsioone ja arvamusi. Mitmetes riikides on ka blasfeemiavastaseid seadusi⁵⁴ ning mida muud blasfeemia all mõista kui vihakõnet, mille objektiks religioon.

Põhiseaduse⁵⁵ § 45 lg 1 sätestab väljendusvabaduse piiramise osas lubatavad olukorrad -

„Seda õigust võib seadus piirata avaliku korra, kõlbluse, teiste inimeste õiguste ja vabaduste, tervise, au ning hea nime kaitseks. Seadus võib seda õigust piirata ka riigi ja kohalike omavalitsuste teenistujatel neile ameti tõttu teatavaks saanud riigi- või ärisaladuse või konfidentsiaalsena saadud informatsiooni ning teiste inimeste perekonna- ja eraelu kaitseks, samuti õigusemõistmise huvides.“

Ülalmainitud loendi näol on tegemist selliste õigushüvede formuleeringutega, mis figureerivad

⁵² Camden Principles of Equality, <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-ENGLISH-web.pdf>, lk 11

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ George, C. Hate Speech Law and Policy, The International Encyclopedia of Digital Communication and Society. 1–10.

⁵⁵ Eesti Vabariigi põhiseadus. - RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2.

ühiskonnas riigist sõltumata ning mis vajavad karistusõiguslikku kaitset juhul, kui teised meetmed nende kaitseks ei ole piisavad.⁵⁶ Sätetades rühma vastu suunatud kuritegude avaliku eitamise regulatsiooni, kaoks vajadus iga üksikjuhtumi puhul printsiipide tasandil opereerides olukorda ning väljendusvabaduse riive piiramist hinnata, kuigi selge on see, et ühiskonnas on siiski tajutav mõningane vajadus sõnavabadusele teatud piiride seadmisele.

2.2. Põhiseaduspärasus

Põhiseaduspärasusest kõneldes tuleb silmas pidada, et mitte igasugune ebavõrdne kohtlemine ei ole põhiseadusega vastuolus. Eesti Vabariigi põhiseaduse § 12 näeb ette, et rahvusliku, rassilise, usulise või poliitilise vihkamise, vägivalla ja diskrimineerimise õhutamine on seadusega keelatud ja karistatav.⁵⁷ Huvitaval kombel on eelnimetatud paragrahv ainuke, kus põhiseadus üldse karistamist nõuab, seejuures näebki § 12 ette karistamist rikkumise eest, kuid mitte tingimata kriminaalkaristust. Raamotsus nr 2008/913/JSK, mille tõttu genotsiidikuritegude kriminaliseerimine Eestis arutlusele võeti, näeb aga ette just kriminaalkaristuse kohaldamist. Põhiseaduse § 12 sätestab õiguse ja inimõiguste rahvusvahelise fundamentaalse ning üldtunnustatud printsiibi: seaduse ees võrdsuse ja seaduse võrdse kaitse ning diskrimineerimise keelamise põhimõtte. Eelmainitud printsiip on tugevalt seotud ka põhiseaduse paragrahvi 10 ehk demokraatliku õigusriigi ning sotsiaatriikluse põhimõttega.⁵⁸

Riigikohus on juba ligi 20 aastat tagasi öelnud järgmist: “Vastavalt põhiseaduse §-s 11 sätestatudle tohib mistahes õigusi ja vabadusi piirata ainult kooskõlas põhiseadusega, kusjuures need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratud õiguste ja vabaduste olemust. Sõnavabadust, sealhulgas ka ajakirjanduslikku sõnavabadust kui põhiõigust võib põhiseaduse §-s 45 sätestatu kohaselt piirata avaliku korra, kõlbluse, teiste inimeste õiguste ja vabaduste, tervise, au ning hea nime kaitseks.”⁵⁹

Konstitutsiooniõiguslikult on põhiseaduse § 12 II lõike puhul tegemist erilise seadusreservatsiooniga, mis kehtib kõigi põhiõiguste suhtes, volitades neid vastavas ulatuses

⁵⁶ M. Jõgi. *Op. cit.*, lk 4

⁵⁷ Eesti Vabariigi põhiseadus. - RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2.

⁵⁸ R. Maruste. *Op. cit.*, lk 278

⁵⁹ RKKK 3-1-1-80-97

piirama.⁶⁰

Murekohaks on peetud asjaolu, et seadusandjale karistusnormi kehtestamise kohustust pannes läheb § 12 II kaugemale kui enamik põhiseaduslikke norme.⁶¹ Lähtudes põhiseaduse autorite kommentaarist, paneb aga § 12 seadusandjale kohustuse pöörata erilist tähelepanu § 12 II rakendamiseks antavate karistusnormide õigusselgusele.

Põhiseaduses on eraldi säte ka inimeste isiklike veendumuste kaitseks. § 41 näeb ette järgmist:

“Igaühel on õigus jääda truuks oma arvamustele ja veendumustele. Kedagi ei tohi sundida neid muutma.

Veendumustega ei saa vabandada õiguserikkumist.

Kedagi ei saa veendumuste pärast võtta õiguslikule vastutusele.”⁶²

§ 41 on tihedalt seotud paragrahviga 45, kandes viimasega sarnast eesmärki, ent erineb selle poolest, et kui § 45 kaitseb ka veendumustest lähtuvat tegevust, siis § 41 ainult õigust neid veendumusi ning neile truuks jääda. Viimast kaitseb täiendavalt ka põhiseaduse § 12.⁶³

Holokausti avaliku eitamise koosseisu näol ei olegi aga seadusandja tahteks olla inimestele lapsehoidjaks ega kedagi kasvatada, õpetada või mõtlemisviisi muuta.

Väljendusvabaduse piiramisel on lähemalt peatatud eelmises alapeatükis, ent ka põhiseaduspärasusest rääkides on tarvis sõnavabaduse piiramisest juttu teha. Kuna § 12 tähendab ilmselgelt vaenu õhutamise karistatavuse kohustuslikkust, siis hoopis läbi põhiseaduse § 45 negatiivse definitsiooni näeme, millal puuduvad alused karistusõiguslikuks sekkumiseks väljendusvabadusse – siis, kui ei esine põhiseaduse § 45 teises ja kolmandas lauses toodud aluseid.⁶⁴ Tasub ka siinkohal need alused üle korrata:

„Seda õigust võib seadus piirata avaliku korra, kõlbluse, teiste inimeste õiguste ja vabaduste, tervise, au ning hea nime kaitseks. Seadus võib seda õigust piirata ka riigi ja kohalike omavalitsuste teenistujatel neile ameti tõttu teatavaks saanud riigi- või ärisaladuse või konfidentsiaalsena saadud informatsiooni ning teiste inimeste perekonna- ja eraelu kaitseks, samuti õigusemõistmise huvides.“⁶⁵

Seega võib teha järelduse, et kindlustamaks põhiseaduse § 12 seaduslikku tagamist võib piirata

⁶⁰ Eesti Vabariigi Põhiseadus, kommenteeritud väljaanne. § 12, kommentaar 4, lk 180

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Eesti Vabariigi põhiseadus. - RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2.

⁶³ Eesti Vabariigi Põhiseadus, kommenteeritud väljaanne. § 41, kommentaar 1-5, lk 437-438

⁶⁴ Jõgi, M. *op cit* lk 5

⁶⁵ Eesti Vabariigi põhiseadus. - RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2.

väljendusvabadust ainult juhul, kui põhiseaduse paragrahvis 12 mainitud vaenu õhutamine ning kõnealusel juhul ka holokausti avalik eitamine ohustab avalikku korda, teiste inimeste õigusi ja vabadusi, tervist, au ja/või head nime.

Teisest peatükis võib lugeda holokausti eitamise kriminaliseerimise puhul kaitstavatest õigushüvedest, millest ühena on läbivalt kõikide holokausti eitamise keelustanud riikide praktikas läbi jooksnud avalik rahu, kuid on ka äramärkimist leidnud asjaolu, et tegemist on antud olukorras näiliku õigushüvega ning reaalselt holokausti avalik eitamine eraldiseisvalt, ilma koosseisuliste lisaelementideta, avalikku rahu ei riku.

Teiste inimeste õiguste ja vabadustega on olukord oluliselt laiem ja subjektiivsem, põimudes jällegi ka avaliku rahu aspektiga. Ei näi olevat selget ja otsest põhjust holokausti eitamise kriminaliseerimist Eestis põhiseadusega vastuolus olevaks pidada, sest erinevad õiguslikud käsitlused kõnelevad rühma vastu suunatud kuriteo puhul erinevate õigushüvede kaitsest ning tegemist on tugevalt olukorrapõhise hinnangu küsimusega. Küll aga on siiski kontuur õigustatud väljendusvabaduse põhiseaduslikku riive juures holokausti eitamise puhul hägune.

Esmalt on põhiseaduse vastane ainult selline ebavõrdne kohtlemine, millel puudub kooskõla põhiseaduse sätte ning mõttega, millel puuduvad objektiivsed ning mõistlikud-õigustatud argumendid ja teisalt ebaproportsionaalne. Juhul, kui ebavõrdse kohtlemise tarvis leidub objektiivne ning mõistlik põhistus ning täidetud on ka proportsionaalsuse tingimus, on tegemist põhiseaduspärase käitumisega. Mõistliku põhjenduse leidmine käib läbi harilike tõlgendusmeetodite.⁶⁶

⁶⁶ R. Maruste. *Op. cit.*, lk 280

3. Teiste riikide praktika

3.1. Saksamaa

Holokausti eitamise süüteo koosseisus, nagu näha Saksamaa näitel ning Eestiski kavandataval seadusemuudatusel, ei pea sisalduma sõna “holokaust”. Saksamaa karistusseadustiku, StGB § 130 lg 3 räägib natsionaalsotsialistliku genotsiidi eitamisest või tähtsuse pisendamisest Saksa vaenu õhutamise, *Volksverhetzung*, raames. Saksamaal on pööratud tähelepanu just *ultima ratio* kontekstile - küsimus ei ole selles, kas tegemist on kaitsmist väärivate õigushüvedega, vaid selles, kas nende karistusõiguslik kaitse on ikka *ultima ratio* põhimõttega kooskõlas.

Vaenu õhutamine (StGB § 130 (1)) on seotud järgmiste tunnustega:

- viha õhutamine rahvagruppide vastu või nende suhtes vägivaldsele või meelevaldsele kohtlemisele kihutamine või
- rahvagruppide solvamine, mustamine või häbistamine ja sellega inimvääriskuse alandamine
- viis, mis võib rikkuda avalikku rahu

Eraldi koosseisudega on kaetud vaenava materjali levitamine, avaldamine, kättesaadavaks tegemine, alaealisele pakkumine või edastamine levikanali vahendusel (lg 2), samuti spetsiifiliselt natsirežiimi ajal toime pandud tegude õigustamine, eitamine või (nende kahjulikkust) vähetähtsaks pidamine viisil, mis rikub avalikku rahu, sinnahulka avalikult või avalikul kogunemisel ning ka sellesisulise materjali levitamine (lg 3).⁶⁷ Lõigetes 1 ja 3 mainitud süütegude eest on ette nähtud kuni viieaastane vangistus. Kaks Saksamaa konstitutsioonikohut on juba 1980. aastatel sätestanud holokausti aset leidmise kui ilmselgelt juhtunu (*Offenkündig*).⁶⁸

Natsikuritegude eitamise osa on iseloomustatud kui võitlevale demokraatiale omast, kuna sätte eesmärk on tagada demokraatia säilimine. Alates 1985. aastast, mil ülalmainitud säte vastu võeti, on seda korduvalt muudetud, näiteks 1994. aastal - eelnevalt karistati sama teo eest muuhulgas

⁶⁷ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

⁶⁸ G. Tishler, Freedom of Speech and Holocaust Denial, *Cardozo Law Review*, Vol 8, Issue 3, lk 563

avaliku korra kaitse, hauarahu rikkumise, laimu või solvamise sätete alusel, seejuures oli süüdistuse esitamiseks vaja kannatanu nõusolekut. 1985. aastast mentleti § 194 alusel solvanguna. Seega oli 1994. aasta muudatus pigem sümboolse kui õigustmuutva tähendusega. Vaatamata sellele, et sätte kohaldamise kriteeriumiks on avaliku rahu häirimine, võib praktikast järeldada, et see on sellise teo puhul vahetult eeldatud. 1994. aasta muudatus tõstis ka sanktsiooni viie aasta võrra.⁶⁹

Saksamaal on eraldi kriminaliseeritud mittekonstitutsiooniliste organisatsioonide sümbolite kasutamine. Karistusseaduse (StGB) § 86a alusel on karistatav põhiseadusevastase erakonna sümbolite levitamine või avalik kasutamine, mis hõlmab kasutamist avalikul koosolekul või kirjalikul kujul (sinnahulka pildid, audio- ja videosalvestised või muu taoline). Põhiseaduse vastaseks tunnistab erakonna Saksamaa Ülemkohus, kes on seda teinud kahel korral: 1952. aastal keelati neonatslik nõndanimetatud sotsialistlik Reichpartei ja 1956. aastal Saksa kommunistlik partei (DKP). Sama kehtib nende organisatsioonide kohta, mis on tunnistatud põhiseadusliku korra vastaseks või rahvusvahelise üksteisemõistmise vastu suunatuks.

Keeld laieneb ka natsipartei (NSDAP) endistele sümbolitele. Samuti puudutab keeld selliste sümbolitega toodete tootmist, ladustamist, importi või eksporti, kui seda tehakse levitamise või avaliku kasutamise eesmärgil. Niisugusteks sümboliteks loetakse lipud, ametimärgid, embleemid, loosung, vormirõivas, tervitusviis, samuti nendega äravahetamiseni sarnased sümbolid. Saksamaa võtab mainitud sümbolite kasutamist äärmise tõsidusega ja minnes õiguse interpreteerimisega kaugemale ning tehes seda kitsalt, keelates sisuliselt igasuguse sümbolite ekspluateerimise.⁷⁰ Hariduslikul, teaduslikul või kunstilisel eesmärgil on sümbolite rakendamine siiski lubatud, ka põhiseadusega vastuolus oleva tegevuse ärahoidmiseks ja näiteks päevauudiste edastamiseks, kuid siiski pole lubatud svastikaga esineda ka näiteks anti-neonatsislikel eesmärkidel, viimast kartuses, et igasugune svastika levitamine teeb selle sümboli ühiskonnas vastuvõetavaks. Sellisele seisukohale on Saksamaal vastu seistud.⁷¹

StGB § 130 alusel võib karistada isikut, kes kasutab ülalloeletud sümboleid vaenu õhutamiseks. On mainimisväärne, et Saksamaal on üks riikidest, lisaks Ühendkuningriikidele ja näiteks Hollandile, kus peetakse vihakuritegude arvestust ning monitooringut.

⁶⁹ M. J. Bazylar, *Op. cit.*, lk 2-3

⁷⁰ Justiitsministeerium, *Teiste riikide praktika, Op. cit.*

⁷¹ Deutch Welle, Minister Wants to Legalize Anti-Nazi Swastikas, 2006, <http://dw.de/p/9CDk>

StGB § 130 klausel näeb alla 18-aastastele isikutele sanktsioonina ette ühiskondliku töö võimaluse.

Saksa õiguses puudub eraldi vaenumotiiv. Siiski on viidatud, et vaenumotiivi võetakse arvesse karistuse mõistmisel StGB § 46 juhustest lähtudes. Raamotsusest nr 2008/913/JSK lähtuvalt Saksamaa oma õigust muutnud ei ole, sest viimane oli juba raamotsuse nõuetega kooskõlas.⁷²

3.2. Suurbritannia ja Wales

Suurbritannia, nagu ka Soome, Rootsi ja näiteks Madalmaad, leiab, et genotsiidikuritegude eitamine ei vaja erisätet ning on kaetud tavalise vihakõne regulatsiooniga. Küll aga on Suurbritannias juba 1963. aastal erandina leitud, et tõendamiskoormus vihakuritegude, eelkõige vihakõne puhul, lasub võimaliku vihakõne pidajal – tema kohustuseks on tõestada, et nimetatud kõne ei provotseerinud rahutusi.⁷³

2006. aastal võeti Suurbritannias vastu *Racial and Religious Hatred Act* (millega täiendati 1986. aastal korrakaitseadust), mille alusel on detailselt määratletud juhtumid, mida loetakse vaenu õhutamiseks. Kokkuvõtlikult on esimese koosseisu tunnused järgmised:

- usuviha on viha grupi vastu, keda määratletakse mingi religiooni järgijatena või religiooni puudumise järgi
- ähvardavad sõnad või käitumine, sinnahulka ähvardavate kirjalike materjalide näitamine
- kavatsus esile kutsuda usuviha
- avalik või eraala, välja arvatud juhul, kui isik teeb keelatud teo eluhoone sees ja teda tajuvad ainult inimesed selles samas või teises eluhoones või vähemalt puudub isikul alus uskuda, et teda võidaks kuulda väljaspool ühtegi eluhoonet.

