

# ЩО ЗАВДАЄ ШКОДИ?: СВОБОДА СЛОВА ТА РЕГУЛЮВАННЯ БРЕХНІ<sup>1</sup>



**Л. ЛІДСКІ**  
*професор права Коледжу права  
(Університет Флориди, США)*

## І. Вступ

Неправдива фактографічна інформація не має цінності у контексті Першої Поправки<sup>2</sup>, однак Верховний Суд Сполучених Штатів наділив брехню певним ступенем захисту, що надається Першою Поправкою<sup>3</sup>. Перша Поправка передбачає дещо на кшталт презумпції проти втручання держави у громадське обговорення. Ця презумпція укорінилась на підставі сумніву у тому, що держава

<sup>1</sup> Деякі ідеї цієї статті були вперше опубліковані в *Washington and Lee Law Review*. — 2008. — № 65. — Р. 1091–1101.

<sup>2</sup> Див. справу *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974) («[Н]еправдива фактографічна інформація не має конституційної цінності»); справу *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 75 (1964), («[В]икористання умисної брехні в якості інструменту одночасно вступає в протиріччя із засадами демократичного уряду та з порядком, у якому мають здійснюватися економічні, соціальні чи політичні зміни»).

<sup>3</sup> Держава може встановлювати покарання за умисну брехню тільки тоді, коли вона заподіює значної шкоди фізичним особам. Таким чином, держава має право карати наклеп на окремих фізичних осіб з питань, що становлять суспільний інтерес, якщо він зроблений ненавмисно і спричинив фактичні збитки для репутації або якщо він зроблений із «усвідомленням [його] хибності або через нехтування істини» (*Gertz*, 418 U.S. 348–349). Держава може також покарати брехню, яка представляє позивача у неправдивому світлі в очах громадськості і зроблена зі «злим умислом». Див. *Cantrell v. Forest City Publ'g Co.*, 419 U.S. 245, 253 (1974) (робиться висновок, що відповідач несе відповідальність за «представл[ення] Кантреллів у неправдивому світлі шляхом використання умисної брехні або брехні з необережності»). Навіть у такому випадку Перша Поправка чітко забороняє будь-яку загальну процедуру судового засвідчення істини. У справі *State ex rel. Public Disclosure Commission v. 119 Vote No! Committee*, 957 P.2d 691 (Wash. 1998), Верховний Суд м. Вашингтона скасував п'ятьма голосами проти чотирьох закон, що встановлював кримінальне покарання за умисну брехню або брехню з необережності в політичній рекламі на тій підставі, що Перша Поправка вимагає, щоб держава залишила визначення істинності чи хибності на розсуд виборців. Див. там само. — С. 695–696. У одній із думок суддів, що збігається з позицією більшості складу суду, це рішення було названо першим «у історії Республіки, яке визначає, що Перша Поправка може застосовуватися для захисту умисної брехні». Там само. — С. 701 (думка судді Талмаджа, що збігається з позицією більшості). У своєму наступному рішенні Верховний Суд м. Вашингтон скасував закон, який забороняє умисну брехню або брехню з необережності щодо кандидата на посаду, стверджуючи, що «будь-який закон, що дозволяє здійснення цензури групою необраних урядовців, є по своїй суті неконституційним» (*Rickert v. State Pub. Disclosure Comm'n*, 168 P.3d 826, 828, 831–832 (Wash. 2007)).

спроможна відрізнити правдиві факти від хибних та має неупереджені мотиви для цього<sup>1</sup>. Проте презумпція проти регламентування неправдивої інформації не є безумовною. Вона може бути спростована, якщо інформація, яка є завідомо неправдивою, становить пряму загрозу заподіяння шкоди індивідуальним інтересам<sup>2</sup>. На відміну від інших країн Сполучені Штати ніколи не виправдовували регламентування інформації, яка є завідомо неправдивою, на підставі того, що вона становить загальну загрозу заподіяння моральної шкоди<sup>3</sup>. Наводячи заперечення факту Голокосту як приклад інформації, яка завідомо є неправдивою, ця стаття порушує питання того, чи становить така інформація більшу загрозу, ніж зазвичай визначає судова практика використання Першої Поправки. Іншими словами, у цій статті ставиться питання: в чому проявляється шкода від заперечення факту Голокосту? Далі у ній розглядається питання по суті: Чи завдає шкоди заборона державою інформації, яка є завідомо неправдивою<sup>4</sup>?