Järgmised koosseisud keelavad kavatsuslikult viha esile kutsuvate ähvardavate kirjalike materjalide (igasugune märk või muu nähtav esitus) jagamise ja avaldamise, samalaadsed

⁷² Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

⁷³ K. Lasson, *Op. cit.* lk 88

performance'id ja avalikud etendused, samalaadsete heli- või videosalvestiste jagamise, näitamise või tegemise, samalaadse leviprogrammi koostamise või edastamise. Nii on karistatav ka kirjaliku materjali või salvestise valdamine näitamise, levitamise, avaldamise või leviprogrammi lisamise eesmärgil või kui seda võib mõistlikult eeldada. Oluline on, et keeldu ei tõlgendataks nii, et see sisaldaks piirangut diskussioonile ning kriitikale, antipaatiat, naeruvääristamist, solvangut või kuritarvitust väljendusele usutunnistuse, veendumuste või praktika kohta või usulisele või usuvastasele propagandale.

Kohaliku korrakaitseaduse kolmas osa reguleerib rassiviha - viha rühma vastu, keda määratletakse nahavärvi, rassi, rahvuse, sealhulgas kodakondsuse või etnilise või rahvusliku päritolu alusel. Seadus keelab ähvardava, teotava või solvava kõne ja tegevuse ning sellise sisuga materjali näitamise, kui see võib põhjustada rassilise viha või kui see on teo eesmärgiks. Vastutus puudub, kui tegevus toimub hoone sees piiratud osalejate ringis, samuti kui tagajärg põhjustati ettevaatamatusest. Lisaks on keelatud samasuguse iseloomuga materjalide avaldamine ja levitamine ning etenduste näitamine, salvestuste tegemine ja ettekandmine ning ülekandmine kaabellevivõrgus. Karistatav on viidatud materjali valdamine, kui sellele järgneb selle avaldamine. Keeldude rikkumise eest on ette nähtud rahaline karistus või kuni seitsmeaastane vangistus.

Kuna Ühendkuningriigis on rassismi raamotsusest tulenevad nõuded vaenu õhutamise osas täidetud, on puudunud vajadus seadust muuta. Eraldi seaduse loomist on peetud ebasoovitavaks, kuigi sellekohaseid katseid on tehtud kaks korda, näiteks 1997. aastal leiboristide eestvedamisel.

Menetlusõiguse poole pealt on oluline, et mis tahes kuritegu loetakse menetluse käigus vihakuriteoks, kui seda nii tajub kas kannatanu või muu isik. Kohus peab hindama motiivi olemasolu ja selle olemasolu arvestama karistuse määramisel. Eristatakse rassilist ja religioosset vaenumotiivi, samuti vaenamist puude ja seksuaalse sättumuse alusel.⁷⁴

3.3. Prantsusmaa

Prantsusmaa näitel on esitatud ka seisukohti, et genotsiidi eitamise süütegude puhul ei tegele kohtud mitte eriarvamuste eest karistamisega, vaid karistatakse üksnes siis, kui ilmneb, et

⁷⁴ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

seisukohti on esitatud pahauskvalt, püüdes levitada akadeemilisuse kattevarjus antisemiitlikku ideoloogiat. Prantsusmaal kehtestati vastav seadusandlus 1990. aastal 1881. aastast pärineva pressivabaduse seaduse täiendusena. Eitamise koosseisu täitmiseks piisab üksnes inimsuse vastase kuriteo toimumises kahtlemisest. *Loi Gayssot'*st pärineva artikli 24 bis kohaselt kuritegelikuks tunnustatud organisatsiooni või Prantsusmaa või rahvusvahelise kohtu poolt süüdi tunnustatud isiku poolt toime pandud Londoni kokkuleppes määratletud inimsusevastase kuriteo toimumises kahtlemine on karistatav kuni üheaastase vangistusega. Tähelepanuväärne on, et Prantsuse õigus ei sätesta mingeid tingimusi viidatud kuriteos kahtlemisele, seades seega karistamise sõltuvusse üksnes kahtluse sisust. Holokausti pole seaduse tekstist otsesõnu mainitud. Prantsusmaa Konstitutsioonikohtu 2012. aasta lahendi kohaselt on põhiseadusega vastuolus defineerida genotsiidi eitamist kriminaalseaduses kuriteona – sellisel juhul on tegemist arvamusevabaduse ning teadusliku uurimisvabaduse põhimõtete murdmisega. Prantsusmaa Konstitutsioonikohtu seisukoha järgi ei ole vastuolus genotsiidi ametlik tunnustamine ning selle eitamise kriminaliseerimise põhiseadusvastasus.⁷⁵

Prantsuse Kriminaalkoodeksi artiklid R624-3 ja -4 kohustavad karistama trahviga isiku või grupi vastase mitteavaliku laimu ja solvangu eest päritolu, tegeliku või arvatava etnilisse, rahvus-, rassi või religioosse grupikuuluvuse või selle puudumise, samuti soo, seksuaalsättumuse või puude alusel. Ajakirjandusvabaduse seaduse 29/7/1881 artiklite 23, 29 ja 33 alusel on karistatav rassilise, religioosse või päritolul põhineva viha avalik õhutamise või laimamine, artikli 24 alusel aga viha ja diskrimineerimise propageerimine. Inimsusevastase kuriteo, samuti kollaboratsionalismi õigustamine või selle propageerimine on karistatav kuni viieastase vangistusega.⁷⁶

Kriminaalkoodeksi artikli R645-1 alusel on karistatav ka natsistlike vormide, embleemide ja ametimärkide avalik esitamine.⁷⁷

2003. aasta seadusemuudatuse kohaselt on kannatanu tegeliku või arvatava etnilise kuuluvuse, rahvuse, rassi, religiooni või seksuaalse sättumuse tõttu motiveeritud mõrv karistatav kuni eluaegse vangistusega, mis ulatub üldjuhul kuni 30 aastani. Püsiva tervisekahjustuse tekitamine

⁷⁵ Kas Armeenia genotsiidi eitamise kriminaliseerimine on vajalik demokraatlikus ühiskonnas: Perinçek vs Šveits, kohtulahendi analüüs, 17.12.2013, EIÕK 27510/08

⁷⁶ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

⁷⁷ M. J. Bazzyler, *Op. cit.* lk 8

on sanktsioneeritud kuni 15-aastase vangistusega, mis siiski jääb enamasti kümne aasta piiridesse.⁷⁸

Prantsuse ja Saksa menetlusnormid holokausti eitamise sätete puhul on täidesaatmissõbralikumad kui sarnased sätted Kanadas ning Ameerika Ühendriikides, nii nagu ka suhtumine poliitilistesse avaldustesse – Prantsusmaal ning Saksamaal on lähenemine oluliselt nõrgema kaitsva iseloomuga kui Ameerika Ühendriikides, kus suhtutakse poliitilistesse meeleavaldustesse äärmiselt rangelt, lahutades need selgelt pelgalt mõtetest või ideedest.⁷⁹

Prantsuse näite alusel on huvitavaks aspektiks “arvatava” tingimuse sättesse toomine, sama tingimus on ette nähtud ka Rootsi vihakõne sättes. Prantsusmaal asutati 2003. aastal Prantsusmaal minstrite töögrupp, et koordineerida tööd rassismi ja juudivaenulikkusega võitlemisel, mis ilmestab riiklikku tahet valitseva antisemiitliku olukorra parandamiseks, sest Prantsusmaa, lisaks Saksamaale, on ühe kõrgema juudivaenulikkusega riike Euroopas.⁸⁰

3.4. Türgi

Kurioosne näide ajaloosündmuste suhtes seisukoha avaldamise kriminaliseerimisest on võtta Türgist, kus on karistatud isikuid mitte genotsiidi eitamise, vaid Armeenia genotsiidi toimumise tunnistamise eest. Tõsi, sellest otsesõnu rääkivat süüteo koosseisu Türgi karistuseseadustik ei sisalda, kuid selleks kasutatakse § 299 lõikes 1 toodud türkluse mustamise süüteo koosseisu. Hilisemalt on küll mõiste „türklus“ asendatud „Türgi rahvaga“.⁸¹

Türgi Kriminaalseadustiku § 216 kohaselt on karistatav ühe sotsiaalse klassi, rassilise, usulise, lahkusulise või regionaalse grupi teise suhtes vaenama õhutamise, kui see tekitab ilmse ja tegeliku ohu avalikule julgeolekule. Nõnda on inkrimineeritud ka nimetatud grupi avalik solvamine, nagu ka grupi religioossete väärtuste avalik solvamine avalikku rahu häirival viisil, kuid sõnaselgelt genotsiidikuritegude eitamine kriminaalkorras karistatav ei ole,⁸² kuigi lausa

⁷⁸ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

⁷⁹ R. Kahn, *Holocaust denial and the law: A comparative study*. Palgrave Macmillan, 2004, lk 2

⁸⁰ United Nations, CERD/C/SR.1675. 28.02.2005

⁸¹ M. Maripuu, lk 64

⁸² Y. Auron, *The Banality of Denial*. Transaction Publishers, 2003, lk 127

47% elanikkonnast eitab holokausti osaliselt, mitte tunnistades ajalooliselt aktsepteeritud hukkunute arvu ning 6% usub, et holokausti ei ole üldse juhtunud.⁸³⁸⁴

3.5. Austria

Austrias keelab holokausti eitamist, alatähtsustamist või “äärmuslikku labastamist” (*gross trivialisation*) Verbotsgesetz 1947 – Austria konstitutsiooni osa, mille alusel keelati alates 08.05.1945. natsiparteid ning natsiorganisatsioonid ja -institutsioonid ning loodi raamistik natsliku režiimi elimineerimiseks ja tulevikus selle ilmingute ära hoidmiseks⁸⁵. Praegu kehtivat seaduse versiooni hakati kohaldama 1947. aastast, muudeti aga veel 1992. aastal, sest enne otsesõnu holokausti eitamise sisse viimist oli viimase karistatavus siiski vaieldav. Säte leiab praktikas ka reaalselt kasutust, näiteks karistati selle alusel 2006. aastal kuulsat holokausti eitamise teooria levitajat David Irvingut.

Karistatavaks on tunnistatud igasugune tegevus, mis lähtub NSDAP eesmärkidest, sinnahulka selle poliitiliste loosungite kasutamine propagandaks või selle vägivaldse tegevuse heakskiitev kirjeldamine ja rassiideoloogia väljendamine.

Karistusnorm ise asub Austria karistusseadustiku vaenu õhutamise paragrahvis 283. Viimase kohaselt karistatakse igäüht, kes avalikult ja avalikku korda ohustaval viisil või laiale avalikkusele tajutavalt õhutab või toetab vägivalda kiriku või religioosse ühenduse vastu või rassi, nahavaarvi, keele, usu või maailmavaate, kodakondsuse, päritolu või rahvusliku või etnilise põlvnemise, soo, puude, vanuse või seksuaalse sättumuse alusel määratletud isikute rühma või rühma liikme vastu, vangistusega mitte üle kahe aasta.

Samasugune karistus on ette nähtud ka sellise rühma vastu viha õhutamise eest laiale avalikkusele tajutaval viisil, varasemas redaktsioonis - avalikult. Kohus on leidnud, et avalikus kohas asuv graffiti svastika, SS-ruunide ning sõnadega „viha“ ja „Türklased välja“ on

⁸³ Anti-Defamation League Global 100 Survey, 2013-2014

⁸⁴ Criminal Code of the Republic of Turkey. - Kättesaadav: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

⁸⁵ B. Bailer-Galanda, Revisionism in Germany and Austria: The Evolution of a Doctrine, Hermann Kurthen, Werner Bergmann, & Rainer Erb, antisemitism and Xenophobia in Germany After Unification. Oxford University Press. lk 188

koosseisuga kaetud.⁸⁶

Natsismikuritegude avaliku eitamise eest Austrias ette nähtud 1-20 aastat vanglakaristust, kuid vihakõne eest, milles holokausti eitamist ei toimu, on karistuseks kaks aastat vanglakaristust. Eelmainitud põhjendatakse asjaoluga, et igal riigil ongi erinev siduvus natsismikuritegudega ning erinev ajalooline taust ja põhiseaduslikud traditsioonid üleüldises plaanis.⁸⁷ Juhul, kui propagandaelementi ei esine või on rikkumine on kergemat sorti, on haldussanktsiooniks rahatrahv.

Vihakuritegude osas lähtutakse Austria karistusseadustiku § 33 lg 1 punktist 5, mis näeb ette rassistliku, ksenofoobse või muu võrreldava motiivi karistust raskendava asjaoluna. Raamotsusest nr 2008/913/JSK tulenevalt ei ole Austria seadusemuudatusi sisse viinud, küll aga on alates 2012. aastast näha raamotsuse mõju teksti sõnastamisel.⁸⁸

3.6. Belgia

1981. aasta 30. juuli seadus (2007. aasta muudatustega) rassismi ja ksenofoobia kohta kohustab karistama ühe kuu kuni aastase vangistuse ja trahviga rühma kuuluva isiku diskrimineerimisele, vihkamisele, vägivallale või rühmavastasele segregatsioonile, vihkamisele või vägivallale üleskutsumise eest (§ 20), rassilise üleoleku ideede levitamise (§ 21), diskrimineerimise või segregatsiooni ideid avalikult ja korduvalt levitava ühenduse liikmelisuse või toetamise (§ 22), samuti diskrimineerimisakti eest (§ 24, 25). Ametiisikut karistatakse kaks korda kõrgema määra alusel (§ 23). Aastast 1995 on natsliku genotsiidi eitamine, õigustamise katse, alatähtsustamine või heakskiitmine karistatavad kuni üheaastase vangistuse ja trahviga.⁸⁹ 1995. aasta seadus pärineb otseselt vajadusest luua raamistik holokausti eitamise kriminaliseerimiseks suure immigrantide sissevoolu tõttu 1990. aastate alguses.

2003. aasta seaduse kohaselt on süüteo toimepanemine ohvri soo, eeldatava rassi, nahavärvi, päritolu, rahvusliku või etnilise kuuluvuse, seksuaalse sättumuse, perekonnaseisu, sünnipära,

⁸⁶ M. J. Bazyley, Holocaust Denial Laws and Other Legislation criminalising Promotion of Nazism, a lecture at Yad Vashem. <http://www1.yadvashem.org/yv/en/Holocaust/insights/pdf/bazyley.pdf>, 2006

⁸⁷ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Legislation against antisemitism and Holocaust denial, The Coordination Forum for Countering antisemitism

varalise olukorra, vanuse, religioosse või filosoofilise maailmavaate, praeguse või tulevase tervisliku seisundi või puude või kehaliste tunnuste alusel raskendav asjaolu.⁹⁰

3.7. Läti

1990. aasta 19. septembril avaldas Läti valitsus ametliku deklaratsiooni, mõistes sellega hukka juudivastasuse ja Lätis aset leidnud juutide genotsiidi, kusjuures tunnistades ka lätlaste enda genotsiidis osalemist ja märkides riiklikku survet antisemitismiga võitlemisel.⁹¹

Lätis on keeld kasutada avalikul koosolekul NSVL, Läti NSV ja Natsi-Saksamaa sümboleid, sealhulgas stiliseeringuid ja laulda eelmainitud režiime ülistavaid laule avaliku koosoleku seaduses.

2009. aastal on raamotsuse nõuete täitmiseks kriminaliseeritud genotsiidi, inimsuse või rahu vastase kuriteo või sõjakuriteo avalik ülistamine, samuti toime pandud sarnase kuriteo heakskiitmise, kuigi eelnõu ettevalmistamine hakkas Lätis juba 2004. aastal.

Ülalmainitud kuritegude eest on sanktsioonina ette nähtud kuni viie aasta pikkune vangistus. Juba varem oli kuni kolmeaastase vangistusega karistatav tegevus, millega kavatsuslikult kihutatakse rahvuslikule, etnilisele või rassivihale või -vaenule. Kui teoga kaasneb vägivald, pettus või ähvardused, on karistuseks kuni kümneaastane vangistus (Läti Karistusseadustiku § 78, lg 1-2).⁹²

Ka Leedus on natsionaalsotsialistlike kuritegude eitamise ja propageerimise kõrvalt keelatud ka nõukogude võimu ajal toimunu heakskiitmine ja eitamine.⁹³

⁹⁰ L. Pech, The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (Qualified) EU-Wide Criminal Prohibition, Jean Monet Working Paper, 10/2009

⁹¹ Legislation against antisemitism and Holocaust denial, *Op. cit.*

⁹² Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

⁹³ Criminal Code of the Republic of Latvia. - Kättesaadav: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

3.8. Tšehhi

Karistusseadustiku § 261a kohaselt on nii natsliku kui kommunistliku genotsiidi või muude kuritegude avalik eitamine, selles kahtlemine, heakskiitmine või õigustamise katse karistatavad kuni kolmeaastase vangistusega. Sama seaduse § 260 kohaselt on inimõigustele ja -vabadustele vaenuliku liikumise toetamine, samuti rahvusliku, rassilise, religioosse või klassiviha avaldamine karistatav kuni viieaastase vangistusega. Kui tegu on toime pandud trükitoote, filmi, raadio, televisiooni vahendusel või muul sama tõhusal viisil, või kui tegu on toime pandud organiseeritud grupi liikmena või erakorralise või sõjaseisukorra ajal, on karistuseks kuni kaheksa aasta pikkune vangistus. § 261 kohaselt karistatakse viidatud liikumisele toetuse avaldamist samuti kuni 3-aastase vangistusega⁹⁴.⁹⁵

3.9. Ameerika Ühendriigid

“Kõik on seaduse ees võrdsed” on norm, mida Ameerika Ühendriikide konstitutsiooni 14. täienduse alusel teatakse õigusdogmaatikas kui võrdse kaitse klauslit (*equal protection clause*).⁹⁶

Ameerika Ühendriikides kaitseb väljendusvabadust konstitutsiooni esimene täiendus. Seeläbi on neonatslikud parteid täiesti legaalsed ning ka antisemiitliku ja rassistliku tooniga sõnumid konstitutsiooniga kaitstud. Ainus sellise sõnavabaduse riive seisneb vahetu vägivalla üleskutses. Esimesele täiendusele tugines asub suurem osa natsismi propageerivaid internetilehekülgi USA-s, kuigi ligipääs neile on kogu maailmal.⁹⁷ USA-s on teadaolevalt holokausti täielikke eitajaid 1% elanikkonnast.⁹⁸

USA-s on vihakuritegude teemaga tegeletud 1980. aastate lõpust alates. Väljundi on see leidnud 1990. aasta *Hate Crime Statistics Act*'is (28 U.S.C. 534), mis kohustab USA Justiitsdepartemangu

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, 2009

⁹⁶ R. Maruste. *Op cit*, lk 278

⁹⁷ M. J. Bazylar, *Op. cit.*, lk 11

⁹⁸ Anti-Defamation League Global 100 Survey, 2013-2014

koguma andmeid kuritegude kohta, milles avalduvad rassil, usutunnistusel, seksuaalsel sättumusel või etnilisel kuuluvusel põhinevad eelarvamused (1994. aastal lisatud täiendava alusena ka puue), ning avaldada iga-aastane raport.

Osariikide lähenemine vihakuritegudele erineb, kuid Ameerika psühholoogide arvamuse kohaselt on vihakuritegude näol tegemist unikaalset liiki vägivallaga isiku identiteedi vastu, mis tingib otsustavat psühholoogilist, õiguslikku ja poliitilist reaktsiooni.⁹⁹ Näiteks Californias, Ohios, Floridas on ette nähtud eraldi vaenuaktide süüteo koosseisud, mis keelavad nt vandalismi kultusepaikades ja sekkumise kultusesse, muuhulgas risti põletamise. Teistes jurisdiktsioonides on inkrimineeritud igasugune vaenuliku motivatsiooniga tegevus – näiteks New Yorgis moodustab „kallutatud motiiv ja tegu“ ühe kuriteo, teatud tunnustega sihtmärgi otsimine on juba osa kuriteost. Kolmandates osariikides on rassiviha motiiv mis tahes kuriteo puhul karistust raskendav asjaolu, näiteks Wisconsinis tõstetakse selle alusel karistuse ülemmäära.

USA-s näitavad mittetulundus- ja avalik sektor vihakuritegevuse ennetamisel laialdast algatusvõimet, sel teemal koolitatakse neid mõlemat, samuti on arenenud ohvrikaitse. OSCE egiidi all toimunud kohtumisel 2010. aastal tõi Ameerika Ühendriike esindanud föderaalprokurör esile, et kuna mingi grupi vastu kallutatud motiiv süüteo toimepanemisel võib kaasa tuua osariikide vahelise konstitutsioonilise liikumisvabaduse tõsise riive, on vihakuritegu käsitletav föderaalset kuriteona. FBI analüüsib osariikides vihakuritegude eest mõistetud karistusi ning juhul, kui isikut ei ole adekvaatselt karistatud osariigi õiguse alusel, esitatakse täiendav süüdistus föderaalset kuriteos. Näitena tõi prokurör juhtumi, kui föderaalõiguse alusel karistati hispaaniakeelse vähemuse liikme peksjaid piirkonnas, kus see vähemus oli väiksearvuline, kuna osariigi karistus oli liiga väike selleks, et sellel oleks üldpreventiivne mõju vihakuritegudele.

Vihakõne osas on USA standardiks 1969. aastast olnud Ülemkohtu lahend *Brandenburg vs Ohio*, milles arvestatavalt piirati karistatavat ala. Ku Klux Klani liider oli kohtu all selle eest, et ta avalikul liikumise üritusel ja avalikult tunnistas vajadust ja kohustust kasutada kuritegusid, sabotaaži ja vägivalda selleks, et ellu viia poliitilist reformi, sealhulgas õigustades koostööd kuritegelike organisatsioonidega ning kutsudes kättemaksule teatud vähemuste suhtes. Ülemkohus leidis, et sellise avalduse eest karistamine ei ole põhiseadusega kooskõlas, kuna jõu kasutamise ja õiguserikkumise toimepanemise üleskutse ei olnud suunatud vahetule

⁹⁹ J. Mjoseh, Psychologists call for assault on hate crimes. Hate crimes demand unique legal, psychological and policy responses. APA Online, <http://www.apa.org/monitor/jan98/hate.html>.

õigusvastasele tegevusele kihutamisele ja see ei olnud ka üleskutse tõenäoline tagajärg. Nii üleskutses väljenduv kavatsus kui selle üleskutse sisuks oleva õigustamatu teo vahetu täideviimise tõenäosus on nõutavad, et üleskutset saaks pidada õigusvastaseks (*imminent lawless action*). Selle lahendiga muudeti alates 1919. aastast kujunenud praktikat, mis võimaldas üleskutse keelamist juhul, kui see tõi kaasa selge ja ilmse ohu (*clear and present danger*) sellise tagajärje tekkeks, mida seadusega võis ära hoida. Veelgi varem oli lähtunud põhimõttest, et sõnavabadust võib piirata, kui üleskutsel on ilmselt kahjulikud mõjud (*bad tendency*).

Arvestada tuleb siiski seda, et vaatamata viidatud lahendi liberaalsusele loetakse sõnavabadusega osaliselt või täielikult mitte kaitstuks ka provokatiivset solvamist (*fighting words*), ähvardust, obstsöönusi, teadvalt valeväidete esitamist, laimu. Provokatiivse solvamise esemeks on avaldused, mis võivad tõenäoliselt esile kutsuda vahetu rahurikkumise adressaadi poolt (Chaplinsky vs New Hampshire, 1942), samuti kutsuda esile raskekujulist stressi; avaliku elu tegelase suhtes väljendatuna on need avaldused sõnavabadusega kaitstud.¹⁰⁰

Holokausti eitamine Ameerika Ühendriikides kriminaliseeritud ei ole, nii nagu on lubatud ka SS-sümbolika avalik kasutamine. Holokausti USA pinnal ei toimunud ning tugevat riiklikku sidet holokaustikuritegudega Ameerika Ühendriikidel ei ole, vaatamata sealsele tugevale Juudi kogukonnale.¹⁰¹

3.10. Kanada

Kanada vaated holokausti eitamisele kriminaalsele poolele on võrdlemisi liberaalsed, sarnased ka Ameerika Ühendriikides viljeletava poliitikaga antud küsimuses, kuigi Kanadas siiski on kriminaliseeritud genotsiidi õigustamine. Samuti on kriminaliseeritud avalik viha õhutamine, mille tunnused on järgmised:

- edastatud, sh telefoni teel ja muude visuaalsete või kuuldavate vahenditega sõnum (kõneldud, kirjutatud või salvestatud sõnad, žestid, märgid või muud visuaalsed esitused);
- avalik toimumiskoht;
- sisaldab üleskutset identifitseeritava grupi vaenamisele;

¹⁰⁰ Justiitsministeerium: Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

¹⁰¹ R. Kahn, *Op. cit.* lk 3

- sel viisil, et rahurikkumine (*breach of the peace*) on tõenäoline.

On kriminaliseeritud ja kaheaastase karistusega sanktsioniseeritud ka mittearviisiline kavatsuslik vaenu õhutamine. Järgmiste kaitseasjaolude esinemisel on süüdimõistmine siiski välistatud: esitatud väidete tõesus, isiku heas usus tegutsemine, näiteks usutekstile toetudes.¹⁰²

Juba 1984. aastal leidis Kanadas aset järgnevatele kohtuotsuste baasiks oleva pretsedent, esimene holokausti eitamist puudutav kohtuotsus – kooliõpetajat Ernst Zündelit süüdistati holokausti eitamises ning õppekursuse raames antisemiitlike avalduste tegemises. Kanada Juudi Kongress, kohalike juutide katusorganisatsioon, keeldus toetamast Zündeli süüdistust kartuses, et sedavõrd suur kohtuprotsess püüab palju meediatähelepanu, mis omakorda aitab kaasa antisemitsimi levikule.¹⁰³

Kanada Ülemkohus tunnistas siiski holokausti eitamise seadusega kooskõlas olevaks ja sõnavabaduse riive õigustatuks.¹⁰⁴

1985. aastast on pärit R v. Zundel kohtuotsus, millega mõisteti holokausti eitamist propageeriva kirjanduse levitamise eest süüdi E. Zündel, sanktsiooniks oli 15 kuud vangistust. Kuni 1992. aastani kehtis Kanada kriminaalkoodeksis veel “valeuudiste” säte, mille alusel on inkrimineeritud tahtlik valendmeid sisaldava teksti või uudise avaldamine, mis kannab ohtu avalikkusele. Käesolevaks hetkeks on see konstitutsiooniga vastuolus olevaks tunnistatud, riivates liialt väljendusvabadust.¹⁰⁵

3.11. Ungari

Ungari Karistusseadustiku § 269b sisaldab nimekirja sümbolitest, mida ei tohi levitada, avalikult kasutada ega eksponeerida: haakrist, SS-märk, noolrist, sirp ja vasar, punane viisnurk või muu ese, millel kasutatakse sellist sümbolit. Tegemist on üldjuhul väärteoga, kui seejuures ei panda toime muud rikkumist, näiteks vaenu õhutamist. Sümbolite kasutamine on lubatud hariduslikul, teaduslikul või kunstilisel eesmärgil või päevauudiste edastamiseks. Säte ei hõlma teiste riikide ametlikke sümboleid. Raamotsuse ülevõtmisel 2010. aasta veebruaris holokausti eitamisega

¹⁰² Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

¹⁰³ R. Kahn, *Op. cit.*, lk 4

¹⁰⁴ D. Bercuson, D. Wertheimer, *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair*. Toronto, Canada: Doubleday Canada, 1985, lk 44

¹⁰⁵ R. v. Zundel, 27.08.1992

seoses tehtud muudatustega seoses jõuti konstitutsioonikohtu vaidluseni. Juunis 2010 võttis parlament vastu muudetud redaktsiooni, mille kohaselt, ilma Holokausti mainimata, on karistatav natsionaalsotsialistlike või kommunistlike režiimide toimepandud genotsiidide või muude inimsusevastaste faktide eitamine. 2013. aasta juulis jõustus Ungaris uus karistusseadustik, mille ühiskonnarühmade kaitse sätted on karmilt karistatavad.

Holokausti eitamise osas paistab Ungari ühiskond olema sarnane Eestile – 0% küsitatud elanikest eitab holokausti toimumist täielikult, ent 27% usub, et holokaustis hukkunute arv on liialdatud.¹⁰⁶

3.12. Itaalia

Itaalias väitis 2013-2014. aasta jooksul vaid 2% elanikkonnast, et ei ole holokaustist kuulnudki¹⁰⁷, kui 1992. aastal oli selleks protsendiks 12¹⁰⁸. Rassilise, etnilise, rahvusliku või religioosse diskrimineerimiseideoloogia propageerimine, diskrimineerimisele õhutamine või diskrimineerivate toimingute tegemine, kui see ei kujuta endast raskemat süütegu, on Itaalias karistatav kuni pooleteiseaastase vangistuse ja rahalise karistusega. Kuni nelja-aastase vangistusega on karistatav vihkamisaktile õhutamine või selle toimepanemine, samuti vägivaldne provokatsioon, osalemine rassistlikus või muul moel vihkamist ja diskrimineerimist eesmärgiks seadvas grupis või selle toetamine. Grupi juhtimise eest karistatakse kuni kuueaastase vangistusega. Sellise grupi või liikumise sümboolika avalik kasutamine on karistatav kuni kolmeaastase vangistusega; kuni kahe-aastase vangistusega fašismi põhimõtete, tegude või meetodite avalik kiitmine – rassistlike ideede korral kuni kolmeaastane vangistus ja trahv (Legge Mancino, 1993 n 122, §-d 1-4). Samuti on Itaalias karistatav solvamine ja laim (Codice penale artiklid 594 ja 595).

Holokausti eitamist käsitlev eelnõu raamotsuse nõuete täitmiseks on alates 2015. aasta algusest menetluses ning läbib kooskõlastamist just väljendusvabaduse piiramise osas.¹⁰⁹ Vihakuritegude puhul tuleneb Itaalias regulatsioon samuti Mancino seadusest, avaldub raskendava asjaoluna

¹⁰⁶ Anti-Defamation League Global 100 Survey, 2013-2014

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ D. Lipstadt, *Op. cit.*

¹⁰⁹ The Local, Italy Senate moves to outlaw Holocaust denial, 11.02.2015, <http://www.thelocal.it/20150211/italy-senate-moves-to-outlaw-Holocaust-denial>

üldosas ning näeb ühtlasi ette selliste süütegude *ex officio* menetluse.

3.13. Poola

Poolas on keelatud nii holokausti kui kommunistliku režiimi kuritegude eitamine.

Otsesõnu ei ole keelatud sümbolite kasutamine, küll aga fašistliku või muu totalitaarse süsteemi avalik toetamine, mis on võrdsustatav vaenu õhutamise ja rahvusliku, etnilise, poliitilise või religioosse kuuluvuse alusel ning karistatav kuni kaheaastase vangistusega. Karistusseadustik kohustab karistama ka religioosse diskrimineerimise ja religiooni alusel solvamise eest trahvi või kuni kolme aasta pikkuse vangistusega. 1998. aasta mäluinstituuti puudutava seaduse § 55 kohaselt on kuni kolmeaastase vangistusega karistatav avalik ja faktidele vasturääkiv seaduse paragrahvis nimetatud kuritegudele vasturääkimine; kõnealused kuriteod hõlmavad natsistlikke ja kommunistlikke kuritegusid Poola rahva ja kodanike või muude rahvuste või etnoste vastu ajavahemikus 1939-1989, samuti muid kuritegusid rahu ja inimsuse vastu ning sõjakuritegusid. Karistusseadustiku § 119 kohaselt on vihakuriteona kuni viieaastase vangistusega karistatav vägivald rahvusliku, etnilise, poliitilise või religioosse kuuluvuse alusel. Poola on raamotsuse nr 2008/913/JSK edukalt oma õigusesse üle viinud.¹¹⁰

3.14. Rootsi

Juudid on Rootsis tunnistanud vähemusrahvuseks, mistõttu kaitsevad neid muuhulgas ka vähemusrahvusi puudutavad seadused.¹¹¹

Antisemiitliku taustaga süüteod on Rootsi põhiseaduses defineeritud kui kuriteod Juudi päritolu isikute või juudi päritolu isikute vara vastu. Selleks, et kuritegu langeks vastava definitsiooni alla, ei ole kohustuslikuks elemendiks ohvri juudi päritolu, piisab kurjategija veendumusest, et ohver on juut.¹¹²

¹¹⁰ N. Osin, D. Porat, *Legislating Against Discrimination. An International Survey of Anti-Discrimination Norms*. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, lk 649

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² EUMC, *Manifestation of antisemitism in the EU 2002-2003*, lk 182

Rootsi Karistusseadustiku peatüki 16 § 8 1988. a redaktsioonis keelab avalikud avaldused, mis ähvardavad või väljendavad austuse puudumist etniliste või muude gruppide vastu rassi, nahavärvuse, rahvuse või etnilise päritolu, usu või seksuaalsättumuse alusel ning karistatuseks on ette nähtud kuni kaheaastane vangistus, välja arvatud juhul, kui on tegemist trahviga karistatava pisirikkumisega. Ülemkohus on teinud otsuse, mille kohaselt võib natsisümbolite kasutamine täita vaenu õhutamise süüteo koosseisu.

Vastavalt Rootsi karistusseadustiku peatükile 29 § 2 punktile 7 on alates 1994. aastast ohvri rassist, nahavärvil, rahvusel, etnilisel kuuluvusel, seksuaalsel sättumusel, religioonil või muul sarnasel alusel põhinev vaenumotiiv raskendav asjaolu.

Holokausti eitamise osas on Rootsi olnud sarnaselt Ühendkuningriigiga seisukohal, et kui see ei ole kaetud vaenu õhutamise, ei ole tegu karistatav. Kuigi Rootsi lähenemine võib tunduda teistest Euroopa riikidest vabamana, on sealsel seadusandjal siiski õigus mõningal, sõnastust arvestades pigem laial, määral väljendusvabadust piirata – demokraatliku riigi ladusa toimimise eesmärkidel.¹¹³ Seejuures on Rootsi, vaatamata või just selle tõttu, et kohaldab nn pehmet õigust, kogu Euroopas kõige madalama antisemiitliku suhtumise esinemisega – holokausti eitamist ei esine seal praktiliselt üldse.¹¹⁴

3.15. Holland

Hollandi Kriminaalkoodeksi artiklid 137c ja 137d kohustavad karistama kavatsetud avalikku suulist, kirjalikku või graafilist solvamise eest grupi aadressil rassi, religiooni või maailmavaate, hetero- või homoseksuaalsuse, füüsilise, psühholoogilise või vaimse puude alusel (kuni üheaastane vangistus), samuti vaenu, diskrimineerimise või vägivalda õhutamise eest sellise grupi liikme vastu (kuni kaheaastane vangistus). Holokausti eitamise kohta erisäte puudub, kuid sarnaselt Ühendkuningriigiga loetakse see kaetuks viidatud koosseisudega. Seda seisukohta toetab ka praktika. Kuigi Madalmaade seadus ei käsitle rassistlikku vm vaenumotiivi raskendava asjaoluna, nõuavad prokuröride juhised selle motiivi arvestamist süüdistuse esitamisel. Nagu ka Saksamaal, Prantsusmaal, Rootsis ja Suurbritannias, toimub vihakuritegude monitooring, statistika kogumine ning süstemaatiline antisemiitlike intsidentide salvestamine on

¹¹³ K. Lasson, lk 92

¹¹⁴ Anti-Defamation League Global 100 Survey, 2013-2014

legislatsiooni kõrvalt lisatööriistaks vihakuritegude võitlemisel.¹¹⁵

3.16. Šveits

Kui jaotada holokausti eitamise provisioone kahte rühma, kehtib Šveitsis, nagu ka Eestiski kavandatavas seadusemuudatuses, “genotsiid eitamise” vorm, mitte konkreetsem “holokausti eitamise” lähenemine nagu näiteks Saksamaal ja Prantsusmaal.

Šveitsis keelab kohaliku karistusseaduse § 261 bisavaliku diskrimineerimise või vaenu õhutamise, alavääristava või mustava ideoloogia propageerimise, vaenava propaganda levitamise, vääriskust alandava solvamise, sh grupivastase kuriteo õigustamise kaudu, ja diskrimineerimise isiku või grupi vastu rassi või etnilise kuuluvuse alusel ning see on karistatav trahvi või kuni kolmeaastase vangistusega. Religiooni alusel diskrimineerimine ja solvamine (§ 261) on karistatav trahviga. Säte pärineb algkujul 1934. aastast, kui see võeti vastu, et keelata juutidevastast vihakõnet, sinnahulka süüdistusi rituaalmõrvades. Täiendusi on sättesse tehtud 1995. aastal.¹¹⁶

3.17. Soome

Rikoslaki 11. ptk § 10 kohaselt on trahvi või kuni kaheaastase vangistusega karistatav sellise teabe, arvamuse või muu sõnumi avalikkusele kättesaadavaks tegemine või levitamine, millega ähvardatakse, laimatakse või solvatakse rühma rassi, nahavärvuse, sünnipära, rahvusliku või etnilise päritolu, usu või veendumuse, seksuaalsättumuse või puude alusel või muul sarnasel alusel. § 10a kohaselt on sama tegu raskemal juhul karistatav nelja kuu kuni nelja aastase vangistusega juhul, kui vaenu õhutamisega kutsutakse üles genotsiidile või selle ettevalmistamisele, kuriteole inimsuse vastu, sõjakuriteole, mõrvale või terroristlikule eluvastasele ründele või avalikku korda ja julgeolekut ilmselgelt ohustades muule tõsisele vägivallateole. 2003. aastast pärineva seadusemuudatuse järgi on vaenumotiiv karistust raskendav asjaolu. Analoogselt Rootsi ja Madalmaadega ei reguleeri Soome õigus eraldi holokausti

¹¹⁵ Legislation against antisemitism and Holocaust denial, The Coordination Forum for Countering antisemitism

¹¹⁶ L. Pech, The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (Qualified) EU-Wide Criminal Prohibition, Jean Monnet Working Paper No.10/09, Middlesex University - School of Law, lk 48

eitamist.^{117 118}

3.18. Kreeka

Kreeka kavandas, tugevalt ka oma juudi kogukonna mõju läbi, raamotsuse ülevõtmiseks seaduse eelnõu enam kui aasta, lootuses takistada neonatside partei tööd ja immigrandidele suunatud vägivalda.¹¹⁹ 2014. aastal vastu võetud seaduse artikli 3 kohaselt on karistatav kuni 3-aastase vangistuse ja kuni 5000-eurose trahviga vägivalda või viha avalik kavatsetud õhutamine grupi vastu, kui see võib ohustada avalikku korda. Kui nimetatud tegu on kaasa toonud muu kuriteo, on karistuseks kuni 5-aastane vangistus ja kahekordne trahv. Sellise teo eesmärgil loodud grupi loomine ja selles osalemine on karistatav kahe-aastase vangistusega. Artikkel 4 kohaselt on rahvusvahelise militaartribunali põhikirjas loetletud ja rahvusliku või rahvusvahelise kohtu poolt tuvastatud kuritegude õigustamine, eitamine või tühistespidamine karistatav kuni 2-aastase vangistusega.

Vihakõne üldnormi, seaduse L.927/1979 kohaselt on avalik, suuline või kirjalik, pilte kasutades või muul viisil kavatsetud potentsiaalse rassilise või rahvusliku diskrimineerimise, viha või vägivalda õhutamine karistatav trahvi või kuni 2-aastase vangistusega või mõlemaga. Sama karistus on ette nähtud ka rassistliku organisatsiooni loomise või selles osalemise eest. See-eest avalik solvavate väljendite kasutamine samade gruppide aadressil toob kaasa trahvi või kuni aastase vangistuse või mõlemad.¹²⁰ Ülaltoodud säte leiab praktikas kohaldamist paaril korral aastas.¹²¹

¹¹⁷ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

¹¹⁸ Criminal Code of the Republic of Finland. - Kättesaadav: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

¹¹⁹ Greece bans Holocaust denial, cracks down on hate speech, JTA, 10.09.2014, <http://www.jta.org/2014/09/10/news-opinion/world/greece-passes-law-banning-Holocaust-denial>

¹²⁰ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

¹²¹ Antisemitism – Summary overview of the situation in the European Union 2001-2011, European Union Agency for Fundamental Rights

3.19. Malta

Malta seadusandlus ei näe ette otsest erinormi holokausti eitamiseks, kuid viimast saab menetleda nende viha õhutamise üldnormi alusel¹²² - Karistusseadustiku 2009. aastal tehtud muudatuse kohaselt on ähvardavate, teotavate või solvavate sõnade kasutamise, käitumise, samuti kirjaliku materjali avaldamise või muude tegudega kavatsuslik rassivihale või vägivaldale kihutamine, samuti kui rassiviha või vägivald on seetõttu asjaolusid arvestades tõenäoline, § 82A alusel karistatav kuni pooleteise-aastase vanglakaristusega. Genotsiidi, inimsusevastase või sõjakuriteo avalik heakskiitmine, eitamine või oluline alatähtsustamine, kui on tõenäoline vägivaldale või vihkamisele kihutamine, samuti kui on tõenäoline avaliku korra rikkumine või kui tegu on ähvardav, teotav või solvav, on § 82B põhjal karistatav kuni kaheaastase vangistusega. Nimetatud sätted on üle võetud raamotsusest.¹²³

3.20. Taani

Taani oli üks riikidest, lisaks Suurbritanniale ja Itaaliale, kes ei nõustunud 2007. aastal alles kavandamisjärgus oleva rassismi- ja ksenofoobia raamotsusega nr 2008/913/JSK. 2006. aastal jõustus Taani karistusseadustikus § 140, mille kohaselt legaalselt tegutseva religioosse kogukonna õpetuste või riituste avalik naeruvääristamine on karistatav kuni neljakuuse vangistusega. Juba varem on § 266b kohaselt seisukoha või info avalik või levitamise eesmärgiga väljendamine, mille alusel gruppi ähvardatakse, põlatakse või alandatakse rassi, nahavärvuse, rahvusliku või etnilise päritolu, usu või seksuaalsättumuse alusel, karistatav trahvi või kuni kahe aasta pikkuse vangistusega. Kui tegemist on propagandaga, on see raskendav asjaolu. Taanis puudub holokaustieitamise alane eriregulatsioon, mistõttu on Taanit nimetatud ka rahvusvaheliseks distributatsioonikeskuseks holokausti eitamist puudutavale lektüürile.¹²⁴

Taani karistusseadus kohustab karistuse määramisel arvestama kuriteo raskusega ning praktikas on selle sätte alusel arvestatud vihakuritegude motiivi.

¹²² L. Pech, *Op. cit.*, lk 8

¹²³ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

¹²⁴ S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, ABC-CLIO, 2009, lk 135

3.21. Sloveenia

2008. aasta seadusemuudatuse alusel on etnilise, rassilise, religioosse või muu viha, vaenulikkuse või sallimatuse provotseerimine või samuti muu ebavõrdsuse, mis põhineb füüsilistel või vaimsetel puuetel või seksuaalsel sättumusel, provotseerimine karistatav kuni kaheaastase vangistusega. Samamoodi on karistatav ühe rassi ülimuslikkuse ideede avalik levitamine, rassistliku tegevuse toetamine või genotsiidi, holokausti, inimsusevastaste või sõjakuritegude, agressiooni või muude inimsuse vastu suunatud kuritegude eitamine, alatähtsustamine, heakskiitmine, nendega mitte arvestamine, nende üle nalja tegemine või nende õigustamine (§ 297). Kuigi seadusemuudatus on vastu võetud enne raamotsust, on siiski tunda raamotsuse mõju seadusemuudatusele.¹²⁵

Alates 2011. aastast on Sloveenia ka International Holocaust Remembrance Alliance liige,¹²⁶ kuigi varasemalt on levinud arvamus, et kuna Sloveenias on väike juudi kogukond, siis sealsel pinnal holokausti justkui ei toimunud ning ka juudivaenulikkus ei ole probleemiks.

Hiljutised uuringud lükkavad selle arvamuse paraku ümber – Sloveenia on antisemiitlike veendumuste poolest Euroopa keskmes.¹²⁷

3.22. Hispaania

Hispaania Karistusseaduse § 510 alusel on alates 1995. aastast ette nähtud kuni kolmeaastane vangistus diskrimineerimise, viha või vägivalda õhutamise eest grupi või ühenduse vastu rassistlikul, antisemiitlikul, ideoloogilisel, religioosel või usulisel motiivil, perekonnaseisu, etnilise või rassilise kuuluvuse, rahvusliku päritolu, soo või seksuaalse sättumuse, haiguse või puude alusel. Nimetatud seadustiku § 607 sätestas kuni 2007. aastani maksimaalselt kaheaastase vangistuse genotsiidi eitavate või õigustavate ideede või teooriate levitamise eest, mis püüavad rehabiliteerida genotsiidi toimepanemist. 2007. aasta konstitutsioonikohtu lahendiga arvati kuritegude eitamise eest karistamine põhiseadusega vastuolus olevaks põhjendamatu

¹²⁵ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

¹²⁶ IHRA, Holocaust Remembrance and Research, Slovenia, <https://www.Holocaustremembrance.com/member-countries/Holocaust-education-remembrance-and-research-slovenia>

¹²⁷ J-P. Himka, J. B. Michlic, *Bringing the Dark Past to Light: The Reception of the Holocaust in Postcommunist Europe*, University of Nebraska Press, 2013, lk 591

sõnavabaduse riive tõttu; muus osas jäi koosseis kehtima. Kohtu põhjendustest selgub, et otsuse põhjuseks oli koosseisus subjektiivse külje asjaolude ja teiste kitsendavate tunnuste puudumine. Sarnaseks näiteks on ka Slovakkia, kus holokausti eitamist kriminaliseeriv säte kehtis kuni 2005. aastani. Sama lahendiga leidis Hispaania Konstitutsioonikohus, et ainuüksi genotsiidi eitamine ei ole üleskutse vägivallale.¹²⁸

Subjektiivsed arvamused ajaloosündmuste kohta peavad jääma lubatuks, nagu ka seisukohad ja väited natside ja kontsentratsioonilaagrite teemal; seevastu rassistlikud ja vaenulikud väited või kampaaniad, teadlikult naeruvääristava või diskrimineeriva eesmärgiga ajaloo hinnangud ning otsene vihale kihutamine on keelatud. 2011. aasta juulis leidis Hispaania ülemkohus, et neonatsliku ideoloogia levitamine juhul, kui vaenu õhutamise ohtu ei esine vaenulikku õhkkonda ei looda, on lubatud. Raskendavaks asjaoluks on Hispaania õiguses vihamotiiv.¹²⁹

¹²⁸ Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, 07.11.

¹²⁹ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

4. Holokausti eitamine kriminaliseerimine 06.07.2012 Karistusseadustiku muutmise seaduse eelnõu valguses

2001. aastal, kui Euroopa Komisjon rassismi ja ksenofoobiaga võitlemise raamotsuse esialgse kavandi välja pakkus, olid vähestel EL liikmesriikidel seadused keelustamaks sõnaselgelt genotsiidikuritegude eitamist – kümnel kahekümne seitsmest¹³⁰. Mitmete riikide seadusandlus ei näinud küll ette karistust spetsiifiliselt genotsiidikuritegude eitamise eest, ent liikmesriigid olid siiski nõus nimetatud teo karistatavusega vihakõne sätete alusel.

Vihakuriteona (*hate crime, bias-motivated crime*) on käsitletavat kuriteod, mille objektiks on isiku või isikute grupi sotsiaalne kuuluvus - usuline, etniline, sooline, seksuaalne jt. Vihakõne on seejuures vihakuriteo osa – vaenu õhutav suuline või kirjalik tekst, mis puudutab ülaltoodud sotsiaalseid gruppe, seejuures tuleb tähele panna, et kriminaliseeritud on nii ülaltoodu kui ka täpsemalt teatud kuritegude õigustamine või eitamine, millele keskendub käesolev magistr töö, ainult juhul, kui eelmainitu kätkeb vaenu õhutavat iseloomu – üleskutset inimrühmavastasele vägivaldale. Mõistagi on võimatu anda vihakõnele ammendavat standarddefinitsiooni. Vihakõne puhul satuvad konflikti kaks põhiõigust – võrdsus, muuhulgas õigus olla kaitstud diskrimineerimise eest ning väljendusvabadus. Termin “vihakõne” ei tulnud õigusteadusse kergelt – esimest korda leidis see Euroopa Inimõiguste Kohtu poolt äramainimist alles 1999. aastal, ent deifinitsiooni sellega ei kaasnenud.¹³¹

Neonatside karistamise pooldajad, rassistid ning holokausti eitajad on avaldanud arvamust, et genotsiidikuritegude eitamist või alatähtsustamist puudutav jääk seadusandlus on vajalik natsismikuritegude taasesinemise ärahoidmiseks, mis, sõjaeelse Saksamaa näitel, kipuvad tunduma atraktiivsed just kõrge sotsiaalse rahuololematuse ja töötusega riikides elavatele isikutele.¹³² Selle lähenemise kohaselt võiks justkui ka Eestis holokausti sõnaselge eitamise kriminaliseerimine tunduda päevakohane, kuigi holokausti eitamine ei ole kunagi olnud massiline liikumine ega hakka olema ka tulevikus. Sellegipoolest, vaadates 2013-2014. aastal tehtud

¹³⁰ Aastal 2001 olid nendeks kümneks riigiks Austria, Belgia, Tšehhi Vabariik, Prantsusmaa, Saksamaa, Leedu, Poola, Rumeenia, Slovakkia ja Hispaania

¹³¹ T. McGonagle, *International and European Legal Standards for Combating Racist Expression: Selected Current Conundrums*, The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression, Strasbourg, 16-17 November 2006, 2007, lk 42-44

¹³² M. J. Bazyley, *Op. cit.* lk 13

ülemaaailmset antisemiitlike ilmingute esinemise uuringut, esines 22% Eesti elanikkonnast ehk ca. 230000 inimest antisemiitlike avaldustega, leides näiteks, et juudid räägivad siiani liiga palju holokaustist või et juute vihatakse nende käitumise tõttu. Siiski märkis ainult 4%, et ei ole holokaustist kuulnud. Saksamaal oli selleks protsendiks 7 ning näiteks Prantsusmaal 12. Täielikult ei eitanud Eestis holokausti juhtumist ükski vastanutest, kui lausa 24% leidis, et ajaloolised pakuvad holokaustis hukkunute arvu üle. Sarnaselt arvas Saksamaal 11% ning Prantsusmaal, Eestist oluliselt kõrgema antisemiitliku taustaga riigis, vastavalt 24% ning täielikult eitas holokausti toimumist 2% elanikkonnast.¹³³

Pärast seitsmeaastast emotsionaalset debatti ja totaalselt erineva õiguskultuuriga riikide ühise lähenemise otsinguid EL seadusandlusele, mis kaitseks kodanikke rassismi ja vihakuritegude eest, kaitstes samaaegselt ka sõnavabadust, valmis lõppeks raamotsusest nr 2008/913/JSK.

Sellest jäi esialgu kõlama ametliku tõlkena esitatud sõnastus (rühma vastu suunatud kuritegude) “mitteoluliseks tunnistamine”, ent õiguskantsleri büroo juhtis tähelepanu selle ebatäpsusele. On oluline läheneda kavandatava eelnõu tekstile muuhulgas ka grammatilise tõlgendamise abil, seletades planeeritava õigusakti sõnastust keeleliselt ning pannes paika sõnade ja lausete tähenduse. Pakuti välja ka termin “äärmuslik labastamine” - *gross trivialisation*, kuid ka selle mõiste täpse sisustamise kallal käib veel töö, hetkel ei ole päris selge, mil moel käib labastamise vormide õiguslik hinnang. Trivialiseerimise sisuliseks näiteks võiks ehk tuua 1980. aastate lõpus ning 1990. aastate alguses aset leidnud Jean-Marie Le Pen'i Prantsuse raadiosaates esitatud remargi selle kohta, kuidas gaasikambrid on vaid “ajalooliseks detailiks”.¹³⁴

06.07.2012 Karistusseadustiku muutmise seaduseelnõu väljatöötamisprotsess algas juba 2009. aastast, pärast 2008. aastal valminud raamotsuse nr 2008/913/JSK vastu võtmist, seejuures aastast 2014 on nimetatud raamotsus käsitletav direktiivina, mis omakorda tähendab Eesti riigile sanktsioone selle mitte sisse viimisel. Paraku ei ole käesoleval hetkel võimalik loobuda raamotsuse sisseviimisest, sest rahvusvahelised kohustused on täitmiseks, ent on võimalik valida sisseviimiseks sobiv viis. Kõige vähem sekkuvama lahendusena oleks deklareerida, et rühma vastu suunatud kuritegude eitamine on meie seadusandluses vaenu õhutamise juba kaetud, ent siis jääb küsimärgi alla raamotsuse nr 2008/913/JSK siseriiklikku õigusesse sisseviimise korrektsus. Eelnõu raames peab kriminaliseeritud eitamise näol tegemist olema kuritegeliku eitamisega. Eelnõu sõnastus ei ole küll veel lõplik, kuid kavandatava muutuse näol lisanduks

¹³³ Anti-Defamation League Global 100 Survey, 2013-2014

¹³⁴ Le Pen to Be Sued over Gas Chamber Statements, European Jewish Press, November 30, 2005

KarSi § 151¹ -

Rühma vastu suunatud kuriteo õigustamine

(1) Rahvusvahelise või Eesti kohtu lõpliku otsusega tuvastatud agressiooni, genotsiidikuriteo, inimsusevastase kuriteo või sõjakuriteo ähvardaval viisil avaliku õigustamise, eitamise või mitteoluliseks tunnistamise eest, kui sellega on põhjustatud kodakondsuse, rahvuse, rassi, kehalise tunnuse, terviseseisundi, soo, keele, päritolu, usutunnistuse, seksuaalse sättumuse, poliitiliste veendumuste või varalise või sotsiaalse seisundi alusel määratletud isikute rühma või rühma liikme vastase vihkamise, vägivalla või diskrimineerimise oht, –

karistatakse rahalise karistuse või kuni kolmeaastase vangistusega.

(2) Sama teo eest, kui selle on toime pannud juriidiline isik, –

karistatakse rahalise karistusega.

Kuna õiguse rakendamine algab teadagi alati eluliste asjaolude võrdlemisest õigusnormi abstraktse faktilise koosseisuga¹³⁵, tuleb menetlejal kõnealuse kuriteo puhul tuvastada järgmist:

- a) Eesti või rahvusvahelise kohtu lõplik otsus,
- b) millega on tuvastatud toimepandud kuritegu,
- c) seda kuritegu subjekt eitab, õigustab või alatähtsustab
- d) avalikult
- e) ähvardaval viisil ning
- f) sellega on põhjustatud oht vihkamisele, vägivallale või diskrimineerimisele
- h) määratletud rühma või selle liikme vastu.¹³⁶

Kavandatava seadusemuudatuse valguses ei oleks kohtu ülesandeks hinnata mõiste “genotsiid” asjakohasust, sest viimast on teinud rahvusvahelised kohtud.

Nii Riigikogu heaks kiidetud kriminaalpoliitika arengusuunda aastani 2010 kui ka hilisemad, 2018. aastani plaanitud kriminaalpoliitika arengusuunad rõhutavad ühte ja sama põhimõtet - uute tegude kriminaliseerimisele peab eelnema sellise otsuse sotsiaalse ja majandusliku ning muu mõju hindamine teadusuuringute alusel. Arengusuundades nenditakse ka, et süütegusid ei ole võimalik vältida või märgatavalt vähendada üksikabinõusid rakendades ning üksnes kriminaal-justiitsüsteemi või riigivõimu abil.¹³⁷

Üldises plaanis võib riikidel olla mitmeid õigustusi holokausti eitamise kriminaliseerimiseks –

¹³⁵ R. Narits, *Õiguse entsüklopeedia*. Tallinn: Juura 2004, lk 140.

¹³⁶ Justiitsministeerium, *Op. cit.*

¹³⁷ K. Siitam-Nyiri. Karistusõiguse areng revisjonist Euroopa Liidu ühtse karistusõiguseeni, *Juridica* 8/2014, lk 1

see moonutab tõde, solvab holokausti üleelanuid, toodab ühiskonnas juudivastasust ning veel mitmeid teisi põhjusi. Praktikast nähtub aga, et kriminaliseeritakse selliseid vihakuritegusid, mis häbistavad, ohustavad või solvavad riiki ennast. Nõnda näevad näiteks nii Prantsusmaa kui Saksamaa, kus holokausti eitajaid on, võrreldes muu Euroopa ja ka Ameerika Ühendriikidega, kord rohkem, holokausti eitamist üleriigilise häbipleki ja ohumärgina, probleemina, millega tuleb süstemaatiliselt tegelda, vastasel juhul võivad sündida kahtlused selle kohta, kas Saksamaa on ikka oma natsliku mineviku seljataha jätnud ning Prantsusmaa vältis või soosis SS-vägede okupatsiooni. Selline lähenemine survestab aga õigussüsteemi holokausti eitajaid karistama viisil, mis diskrediteeriks üheselt nende vaateid.¹³⁸

4.1. Normi struktuur

4.1.1. Koosseisu ülesehitus

Eriosa normi struktuur on karistusõigusnormi struktuuri positsioonist kolossaalse praktilise kaaluga, sest struktuuri mõistmisest sõltub normi õige kohaldamine.¹³⁹

Esimesena tuleks kavandatava seadusemuudatuse raames läheneda normi üldisele ülesehitusele sisulise poole pealt, püüdes mõista, mis tüüpi süüteokoosseisu seadusandja antud juhul kasutada plaanib.

Objektiivne koosseis on siinkohal, lihtsamalt öeldes, täidetav avaliku eitamisega. Alatähtustamine on aga umbmäärane mõiste, mille sisustamisel lähtutakse kvantitatiivsest määrast. Tähelepanu väärib asjaolu, et objektiivne koosseis ei eelda diskrimineerimise, vihkamise või vägivalda esinemist, vaid ainuüksi ohtu, niisiis võib antud süüteokoosseisutüübi liigitada alternatiiv-aktiivse abstraktse ohudelikti alla.

Ei ole võimatu, et faktiliselt toob teodelikt kaasa kahjuliku tagajärje, kuid see tuleb igal konkreetsel juhul tuvastada, seejärel kahju kohtuotsuses ära näidata ning süüdlaselt välja

¹³⁸ R. Kahn, *Op. cit.* lk 2

¹³⁹ J. Sootak, *Õpetus Karistusseadusest*, lk 21

mõista.¹⁴⁰ Ohu määratlemine on antud koosseisu juures murekohaks, sest oht kui selline on juba väga deskriptiivne tunnus. Kui vägivalla tekkimise ohu hindamine valmistab ehk vähem raskusi, siis näiteks diskrimineerimise või vihkamise ohu kindlaks tegemine võib praktikas osutuda äärmiselt keerukaks. Kas isik või isikute grupp tunneb end mingis olukorras diskrimineerituna või vihatavana, on paljuski kinni konkreetse isiku või isikute rühma veendumustes ja sättumustes. Faktiväidet on küll objektiivselt võttes võimalik tõendite olemasolul ümber lükata või kinnitada, nii ka diskrimineerimise puhul, leides tõendusmaterjali ebavõrdsest kohtlemisest, kuid näiteks vihkamise ohu tekkimine on mõneti intuiitivsete hinnangute küsimus.

Diskrimineerimise väljaselgitamise osas on psühholoog Gordon Allport 1954. aastal välja töötanud skaala, milles kirjeldab eelarvamuse ja diskrimineerimise protsessi astmeid. Allporti skaala kaudu on muu hulgas võimalik karistusõiguslikult paigutada ritta vihakuriteod ja muud seotud kuriteod, et teha kindlaks nende raskust, ohtlikkust ja mõistlikku karistusmäära.¹⁴¹ Rait Maruste kohaselt tuleb diskrimineerimisest kõneldes kõigepealt selgitada välja ebavõrdse kohtlemise esinemine, püstitades seejuures küsimuse, kelle või millega võrreldes. Selle kaudu leitakse võrreldav alus ning edaspidi, kas on olemas objektiivsed ja mõistlikud õigustused diferentseeritud kohtlemiseks. Nende tuvastamatuse puhul on ilmselt tegu diskrimineerimisega, kuid mõistagi tuleb arvesse võtta ka riive kaalukust ning toimet ohvrile.¹⁴²

Nii nagu enamik süüteoosseise, on ka kõnealune tegevusdelikt ning eeldab tegevust ehk aktiivset käitumist, mitte tegevusetust. Ähvardaval viisil tegevusetusega eitamine ei ole tõenäoliselt realselt võimalik.

Karistusõigusnorm ei loo materiaalselt õigusvastasust, ta leiab selle eest ja kriminaliseerib. Materiaalne karistusõigus paneb paika teo karistatavuse eeldused ehk üldosa ja näeb ette, millised konkreetsed teod on süüteod – eriosa. Ilma materiaalsoiguse kui aluseta ei ole protsessil ega täitevõigusel mõtet. Kuivõrd eriosa normide rakendamine sõltub suurel määral üldosast, peab üldosa olema see, mis tagab eriosa realiseerumisel vajaliku kriminaalpoliitilise paindlikkuse ja filosoofilise põhjendatuse. Üldosa on see vahendaja, mis kindlustab eriosas antud õigushüvede kaitse süsteemile sellise paindlikkuse ja aluse kas või sel teel, et tagab karistuspraktika seose

¹⁴⁰ RK 3-1-1-16-02

¹⁴¹ B. Mullen. *Leader, T. Linguistic factors: Antilocution, ethnophaulisms, ethnonyms, and other varieties of hate speech.* Wiley/Blackwell, 2005, lk 192

¹⁴² R. Maruste., *Op. cit.*, lk 280

karistusteooriatega.¹⁴³ K. Binding'i normiteooria kohaselt näeme, et õigusvastasuse küsimus tuleb lahendada väljaspool karistusõigust, kogu õigussüsteemis kehtivate normide taustal.

Karistusseadus kui Riigikogu poolt vastu võetud normatiivakt näeb ette tegude karistatavust süütegudena ja karistusi nende tegude eest. Karistusseadusena peab lisaks Karistusseaduslikule nägema ka muid õigusnorme, mis vastavad kahele tunnusele – kirjeldavad karistatavat tegu (dispositsioon kui süüteokoosseis) ning näeb ette karistuse selle eest (sanktsioon). Iga koosseis kirjeldab taunitavust ehk ebaõigust, millel on nii karistusõiguslik kui ühiskondlik tähendus, ilma selleta ei saa seadusandja tegu süüteokoosseisuna kirjeldada, ent käitumise taunitavus *per se* ei võrdu veel käitumise õigusvastasusega.¹⁴⁴

Kõnealuse eelnõu seletuskirjas puudub põhjalikum analüüs selle kohta, mil moel menetluslikult ülalmainitud koosseisuelementide tuvastamine praktikas välja näeks. Selge on see, et õiguskaitseorganid peavad igal eraldi juhtumil otsustama, kas on ületatud tavapärased euroopaliku ühiskonna taluvuse piirid eneseväljenduse suhtes, mis juba eos tundub problemaatilise teena.

KarS paragrahvi 151, tasub mainida, rakendatakse väga vähe – aastal 2011 karistati Politsei- ja Piirivalveameti statistika kohaselt selle paragrahvi alusel vaid ühel korral ning aastal 2010 mitte kordagi.¹⁴⁵ Tegemist on praktiliselt kohaldamist mitteleidva sättega, mille kohta pole seetõttu ka kohtupraktikat. Kitsendava tingimusena näeb § 151 ette avaliku tegevuse ja veelgi kitsendavama tingimusena selle, et on põhjustatud oht - kausaalne seos selle teo ja isiku elule ja tervisele tekkinud ohu vahel. See on ka põhjus, miks seda väärteokoosseisu ei peeta võimalikuks kohaldada, sest piisavat seost üleskutse ja isiku elu kallale minemise vahel ei leita.

Kuriteona karistatav on see aga ainult sellisel juhul, kui sama teoga on põhjustatud inimese surm või tekitatud tervisekahjustusi. Menetleja jaoks on siinkohal lihtsam rakendada KarSi tapmise koosseisu, sest selle kaudu saab asjaolulisid tuvastades hõlpsamini ka süüdistuse kokku ning § 151 ei osutu taas aktuaalseks. Lihtsamatel juhtudel võib olla tegemist avaliku korra rikkumisega, mis ei nõua nii tõsist pingutust eelmainitud asjaolude tuvastamisel. Selline sätete rohkus, kui mitte öelda ülekriminaliseerimine, toob kaasa ebahühtlase kohtupraktika ja isikute ebavõrdse

¹⁴³ J. Sootak, Õpetus Karistusseadusest, Tallinn, 2002. lk 14-15

¹⁴⁴ J. Sootak, Õigusvastasus. Süü. *Op. cit.*, lk 12

¹⁴⁵ 250 SEI – Karistusseadustiku muutmise seaduse eelnõu seletuskiri, 12.07.2012, lk 4

kohtlemise, lisaks võib põhjustada ka isikute ja õiguste ülemäärast riivet, tuua kaasa karistuste devalveerumist ning isegi kuritegevuse kasvu.¹⁴⁶

KarS § 151 pärineb aastast 2006, enne seda oli olukord mõnevõrra lihtsam. Nii kriminaalkoodeksi viimane redaktsioon, karistusseadustiku 1. redaktsioon kui ka selle muudetud versioon, kus oli kolmeaastane vangistus asendatud väärteokaristusega, ei näinud need ette ohu põhjustamist, vaid karistatava ala määr oli oluliselt laiem kui praegu, võrreldav sellega, mis praegu kasutusel Euroopa riikides. Omtigi ei leidunud praktikas juhtumeid, kus seda sätet oleks kuritarvitatud selle laia olemuse tõttu, seega põhjendus, et taoline kitsas kaitseala on kuritarvituste ärahoidmiseks, ei näi reaalselt kuigi põhjendatud.¹⁴⁷ KarS § 151 sõnastusest on kaotatud reaalse tagajärje tekkimine, mis esines veel 2006. aasta redaktsioonis. Piisab sellest, kui tegu on tehtud, tagajärje realiseerumist ei ole vaja koosseisu täitmiseks oodata.

Subjektiivsete tunnuste poolest piisab kavandatava süüteokoosseisu realiseerimiseks, kui isik on toime pannud teo vähemalt kaudse tahtlusega, näiteks viisil, kus eitamine on esitatud nii, et selle avalikkuse aspekt ei ole kindlalt ette nähtav, kuid süüdlane pidas seda võimalikuks. Süütegu on lõpule viidud hetkel, mil toimepanija on teinud kõik temast oleneva süüteokoosseisule vastava eitamise jõudmiseks avalikkuseni ja ohu tekkimise võimalikkuseks. Ka teo lõpuleviimise seisukohalt ei ole tähtis, kas kahjulik tagajärg saabus või mitte.¹⁴⁸

Tekib õigustatud küsimus, kas ning milleks oleks Karistusseadustikku vaja lisada sätet, millele praktilist vajadust ega rakendust ei ole. Nimetatud seadusemuudatuse praktilist vajadust on k Justitiisministeerium korduvalt maininud, kuid seadusliku võimu teostamise eesmärk peaks olema kooskõlas avaliku huviga, mis rühma vastu suunatud kuriteo eitamise kriminaliseerimise osas paistab puuduvat. Olukorras, kus rühma vastu suunatud kuriteo eitamine mõjuks vaenu õhutamiseks või ohustaks isiku(te) elu, oleks rakendatav KarS § 151, mis küll ei sätesta nii kõrget karistusmäära kui kavandatav KarSi muudatus, ent selliste süütegude puhul ei ole vangistus ka alati tõhusaim meede.

T. McGonagle kohaselt on holokausti eitamine *sui generis* vaenu õhutamine. 1980. aastatel, kui tegutses veel Euroopa Inimõiguste Komisjon, esitati mõneaastase vahega mitu kaebust, mis

¹⁴⁶ T. Reinthal, Karistusõiguse suund – ülekriminaliseerimine? – Juridica 2010/10, lk 740–750

¹⁴⁷ Justitiisministeerium, Vaenu õhutamise ümarlaud 21.11.2012, protokoll.

¹⁴⁸ KarS kommenteeritud väljaanne, Tehver, § 151, komm. 8-9, lk 433, 2009

vaidlustasid holokausti eitavatele avaldustele seatud piiranguid. Muuhulgas taotles kodanik Kühnen¹⁴⁹ Saksamaal keelu all oleva natsionaalsotsialistliku partei (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) taasasutamist. Komisjon kohtles sellesisulist väljendust absoluutselt vale arvamusena ning EIÕK konv artikli 10 kaitse alt väljas olevana. Hilisemates lahendites on EIÕK olnud komisjoniga sama meelt ning taas kord pidanud asjas *Lehideux ja Isorni vs. Prantsusmaa*¹⁵⁰ kaitset mitte väärivaks holokausti kui tõese ajaloolise fakti ümberlükkamist, isegi kui see soodustab teatud diskussiooni.¹⁵¹

Vastuolu tekitab aga Euroopa Parlamendi 2. aprilli 2009. aasta resolutsioon Euroopa südametunnistuse ja totalitarismi kohta, mille preambul selgitab, et ajaloolisi fakte ei ole võimalik täiesti objektiivselt tõlgendada ning ajalooliste faktide ametlikke poliitilisi tõlgendusi ei tohiks kehtestada parlamentide enamusotsustega ning parlament ei saa anda seadusi mineviku tõlgendamise kohta.¹⁵²

Samastades holokausti eitamist vaenu õhutamise, puudub pealtnäha üha enam vajadus rühma vastu suunatud kuriteo eitamise kriminaliseerimiseks, sest, nagu välja tuleb, võiks see, vaatamata *nullum crimeni* ühele osale, analoogia rakendamise keelule, olla KarSi paragrahviga 151 juba kaetud. On vaieldav, kas sellisel juhul on saavutatud kooskõla määratletuse nõudega.

Motoorne rahutus KarSi selle justkui täiendamise raames väga lühikeste ajavahemike tagant muuta on esimese asjana küll seletatav just analoogia kohaldamise keeluga karistusõiguses, kuid lähemal vaatlusel koorub välja tõsiasi, et arvestataval hulgal juhtumitest puudub analoogia rakendamiseks tarvidus, sest koosseis on juba olemasoleva koosseisuga kaetud.

Töö autor ei leia, et Eestis oleks tarvis sõnaselgelt riiklikul tasandil väljendada seadusandja antipaatiat holokausti eitamise osas, vaid oluline on just rahumeelse kliima säilitamine ning seaduslikult tasandil signaali saatmine selle kohta, et on taunitav diskrimineerimine ja vaenu õhutamine üleüldse, mitte tingimata eelmainitud süütegude kinnise registri loomine. Mõistagi on seadusandja ülesandeks kehtestada mingidki minimaalsed piirid. Bosnia ja Hertsegoviina parlamendis ei viinud läbirääkimised holokausti eitamise kriminaliseerimise osas seaduse vastuvõtmiseni 2009. aastal, sest leiti, et selline regulatsioon tooks kaasa vaenulikkust ning

¹⁴⁹ EIK 12.05.1988, 12194/86 (*Kühnen v. Germany*).

¹⁵⁰ EIK 23.09.1998, 24662/94 (*Lehideux and Isorni v. France*).

¹⁵¹ K. Žurakovskaja. Liberaalsete väljendusvabaduse kontseptsioonide juriidiline teostamine. *Juridica VIII/2007*, lk 555-556.

¹⁵² Euroopa Liidu Parlamendi 02.04.2009 resolutsioon Euroopa südametunnistuse ja totalitarismi kohta. - ELT C 137 E, 27.05.2010, lk 25 – 28.

erimeelsusi ühiskonnas. ¹⁵³ Bosnia ja Hertsegoviina näide ilmestab, et holokausti eitamise kriminaliseerimine kui selline võib seadusandja silmis viha õhutamisenä mõjutada.

Holokausti eitamise kriminaliseerimise puhul ei saa muidugi tähelepanuta jätta fakti, et tegemist ongi äärmiselt poliitilise küljega seadusandlusest, mida samas ei saa ka täielikult karistusõigusest lahutada.

4.1.2. Avalikkuse mõiste

Avades avalikkuse mõistet tuleb märkida, et laias tõlgenduses on avalik see, mis jääb isiku koduseintest väljapoole. Seadusandja tahe ei saanud siinkohal olla inkrimineerida isikuid nende mõtete või ideede eest, mida nad ähvardaval viisil üldsusega ei jaga. Avalikkuse aspekti näol on tõenäoliselt mõeldud avalikku, kõigile olenemata soost, vanusest ja muudest omadustest piiranguteta ligipääsetavat ruumi, tänapäeval muuhulgas ka internetti. EIK on väljendanud sõnaselgelt, et avaliku ruumi kasutamist ideede levitamiseks võib piirata ning rõhutanud põhimõtet, mille kohaselt isikud ei saa eeldada avaliku ruumi piiranguteta kasutamise võimalust oma ideede levitamiseks.¹⁵⁴

Ohu tekitamine peab antud koosseisu puhul olema avalikkusele kättesaadavaks tehtud trükitud teksti, ringhäälingu (televisiooni, raadio) vahendusel levitatava või avalikus kohas esitatud suulise teate, aga samuti ka üldkasutatavas arvutivõrgus suulise või kirjaliku tekstina.¹⁵⁵ Internetis ilmnevad küll avalikkuse mõistele teatavad piirangud – ilmselt rangelt isiklikus ning ainult piiratud vaatajaskonnaga sotsiaalvõrgustikus jagatav materjal avalik ei ole, ka juhul, kui keegi kolmas postitab selle omakorda avalikku internetiruumi, sest esialgse postitaja tahtlus ei olnud konkreetset infot loendamatu isikute hulgaga jagada. Ent kas või madala, üksikute külastuskordadega kodulehel olev info läheb siiski avalikkusena kirja, sest sealt liikuva infovoolu ning vaatamiste-jagamiste arvu on juba võimatu kontrollida või takistada.

Kui KarS § 151 puhul on oluline, et avaliku üleskutsumisega ei väljendata lihtsalt oma meelestatust mingi sotsiaalse grupi vastu, vaid edastatav sõnum peab olema ka teistes inimestes vihkamist üleskutsuv, siis võimaliku § 151¹ näol ei oleks üleskutsumise poolt vaja eraldi

¹⁵³ D. Dzidic, Bosnia's Ethnic Tensions Delay Holocaust Denial Law. Balkan Investigative Reporting Network, 2009

¹⁵⁴ EIK 16354/06, 13.07.2012

¹⁵⁵ KarS kommenteeritud väljaanne, Tehver, § 151, komm. 3, lk 432

tõendada, kuigi teo ohtlikkus seisneb, nii nagu ka § 151 puhul, muuhulgas ka viha levimise võimaluses, mis omakorda võib kahjustada juba teisi õigushüvesid.¹⁵⁶

Sobivaks näiteks võib siinkohal tuua Riigikogu liikme Jaak Madisoni blogipostituste juhtumi. Madison kiitis oma tol ajal avalikus poliitteenmalises ajaveebis natsismi ja fašismi ning vaatamata asjaolule, et praeguseks on nimetatud leht kinnise ligipääsuga, on info ja Madisoni arvamused avalikult natsionaalsotsialistliku režiimi hea mõju kohta vabalt arvutivõrgust leitavad.¹⁵⁷ Kuna teo objektiivsete tunnuste hindamisel tuleb silmas pidada ka konteksti, siis näiteks ei saaks lugeda holokausti eitajaks ajakirjanikku, kes Madisoni juhtumit kajastab või kedagi, kelle esitatud tekstist võib välja lugeda sarkasmi esitatava pihta.¹⁵⁸

Juhul, kui kavandatud KarSi muudatus oleks juba ellu viidud, oleks tõenäoliselt võimalik selliste blogipostituste koosseisu mahtumine. On võimalus, et holokausti eitamise kriminaliseerimisega ning seejärel vastavate sätete kohaldamisega toimub vastupidine efekt soovitud – kuna sellised juhtumid leiaks meedias laialdast kasutust, kasutaks holokausti eitajad neid platvormina enda ideed propageerimiseks ning omakorda läbi selle antisemitismi levitamiseks.

4.1.3. Ohu määratlemine

Välja pakutud seadusemuudatuses on kvalifitseerivaks tunnuseks vihkamise, vägivalla või diskrimineerimise oht kui süüteo koosseisu objektiivne tunnus. Seadusandja ei oota kahjuliku tagajärje saabumist, vaid sekkub juba põhjuslikku ahelasse. Juba ohtu käsitletakse tagajärjena ning seega ei seisne kausaalsus mitte tagajärje, vaid ohu põhjustamises.¹⁵⁹ Sootakile tuginedes seisnevad ohud ühes ohu tekitamises, ilma, et kahjustaks realselt objekti ning oht tähendab seega reaalse kahjustamise võimalikkust, konkreetsetel asjaoludel kahju saabumise tõenäolisust ning ka antud koosseisu puhul piisab selle täitmiseks ainuüksi ohu tekkimisest. Ohu piiri jooksmine ning ohu üldine kvalifikatsioon – reaalne või vahetu oht võib teatud juhtudel jääda hädaseks. Korrakaitse seaduse § 5 määratleb ohu kategooriad ning § 5 lõige 2, ütleb, et oht on

¹⁵⁶ KarS kommenteeritud väljaanne, Tehver, § 151, komm. 4, lk 432

¹⁵⁷ ERR, Riigikokku valitud Jaak Madison: natsismis ja fašismis on palju positiivset, <http://uudised.err.ee/v/eesti/69508227-10b2-4c0a-90f0-44e92cf177c6>

¹⁵⁸ RKKK 3-1-1-117-05

¹⁵⁹ J. Sootak, M. Miil, E. Kont, Eesti kriminaalõigusreform: välismaine kogemus ja edasised arenguteed, Juridica IX/1995

olukord, kus ilmnenud asjaoludele antava objektiivse hinnangu võib pidada piisavalt tõenäoliseks, et lähitulevikus leiab aset korrariikkumine.¹⁶⁰

Jaan Sootak, Einike Kont ning Mari Miil selgitavad juba ligi kaks kümnendit tagasi ilmunud teadusartiklis ohu olemust järgmiselt: “Ohu põhjustamise inkrimineerimine eeldab, et oht oleks „kusagil maailmas“ olemas ja me peaksime olema võimelised seda tunnetama. Sageli lähenetakse küsimusele naturalistlikult ning arvatakse, et ohul on mingi oma substantsiaalne eksistents nagu igal teiselgi asjal. Oht on kogemuslik mõiste ning selles mõttes seotud argiteadvusega.”¹⁶¹

Eeldusliku ohudeliktina ei nõu käesolev kavandatav norm oma struktuurilt ohu eksistentsiaalset võimalikkust, sest seadusandja on juba eos, tuginedes muuhulgas ka ühiskondlikule kogemusele otsustanud, et normis sisalduv käitumine võib ohuga tipneda.. Sestap ei eelda selline norm ka üldse kindlalt tuvastatavat ohtu. Ühiskondlikul käitumisel põhinev skeem ei pruugi aga olla piisavalt personaalne inkrimineerimise alus, seega ei saa seadusandja selliste ohudeliktidega liialt hoogu minna.

Ohustamise kriminaliseerimisel asetseb põhjuslikkuse osakaal traditsioonilisega võrreldes küll mõneti muul viisil, ent see ei tohiks kahandada süü põhimõtte olulisust. Kui koosseis võtab enda alla nii eeskirja rikkumist kui ohu loomist, siis peab süü ulatuma ka viimasele, kuid see ei ole alati kerge. Mida rohkem põhineb ohustamise konstruktsioon ühiskondlikule kogemusel, seda keerulisem on viidata konkreetse isiku süüle.¹⁶²

Vastupidi, kui vaenu õhutamine ei ole objektiivselt võimalik (näiteks Eesti olukorda arvestades Rwanda genotsiidi ohvrite vastu), ei ole kuriteokoosseis täidetud. Kui sellegipoolest on tuvastatav vaenu õhutamine kui eraldi eesmärk, tuleb Eesti mõistes kaaluda KarS § 151 kohaldatavust. Relevantseks tuleb pidada ka seda, et Eesti mõiste genotsiidi olemuses on laiem rahvusvahelises õiguses omaksvõetud mõistest.¹⁶³

4.1.4. Sanksioon

Kavandatava seaduseelnõu tekst näeb füüsilisele isikule sanktsioonina ette kuni kolmeaastast

¹⁶⁰ Korrakaitseadus, RT I, 31.12.2014, 28

¹⁶¹ J. Sootak, M. Miil, E. Kont, *Op cit.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Justiitsministeerium, Teiste riikide praktika, *Op. cit.*

vanglakaristust või rahalist karistust, mis liigitab seega sanktsiooni alternatiivsete sanktsiooniliikide hulka, andes kohtule vajalikku otsustamisruumi. Eelnõu baasiks olev raamotsus nr 2008/913/JSK jätab riigiti diskretsiooniruumi ning sätestab karistusmääraks vähemalt 1 ning maksimaalselt 3 aastat vanglakaristust, mis pole ka sunduslik. Ei ole kohustust sätestada karistusmääraks tingimata just kolme aastat vangistust, ka 1-aastane karistus oleks raamotsuse miinimumnõudega kooskõlas. Pidades silmas Eestit, tuleks võimaliku seadusemuudatuse puhul hoolikalt läbi mõelda uue regulatsiooni koht meie karistussüsteemis ning kuidas see asetub meie üldisesse karistuspoliitikasse. Hetkel kehtiva KarS § 151 sanktsiooniks on määratud rahatrahv kuni kolmsada trahviühikut või arest, kvalifitseeritud koosseisul aga rahaline karistus või kolmeaastane vangistus, juriidilisele isikule on sanktsiooniks vastavalt rahatrahv või rahaline karistus.

Seega on hetkel raamotsusega kooskõlas vaid kvalifitseeritud vaenu õhutamise koosseis, tagades raamotsuses nõutud karistuse. Selleks, et viia Eesti õigus raamotsusega kooskõlla, piisaks KarS § 151 lg 1 sanktsiooni muutmisest kuni 1-aastaseks vangistuseks, seda siis juhul, kui Eesti otsustaks minna Skandinaaviamaade ning Suurbritanniaga sama teed ja valida alternatiivne holokausti eitamise kriminaliseerimise viis, mille kohaselt oleks nimetatud eitamine juba vihakõne sätetega kaetud.

Naaberriikides Lätis, Leedus ja Soomes on sama koosseisu eest ette nähtud 2 aastat vanglakaristust.

Juriidilise isiku vastutus on samuti kavandatavas seadusemuudatuses ette nähtud – sanktsiooniks on rahaline karistus.

Kokkuvõte

Holokausti teaduslik uurimine on alaliseks poliitiliste ja ajalooliste debattide teemaks, eriti alates 1990. aastast, kus Euroopat, eriti selle idapoolset osa, tabasid mitmed poliitilised muutused. Holokaust on muutunud iseseisvaks nähtuseks rahvusvahelisel tasandil, olles siiani emotsionaalseks teemaks ning püsides paljude silmis pealtnäha lausa kõrgemal teistest inimsusevastaste kuritegude ilmingutest. Euroopa Liidu seadusandlus siiski holokausti teistest genotsiidikuritegudest kuidagi tähtsamale kohale ei aeta ning ksenofoobia ning rassismiga võitlemise raamotsus nr 2008/913/JSK käsitleb holokausti kui ühte mitmest rahvusvaliselt tunnustatud sõjakuriteost. Täielik nimekiri on jäetud lahtiseks. Euroopa õigusruumis on holokaust teistest genotsiidikuritegudest ilmselt rohkem nii ajaloolist kui poliitilist käsitlust leidnud, sestap keskendus ka antud töö just holokausti, mitte teiste genotsiidikuritegude, karistusõiguslikule eitamisele.

Lisaks toodud suurtele probleemidele tõusatus töös mitmeid väiksemaid. 2014. aastal tehtud ülemaailmsest juutluse- ja holokausti teemal olevast sotsioloogilisest küsitlusest selgus, et üllatavalt suur protsent elanikkonnast on antisemiitlike vaadetega. Holokausti täielike eitajaid oli nii Euroopas kui üldises maailmapildis vähe, kuid alatahtsustaid riigiti lausa kuni 50% küsitlusele vastanuist. Eestis püsis see protsent ligikaudu Euroopa keskmise juures – 24% protsenti vastanuist, suuremalt jaolt meessoost, leidis, et ajaloolased ja meedia on holokaustis hukkunute arvu üle paisutanud.

Pisut heideti käesolevas töös valgust teiste riikide praktikale holokausti eitamise osas. Riigiti on kolm põhilist käitumisvormi – on kas leitud, et holokausti eitamine on kaetud üldiste vihakõne sätetega ega vaja karistusõiguslikku eriregulatsiooni, on keelustatud holokausti eitamine *expressis verbis* või on keelustatud genotsiidikuritegude eitamine, toomata seaduse sättes välja sõna “holokaust”. On märgata tendentsi, et mida pehmema õiguskäsitlusega on riik holokausti eitamise osas, seda vähem leidub seal holokausti avaliku eitamisega seotud vägivallantsidente ja muid äärmuslikke antisemiitlike vaateid propageerivaid viha- või vägivallajuhtumeid. Nendes nn *soft law* riikides, näiteks Suurbritannias, Rootsis ja Hollandis, on enamasti kehtestatud ka vihakuritegude järelevalve ning monitooring. Riigid, kus holokausti eitamine on sõnaselgelt seaduse sättes välja toodud, näiteks Saksamaa ja Austria, on tugevama ajaloolise puutumusega

holokausti, kandmaks oma holokaustialase legisatsiooniga ka suuremat ajaloolis-poliitilist rolli kui riigid, kus holokaustis kannatanute arv oli väiksem või mille pinnal holokausti ei toimunud.

Riigid, kus holokausti eitamist *expressis verbis* keelustatud ei ole, on lisaks leidmisele, et holokausti eitamine on vihakõne sätetega kaetud, leidnud ka, et karistusõigus ei ole tingimata see süsteem, mis inimeste siseveendumustega väga sekkuvalt tegelema peaks. Tugeva tsiviilõigusliku traditsiooniga piirkonnad, näiteks Ameerika Ühendriigid, on leidnud võimaliku lahenduse läbi solvamisele, muuhulgas holokausti eitamisele, tsiviilõiguslike sanktsioonide sätestamise. Kui isik tunneb end kellegi tegevuse tõttu solvatuna, jääb talle võimalus pöörduda tsiviilkohtusse ja nõuda tsiviilhagi raames sobivat kompensatsiooni oma üleelamiste eest. Holokausti eitamise näol on küll tegemist teisese antisemitismiga, kuid iseasi on see, kas iga antisemiitlikku väljundit peaks kui poliitiline seisukohta, mitte kui pelgalt üksikisiku arvamus.

Natsionaalsotsialistliku Saksamaa juudivastane poliitika päädis Teise maailmasõja ajal juutide massilise hävitamisega, mille tagajärjel oli lausa mõneti loomulik teatud ekstreemse voolu tekkimine, mille kandvaks ideeks oli, et vastavaid kuritegusid pole üldse kunagi aset leidnud või on nendes kannatanute arv reaalsuses oluliselt väiksem. Suuremalt jaolt pärinesid sellised seisukohad Teise maailmasõja järel Saksamaalt ja Prantsusmaalt, kes üritasid end nende läbi ka teatud mõttes juhtunust rehabiliteerida ning distantseerida, pisendades oma rolli holokaustikuritegudes. Käesolevas töös on kolmandas peatükis kasutatud näiteid erinevatest õiguskordadest, peatudes pikemalt Austrial, Prantsusmaal, Saksamaal ja Suurbritannial kui holokaustiga tugeva ajaloolise seotusega riikidel.

Holokausti eitamise või holokausti revisionismi, nagu selle käsitluse järgijad ise end nimetada eelistavad, mõiste tuleneb veendumusest, et natsionaalsotsialistlik režiim tappis Teise maailmasõja käigus vähem juute kui näidatakse rahvusvaheliselt omaksvõetud hinnangutes, et juutide vastu suunatud genotsiidi ei ole üldse toimunud või et “juudiküsimuse lõpplahendus” oli suunatud ainult juutide küüditamisele natsliku Saksamaa piiri taha, mitte juutide tapmisele. Pakutakse ka, et juutide massimõrvamiseks ei kasutatud gaasikambreid ning koonduslaagreid. Holokausti revisionistid, vaatamata oma nimele, ei oma suurt seost ajaloolise revisionismiga.

Mida aeg edasi, seda vähemaks jääb holokausti tunnistanud inimesi ning sellevõrra on tänapäeval ka lihtsam äärmuslikke ideid reklaamida., et Interneti kättesaadavus annab tunda antisemiitlike

juhtumite esinemissagedusel, sest just 2000. aastate järel on rassistlike ja antisemiitliku loomuga kuritegude kasv Euroopas pisut kasvutendentsi näidanud, kuigi asukohalt on holokausti eitavaid seisukohti propageerivad internetilehed koondunud Ameerika Ühendriikidesse, kus selliste seisukohtade avaldamine on legaalne ning kaitstud konstitutsiooni esimese täiendusega. Ligipääs sellistel internetilehtedel asuvale infole on mõistagi kogu maailmal.

Eesti praktikat ning statistikat vaadates kohaldatakse KarSi vaenu õhutamise sätteid muidugi väga harva, kuid see on seletatav ka asjaoluga, et menetlejale on üldsätte kohaldamine erisätte kasutamisest mugavam ja teinekord ka efektiivsem. KarS § 151 asemel näiteks Kars § 118, raske tervisekahjustuse tekitamist. Viimast on lihtsam menetleda ning tõenäosus, et asi ka süüdistuseni jõuab, on suurem. Sellise käitumise eesmärk on küll õilis, kuid tekitab õiguspraktikas segadust, pärsib kohtupraktika tekkimist ning lõppeks on Karistuseseadustiku sätted kasutamiseks – selleks neid nõnda suur ja pidevalt täienev valik ongi, et kohaldada igale üksikjuhtumile vastavalt. Sätetades rühma vastu suunatud kuritegude avaliku eitamise regulatsiooni, kaoks vajadus iga üksikjuhtumi puhul printsiipide tasandil opereerides olukorda ning väljendusvabaduse riive piiramist hinnata, sest selge on see, et ühiskonnas on siiski tajutatav mõningane vajadus sõnavabadusele teatud piiride seadmisele.

2008. aastal vastuvõetud rassismi ja ksenofoobiaga võitlemise raamotsusest nr 2008/913/JSK nähtub, et karistatav peaks Euroopa Liidu liikmesriigiti olema genotsiidikuritegude eitamine, alatähtsustamine ja *gross trivialisation*. Viimase vasteks on Justiitministeeriumi töögrupp pakkunud “äärmuslikku labastamist”, kuid kindlat terminit veel leitud ei ole ning kavandavas seadusemuudatuses toodud sätte plaanitav vorm mõjub sõnastuselt pigem kohmaka ja ebaselgena. Seaduse sõnastuses ei saa muidugi sõnalise selguse tagamises teha järeleandmisi, kuid hetkel ei ole näiteks ka päriselt arusaadav, milline labastamise vorm oleks äärmuslik ja milline lubatud. Kolmest alternatiivist on just alatähtsustamine või ohutumana näitamine kõige laiavalguvama kontuuriga karistatavuse ja mittekaristatavuse osas, eitamist on menetluslikult lihtsam kindlaks teha.

Alatähtsustamise, eitamise või õigustamise kuriteokoosseisu puhul oleks kaitstavateks eelkõige kollektiivsed õigushüved - avalik rahu, kuid paralleelselt kaitseks see ka individuaalsetest õigushüvedest eelkõige inimväärikust ning võrdsust, nii nagu ka vihakõne sätete puhul. Seetõttu oleks võimalik rääkida ka üksikisikust kannatanust. Raamotsusest nr 2008/913/JSK kumab

konkreetselt läbi arusaam, et Euroopa Liidu liikmesriikide karistusseaduste ühtlustamise kõrvalt on tarvis kaitsta teatud euroopalikke ühiväärtusi, teatud poliitiline väärtussüsteem ja ideoloogia on riigis ebasoovitav ja selle avaldumisvormid on karistusväärsed, ent sellisest hea kliima aspektist kumab läbi puhtpoliitiline mõõde. Ainuüksi poliitiline eesmärk ei tohiks aga olla piisavaks õigustususeks õigusriiklikult legitimeeritud karistusähvardusele.

Asetades avaliku rahu mõiste genotsiidi avaliku eitamise konteksti ning Eesti õiguse konteksti laiemalt, ei ole üheselt näha, et selline eitamine rikuks kodanike üldist õigusrahu või avalikku rahu kui õigushüve. *Ultima ratio* põhimõttest lähtuvalt peab karistusõigus kaitsma vaid eriti raskeid rahu rikkumise juhtumeid, mistõttu avalik rahu ei saa olla peamiseks või ainsaks kaitstavaks õigushüveks, sest avalik rahu on kaudselt või vahendlikult nii ehk naa karistusõiguse ülesandeks. Holokausti eitamise kriminaliseerimise puhul muidugi ongi tegemist väga poliitilise osaga seadusandlusest, mida samas ei saa ka täielikult karistusõigusest lahutada, kuid, nagu eelnevalt öeldud, ei saa ka esimeseks eesmärgiks seada. Eelmainitu näol on tegemist selliste õigushüvede formuleeringutega, mis eksisteerivad ühiskonnas riigist eraldiseisvalt ning mis vajavad karistusõiguslikku kaitset juhul, kui teistest meetmetest nende kaitseks ei piisa.

Selget ja otsest põhjust holokausti eitamise kriminaliseerimist Eestis põhiseadusega vastuolus olevaks pidada ei näi olevat, sest erinevad õiguslikud käsitlused kõnelevad rühma vastu suunatud kuriteo puhul erinevate õigushüvede kaitsest ning tegemist on tugevalt olukorrapõhise hinnangu küsimusega. Küll aga on siiski piir õigustatud väljendusvabaduse põhiseaduslikku riive juures holokausti eitamise puhul ebaselge. Õiguskaitseorganid peavad igal eraldi juhtumil otsustama, kas on ületatud tavapärase euroopaliku ühiskonna taluvuse piirid eneseväljenduse suhtes, mis juba eos tundub problemaatilise teena.

Mitmete Euroopa riikide konstitutsioonikohtud on holokausti eitamise inkrimineerimise põhiseadusega vastuolus olevaks kuulutanud, seega oli ka antud töö üheks eesmärgiks välja selgitada, kas holokausti eitamise kriminaliseerimine Eestis oleks meie põhiseadusega kooskõlas. Esmalt on põhiseaduse vastane on ainult selline ebavõrdne kohtlemine, millel puudub kooskõla põhiseaduse sätte ning mõttega, puuduvad objektiivsed ning mõistlikud-õigustatud argumendid ja teisalt ebaproportsionaalne. Olukorras, kus ebavõrdse kohtlemise tarvis leidub objektiivne ning mõistlik põhistus ning täidetud on ka proportsionaalsuse tingimus, on tegemist põhiseaduspärase käitumisega. Mõistliku põhjenduse leidmine käib läbi tavapärase tõlgendusmeetodite ega tohiks raskusi valmistada. Paraku ei ole käesoleval hetkel võimalik loobuda raamotsuse mingilgi kujul sisseviimisest, sest rahvusvahelised kohustused on täitmiseks ning raamotsus nr 2008/913/JSK on

aastast 2014 käsitletav direktiivina, mis omakorda tähendab Eesti riigile sanktsioone selle mitte sisse viimisel, ent on võimalik valida sisseviimiseks sobiv viis. Kõige vähem sekkuvama lahendusena oleks deklareerida, et rühma vastu suunatud kuritegude eitamine on meie seadusandluses vaenu õhutamisega juba kaetud, mida käesolev töö on ka ilmestanud. Puudub nii riiklik kui ka Euroopa Liidust tulenev surve täiesti uue sätte sisse viimiseks Eesti õigusesse. Jääb ka võimalus, et sõnaselge holokausti eitamise kriminaliseerimisega ning sellele järgneva kohtupraktikaga tekib olukord, kus holokausti eitajad kasutaks neid platvormina enda vaenu õhutamise ideede levitamiseks.

Lähenedes seisukohalt, et genotsiidikuritegude eitamine on juba vaenu õhutamise sätetega kaetud, oleks kohaldatav KarS § 151, mis küll jääb karistumääralt kavandatavale KarSi muudatusele alla, ent selliste süütegude puhul ei ole vangistus ka alati meetmeks, mida sanktsioonina tingimata kasutama peaks. Samuti jääb võimalus muuta KarSi vaenu õhutamise sätetes toodud sanktsiooni karmimaks, sätestades vaenu õhutamise eest 1-aastase vanglakaristuse, selle asemel, et lisada karistusseadustikku täiesti uut süütekoosseisu.

Ülemaailmselt on genotsiidikuritegude eitamise eest sätestatud sanktsioonid erinevad, varieerudes riikide (õigus)ajalooliselt pinnalt. Holokaustiga tugevama ajaloolise seotusega riigid nagu Saksamaa, Prantsusmaa ja Austria on eitamise, kahtlemise või trivialiseerimise eest ette näinud kuni 20-aastase vangistuse, seejuures pehmema karistuspoliitikaga riikides on kohati sanktsiooniks vaid rahatrahv. Töös jõuti järeldusele, et kuna raamotsus ei tee kuni kolmeaastast sanktsiooni sunduslikuks, ei ole ka Eestis otsest põhjust võimaliku seadusemuudatuse puhul üle ühe-aastast vangistust määrata.

Kavandatav seadusemuudatuse vorm on käesoleva töö autori meelest liialt sekkuv, sest soovitud eesmärgini jõuaks ka ilma ülekriminaliseerimise ohuta ning nõnda karmide sanktsioonide kehtestamiseta, seejuures ka astumata vastuolla Euroopa Liidu õigusega.

Holocaust denial as a criminal offense

Abstract

Freedom of expression has been deemed as one of the fundamental values, that is important as a prerequisite and a requirement for several other substantive rights and liberties and protection of such. In Estonia, freedom of expression, just as prohibition of incitement to hatred, is guaranteed by the Constitution. In a situation where the words materialize in consequences, *inter alia* in penal power, the need for protection of freedom of speech can be seen daily. Potential consequences need demarcation - criminal law is undoubtedly an effective force of regulation, but not all the problems in all areas of life can or should be solved by criminal law. Since 2012, there is a draft law dealing with possible criminalisation of the Holocaust denial in Estonia, so the topic of this paper is timely.

The purpose of this paper is to give the definition of the criminalization of the denial of the genocide crimes in the Estonian justice system, especially that of the Holocaust as the most relevant genocide in Europe, give an overview of the criminalization of the beforestated crimes in other countries, and analyse the possible future criminalization and its form in Estonia.

According to these purposes, this paper is divided into four chapters. The first chapter deals with historical background of genocide, genocide related crimes and Holocaust revisionism movement and also tries to cast some light into the development of the Holocaust denial offenses. The second chapter takes a look at modern Estonian criminal law, creating framework by defining Holocaust denial offenses through the constitutional aspect and freedom of speech and criminal law limits in general. German regulations, judicial practice and experience of other countries lie in the third chapter. The aim of the fourth chapter is to deal with possible criminalisation of the Holocaust denial in Estonia, analyse the draft legislation, legal provision and penalty stated in it and give an overview of public and threat concepts.

Theoretical analysis is mainly based upon works of Estonian legal scholars, whereas practical side deals mostly with the decisions of foreign courts.

The Holocaust (from the Greek *λόκαυστος* *holókaustos*: *hólos*, "whole" and *kaustós*, "burnt"), also known as the Shoah (Hebrew: *השואה*, *HaShoah*, "the catastrophe"), was a genocide in which

approximately six million Jews were killed by the Nazi regime and its collaborators. The term “genocide” found its use from the Holocaust in the early 1940-s and was created by Raphael Lemkin. In SS-Germany, however, the Holocaust was called “the final solution of the Jewish question”, also sometimes referred just as the “final solution”. In 1960-s, Holocaust became more widely acknowledged in the media and gained more attention in the USA Jewish community. Society seemed to popularise heroes and suffering, which resulted in the Holocaust becoming a sort of civil religion, while also being commercialised.

Academic research of the Holocaust has been in constant crossroads of commercial and political interests, however not keeping it from becoming an independent phenomenon on international level. People tend to portray the Holocaust as a unique event that changed the grounds of human civilisation fundamentally, setting a higher profile in the scientific debate and on the Holocaust while distinguishing between it and other crimes against humanity.

Holocaust denial is the act of denying the genocide of Jews in the Holocaust during World War II. Holocaust denial includes any of the following claims: that Nazi Germany's Final Solution policy aimed only at deporting Jews from the Reich, and included no policy to exterminate Jews; that Nazi authorities did not use extermination camps and gas chambers to mass murder Jews; and that the actual number of Jews killed was significantly (typically an order of magnitude) lower than the historically accepted figure of 5 to 6 million. Holocaust revisionism is considered as a secondary anti-Semitism, although the fact of it being an output for antisemitic views has been greatly questioned over the years. Studies have shown that the Holocaust denial propaganda reaches its subjects - even people with academical education and students are affected, because as less Holocaust witnesses are alive, it becomes that much easier to advertise extreme ideas.

The reason why Holocaust denial is talked so much about on international legal and social level is in particular the fact that denying documented war crimes, including Holocaust denial, may be deeply offensive to the genocide victims or their relatives and show lack of respect and thereby incite hatred. It has been found that with denial comes silence, which sends a signal that the genocide crimes are of little significance and thus justified. Crimes that people seem to deny they tend to forget and that leads to forgetting the causes and the precluding measures of such crimes. It is debatable whether the denial of the Holocaust could be a mere expression of opinion or whether it is always a political statement.

Denial is only one of the alternatives; in different countries are also stated as criminal offenses

understatement or *gross trivialisation* of the crimes of Holocaust. *Gross trivialisation* does not yet have an equivalent in Estonian legal language. *Gross trivialization* has been used in the fight against racism and xenophobia draft legislation 2008/913/JSK. In Germany, the Holocaust denial (but in some cases, for other National Socialist crimes and the denial of their approval) is often used the term "Auschwitz-lie" (*Auschwitzlüge*). The fight against racism and xenophobia draft legislation 2008/913/JSK tries to even out the criminal legislation in European Union, but it does not state expressis verbis that Holocaust denial should be incriminated in all of the EU countries. It is a fact that countries where the Holocaust denial is stated as a criminal offense, other hate crimes, also verbally committable, are criminalized. In both crime and law, hate crime (also known as bias-motivated crime) is a usually violent, prejudice motivated crime that occurs when a perpetrator targets a victim because of his or her perceived membership in a certain social group. Examples of such groups include but are not limited to: ethnicity, gender identity, language, nationality, physical appearance, religion, or sexual orientation.

In trivialisation, justification or denial of the Holocaust criminal offenses the protected rights would include the right to collective benefits - the public peace. However it also has to protect the legal rights of the individual, especially human dignity and equality, as well as do have hate speech provisions. Therefore, it would be possible to talk about the individual injured party.

The basis of liberal approach of the freedom of speech is the premise that no matter how immoral verbal self-expression, speech-plus, and symbolic behavior may be, it can not in any way justify the prohibition or restriction of verbal freedom. The aim of this concept is to preserve the freedoms and to ensure fair conditions for individuals so that they can manage their life through the free choices everyone has. Thus, it includes the right to act as they see suitable, including in a shocking, disturbing and immoral way. Although not stated explicitly, it is clear from the draft legislation 2008/913/JSK that besides the unifying of the European penal codes, it is also important to protect some European common values.

Laws and regulations regarding the crimes of denial should not bare the purpose to limit the freedom of discussion about historical events, despite the fact that no right is absolute.

It is understood that offence is a form of compromising legal rights: hence the question forming here is if, and if yes, than what legal rights are compromised by not criminalising denial of the Holocaust or public denial itself. It is hard to say is it legally unequal for the Holocaust survivors and their families and do they need protection by the criminal law – not criminalising the

Holocaust denial is not a justifying fact for crimes against humanity. Not having legal reaction on the Holocaust denial is seen as a signal that in time, the severity of this kind of crimes will be forgotten and they could be committed without punishment. Such wide interpretation does not find any use in real life. Fear that hate crimes or crimes against humanity will be forgotten on the legal basis in Europe is trivial because people are the first characteristic of a country and there are no signs that people are seeming to forget the importance of remembrance of the Holocaust. And country itself is a peaceful public life.

It is important to remember that not every breach of the freedom of expression is illegal. § 12 of the Estonian Constitution states that incitement of hatred based on national, racist, religious or political hatred, violence or discrimination is prohibited and punished by law. Relevant paragraph is § 41, which is closely linked to the § 45, holding the same purposes but with a difference that when § 45 protects actions guided by beliefs, then § 41 protects only the right to have such beliefs and remain loyal to them. Unequal treatment is unconstitutional onfly if it lacks coordination between provision and idea stated in the constitution, objective arguments and is unproportional.

If planned Holocaust denial criminalisation in Estonia takes place, there will be an addition to the Estonian Penal Code - § 151¹ - *Justification of the crimes directed against group*

(1) Public justification, denial or gross trivialisation of aggression, genocide crime, crime against humanity or war crime recognized by the international or Estonian court's final decision, presented in a threatening way, which has caused the danger of hatred, violence or discrimination towards person or group of people based on nationality, citizenship, race, physical feature, state of health, gender, language, origin, creed, sexual orientation, political views or social or financial state, –

is punishable by a pecuniary punishment or up to three years' imprisonment. karistatakse rahalise karistuse või kuni kolmeaastase vangistusega.

(2) An act provided for in subsection (1) of this section, if committed by a legal person, is punishable by a pecuniary punishment.

For the crime in question, prosecutor will have to identify the following:

- a) Final decision of an international or Estonian court,
- b) how is offense identified;

- c) does the subject deny, justify or grossly trivialize the crime;
- d) public aspect;
- e) threatening manner;
- f) danger to incite hatred, violence or discrimination
- h) is the danger of the hatred directed against person or a group defined in the provision.

Public space, in broad interpretation, is a space outside one's home. Legislator's did not intend to criminalize person's thoughts or ideas, which are not expressed in hateful or harmful way. Public space is meant to be a public room which is accesible without restrictions to everyone irrespective of gender, age and other characteristics, among other thing, the Internet.

If crime of denial would be considered as an incitement of hate or would pose a threat to person(s) life, § 151 of the Estonian Penal Code, general provision for hate crimes, could be used. It does not stipulate such high penalty as the planned change in the Penal Code, but imprisonment is not always the most effective action. One of the options is to change the sanction given in the § 151. Punishments for the Holocaust denial around the world vary on the basis of legal history. Countries with strong historical connection to the Holocaust, such as Germany and Austria have sentenced up to 20 year imprisonment for denying, condoning or trivialasing the Holocaust, although in countries with more of a sof law approach the punishment can only consist of a financial fine.

The Penal Law does not have to be the tool with which every possible problem is tried to be solved. This is important to keep in mind for all the offenses. Especially when involved is an issue of this great significance as is the freedom of expression. There could be many reasons to incriminate the Holocaust denial – it distorts the truth, offends the Holocaust survivors, produces anti-Semitism in the society, among other justifications. In practice, it is mostly seen that criminalised are the hate crimes that pose as an embarassement to the country.

In conclusion, the author states that planned changed in the Estonian Penal Code is too intrusive, since it is possible to reach the same desired goal without the threat of overcriminalisation and without establishing such harsh punishment measures, whereas also without enering in conflict with European Union regulations.

Kasutatud kirjandus

1. Karistusseadustiku muutmise seaduse eelnõu seletuskiri 250 SEI, 12.07.2012;
2. **Reinthal, T.** Karistusõiguse suund – ülekriminaliseerimine? – Juridica 2010/10;
3. **Sootak, J.** Õpetus Karistusseadusest, Tallinn, 2002;
4. Anti-Defamation League Global 100 Survey, 2013-2014, <http://global100.adl.org/>;
5. Antisemitism – Summary overview of the situation in the European Union 2001-2011, European Union Agency for Fundamental Rights, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/2215-FRA-2012-Antisemitism-update-2011_EN.pdf;
6. **Atkins, S.** Holocaust Denial as an International Movement, ABC-CLIO, 2009;
7. **Auron, Y.** The Banality of Denial. Transaction Publishers, 2003;
8. **Bazyler, M. J.** Holocaust Denial Laws and Other Legislation criminalising Promotion of Nazism, a lecture at Yad Vashem. <http://www1.yadvashem.org/yv/en/Holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>, 2006;
9. **Bercuson, D. Wertheimer, D.** A Trust Betrayed: The Keegstra Affair. Toronto, Canada: Doubleday Canada, 1985;
10. **Browning, C. R.** The Origins Of The Final Solution, 2005;
11. **Buckheim, H.** Wie der Staat existiert. - Der Staat 27. Band, 1988;
12. Camden Principles of Equality, <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-ENGLISH-web.pdf>;
13. **Dawidowicz, L.** The War Against the Jews, New York, Bantam, 1975;
14. **De Thomas, J. M.** Eesti vaikib holokaustist, Eesti Päevaleht, 19.05.2007;
15. Deutch Welle, Minister Wants to Legalize Anti-Nazi Swastikas, 2006, <http://dw.de/p/9CDk>;
16. **Dzidic, D.** Bosnia's Ethnic Tensions Delay Holocaust Denial Law. Balkan Investigative Reporting Network, 2009;

17. **Ernits, M.** Avalik väljendusvabadus ja demokraatia. *Juridica I/2007*;
18. ERR, Riigikokku valitud Jaak Madison: natsismis ja fašismis on palju positiivset, <http://uudised.err.ee/v/eesti/69508227-10b2-4c0a-90f0-44e92cf177c6>;
19. EUMC, Manifestation of antisemitism in the EU 2002-2003;
20. **Finkelstein, N.** Holokaustitööstus: kes ja kuidas lõikab kasumeid juutide kannatustest. Tallinn: Matrix Kirjastus, 2006;
21. **George, C.** Hate Speech Law and Policy, *The International Encyclopedia of Digital Communication and Society*. 1–10;
22. Greece bans Holocaust denial, cracks down on hate speech, JTA, 10.09.2014, <http://www.jta.org/2014/09/10/news-opinion/world/greece-passes-law-banning-Holocaust-denial>;
23. **Himka, J-P, Michlic, J. B.** Bringing the Dark Past to Light: The Reception of the Holocaust in Postcommunist Europe, University of Nebraska Press, 2013;
24. **Hirsch, H-J.** Õigusriikliku karistusõiguse aktuaalsed probleemid. – *Juridica* 2004/3;
25. **Hirsnik, E.** Karistusõiguslik vaenu õhutamine. Magistritöö, Tartu 2008;
26. **Hyde, J.** Polish Jew gave his life defining, fighting genocide, CNN, 2008;
27. IHRA, Holocaust Remembrance and Research, Slovenia, <https://www.Holocaustremembrance.com/member-countries/Holocaust-education-remembrance-and-research-slovenia>;
28. **Jenkins, B.** The Lost History of Christianity: The Thousand-Year Golden Age of the Church in the Middle East, Africa, and Asia--and How It Died. New York, Harper One, 2008;
29. **Juerta, C. Shiffman-Huerta, D.** Holocaust Denial Literature: Its Place in Teaching the Holocaust, NYU Press, 1996;
30. Justiitsministeerium, 06.07.2012. aasta Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku, vangistusseaduse ja väärteomenetluse seadustiku muutmise seaduse eelnõu, lk 18, Tallinn 2012;
31. **Jõgi, M.** Verbaalselt täidetavad süüteokoosseisud Eesti karistusõiguses, magistritöö, Tartu Ülikool 2012;
32. **Kahn, R.** Holocaust denial and the law: A comparative study. Palgrave Macmillan, 2004;

33. **Keller, P.** European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade and New Media. Oxford University Press 2011
34. **Lasson, K.** Defending Truth: Legal and Psychological Aspects of Holocaust Denial, *Current Psychology* 26/256, 2007;
35. Le Pen to Be Sued over Gas Chamber Statements, *European Jewish Press*, November 30, 2005;
36. Legislation against antisemitism and Holocaust denial, The Coordination Forum for Countering antisemitism, <http://www.antisemitism.org.il/eng/Legislation%20Against%20Antisemitism%20and%20Denial%20of%20the%20Holocaust;>
37. **Lemkin, R.** Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944;
38. **Lipstadt, D.** Denying the Holocaust: The growing assault on truth and memory. Simon and Schuster, 2012;
39. **Maripuu, M.** Teise maailmasõja aegse juudivastase poliitika rakendamine Eestis, magistritöö, Tartu 2007;
40. **Maruste, R.** Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse, Tallinn 2004;
41. **Mathis, A. E.** Holocaust denial, a definition, 2004;
42. **McGonagle, T.** International and European Legal Standards for Combating Racist Expression: Selected Current Conundrums, The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression, Strasbourg, 16-17 November 2006, 2007;
43. **Mill, J. S.** Vabadusest. Tallinn 1996;
44. **Mjoseh, J.** Psychologists call for assault on hate crimes. Hate crimes demand unique legal, psychological and policy responses. APA Online, <http://www.apa.org/monitor/jan98/hate.html>;
45. **Mullen, B. Leader, T.** Linguistic factors: Antilocution, ethnophaulisms, ethnonyms, and other varieties of hate speech. Wiley/Blackwell, 2005;
46. **Narits, R.** Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2004;
47. **Niewyk, D.** The Columbia Guide to the Holocaust, Columbia University Press, 2000;

- 48. Osin, N. Porat, D.** Legislating Against Discrimination. An International Survey of Anti-Discrimination Norms. Martinus Nijhoff Publishers, 2005;
- 49. Pech, L.** The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (Qualified) EU-Wide Criminal Prohibition, Jean Monet Working Paper, 10/2009;
- 50. Perry, M., Schweitzer, F. M.** Antisemitism: Myth and Hate From Antiquity to the Present, 2002;
- 51. Rawls, J.** Õigus kui ausameelsus. Taasesitlus II,. – Akadeemia, 8, 2010;
- 52. Siitam-Nyiri, K.** Karistusõiguse areng revisjonist Euroopa Liidu ühtse karistusõiguseni, Juridica 8/2014;
- 53. Smith, R.** Legislating against Genocide Denial:criminalising Denial or Preventing Free Speech, University of St Thomas Journal of Law and Public Policy, Vol 4, Issue 2;
- 54. Snyder, T.** Bloodlands: Europe Between Hitler and Stalin. London, The Bodley Head, 1980;
- 55. Sootak, J; Pikamäe, P. (koost).** Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009;
- 56. Sootak, J.** Õigusvastasus. Süü. Juura, Tallinn 2003;
- 57. Sootak, J., Miil, M., Kont, E.** Eesti kriminaalõigusreform: välismaine kogemus ja edasised arenguteed, Juridica IX/1995
- 58. Žurakovskaja, K.** Liberaalsete väljendusvabaduse kontseptsioonide juriidiline teostamine. Juridica VIII/2007
- 59. Teachout, P.** Making Holocaust Denial a Crime: Reflections on European Anti-Negationist Laws from the Perspective of U.S. Constitutional Experience, Vermont Law Review, Issue 3, vol 30, 2005-2006;
- 60.** Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, 2009, <http://www.eu2009.cz/en/news-and-documents/news/terezin-declaration-26304/>;
- 61.** The European Union Agency for Fundamental Rights, Working Definition of antisemitism, 2005, <http://www.european-forum-on-antisemitism.org/working-definition-of-antisemitism/>;
- 62.** The Local, Italy Senate moves to outlaw Holocaust denial, 11.02.2015, <http://www.thelocal.it/20150211/italy-senate-moves-to-outlaw-Holocaust-denial/>;

- 63. Tishler, G.** Freedom of Speech and Holocaust Denial, *Cardozo Law Review*, Vol 8, Issue 3;
- 64. Truuväli, E. J.** jt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2008;
- 65.** United Nations, CERD/C/SR.1675. 28.02.2005;
- 66.** YouGov Plc, Survey for Campaign Against antisemitism of the British Public's Attitudes Towards British Jews, <http://www.osservatorioantisemitismo.it/wp-content/uploads/2015/01/Annual-antisemitism-Barometer-Report.pdf>;

Kasutatud õigusaktid

1. Criminal Code of the Republic of Finland. - Kättesaadav:
<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>;
2. Criminal Code of the Republic of Latvia. - Kättesaadav:
<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>;
3. Criminal Code of the Republic of Turkey. - Kättesaadav:
<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>;
4. Eesti Vabariigi põhiseadus. - RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2;
5. Karistuseseadustik. - RT I 2001, 61, 364; RT I, 04.04.2012, 3;
6. Korrakaitseadus. - RT I, 31.12.2014, 28;

Kasutatud kohtupraktika

1. Eesti Vabariigi põhiseadus. - RT 1992, 26, 349; RT I, 27.04.2011, 2;
2. EIK 12.05.1988, 12194/86 (*Kühnen v. Germany*);
3. EIK 16354/06, 13.07.2012
4. EIK 23.09.1998, 24662/94 (*Lehideux and Isorni v. France*);
5. EIKo 07.12.1976, 5493/72, *Handyside vs Ühendkuningriik*;
6. EIKo 08.07.1986, 9815/82, *Lingens vs Austria*.
7. Euroopa Liidu Nõukogu 28.11.2008 raamotsus nr 2008/913/JSK teatud rassismi ja ksenofoobia vormide ja ilmingute vastu võitlemise kohta kriminaalõiguse vahenditega. - ELT L 328, 06.12.2008, lk 55 – 58;
8. Euroopa Liidu Parlamendi 02.04.2009 resolutsioon Euroopa südametunnistuse ja totalitarismi kohta. - ELT C 137 E, 27.05.2010;
9. Kas Armeenia genotsiidi eitamise kriminaliseerimine on vajalik demokraatlikus ühiskonnas: Perinçek vs Šveits, kohtulahendi analüüs, 17.12.2013, EIÕK 27510/08
10. Mel Melmerstein v. Institute for Historical Review Judgement and Statement of Record, Los Angeles Ülemkohtu otsus, <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/m/mermelstein.mel/ftp.py?people/m/mermelstein.mel//mermelstein.order.072285>
11. RK 3-1-1-16-02;
12. RKKK 3-1-1-117-05
13. RKKK 3-1-1-80-97

14. RKKKo 3-1-1-117-05;

15. RKKKo 3-1-1-97-10;

16. RKKKo 3-1-1-7-07;

17. R. v. Zundel, 27.08.1992;

18. Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, 07.11;

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Aleksandra Artjušina,

(autori nimi)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Holokausti eitamise kriminaliseerimine

(lõputöö pealkiri)

mille juhendaja on Oliver Nääs,

(juhendaja nimi)

1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 04.05.2015