## II. Шкода від заперечення

Заперечення Голокосту у найпростішому сенсі — це твердження про те, що Голокосту — німецького геноциду мільйонів євреїв та інших націй до і під час Другої світової війни — ніколи фактично не було<sup>5</sup>. Ті, хто заперечують Голокост, звинувачують євреїв у тому, що вони «вигадали» Голокост з метою отримання вигоди від фіктивної психології жертви; начебто євреї використовують Голокост «для отримання грошей, цькування німців та створення держави Ізраїль»<sup>6</sup>. У якості підтвердження такі «заперечувачі» наводять сфабриковані та викривлені історичні «докази», що стосуються таких фактів, як кількість євреїв, яку знищили німці впродовж Голокосту, та виправдання такого винищення<sup>7</sup>.

У результаті заперечення існування факту Голокосту страждають як окремі особи, так і суспільство в цілому. Заперечення Голокосту є глибокою образою людської гідності. Очевидною метою заперечення або скептичного ставлення

<sup>1</sup> Див. *Schauer F. Free Speech: A Philosophical Enquiry.* — Cambridge, 1982. — P. 85–86 («Свобода слова значною мірою заснована на сумнівах у здатності уряду робити належне розмежування, недовірі до визначення урядом істини та брехні, розумінні схильності політичних лідерів до вчинення помилок...»).

<sup>2</sup> Наприклад, навмисна брехня, яка є наклепницькою, не користується захистом, який надається Конституцією. Див., напр., *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153, 160 (1979) (зазначається, що «відповідальність за шкоду від наклепу [з умислу або необережності] не обмежує ані свободи слова, ані свободи друку»); справа *Gertz*, 418 U.S. 349 (робиться висновок, що помилкові наклепницькі заяви, зроблені з «усвідомленням хибності або нехтуванням істини», можуть бути підставою позову).

<sup>3</sup> Див. *Lasson K. Holocaust Denial and the First Amendment: The Quest for Truth in a Free Society* // *George Mason Law Review.* — 1997. — Vol. 6. — P. 35, 72 («[К]ожна західна демократична країна, за винятком Сполучених Штатів, має закони, якими передбачено покарання за різні форми висловлення ненависті, і деякі з них забороняють заперечення Голокосту»).

<sup>4</sup> Очевидно, що висловлений тут аргумент буде також застосовуватися до будь-якого іншого заперечення історично задокументованого геноциду.

<sup>5</sup> Див. *Shermer M., Grobman A. Denying History: Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say It?* — Berkeley, 2000 (визначаючи концепцію заперечення Голокосту).

<sup>6</sup> *Ranki V. Holocaust History and the Law: Recent Trials Emerging Theories* // *Cardozo Studies in Law and Literature.* — 1997. — Vol. 9. — P. 15, 22.

<sup>7</sup> Див. *Lipstadt D. E. Denying The Holocaust: The Growing Assault On Truth And Memory.* — New York, 1993. — P. 21–23 (підсумовуючи заяви, зроблені тими, хто заперечує існування Голокосту, які «викривили та зруйнували» поняття Голокосту). Щодо конкретних прикладів методів, які використовуються заперечувачами Голокосту для спростування доказів того, що Голокост мав місце, див. там само. — С. 9–15.

будь-кого до смертей і страждань, заподіяних нацистами, є позбавлення жертв Голокосту загальної поваги, на яку вони мають право<sup>1</sup>. Така образа, можливо, вимагає колективного заперечення з боку суспільства в цілому, зокрема, у формі певної реакції з боку держави. За відсутності такої реакції, мовчання держави може розглядатися як мовчазна згода на утиски і переслідування вразливих груп суспільства. Деякі навіть стверджують, що відверте мовчання держави у відповідь на дії тих, хто заперечує Голокост, сприяє антисемітизму і, в остаточному підсумку, веде до підвищення дискримінації євреїв та збільшення кількості злочинів, скоєних на ґрунті ненависті до них<sup>2</sup>. Згубні наслідки заперечення факту Голокосту випливають із здатності цього заперечення спотворити громадську думку<sup>3</sup>. Заперечення загрожує викривленню нашої колективної пам'яті про минуле шляхом «прикриття правди брехнею»<sup>4</sup>. Якщо прибічники заперечення Голокосту будуть успішними у своїх починаннях, вони можуть повернути «історію» до виправдання антисемітизму та переслідувань.

Незважаючи на досить реальні загрози, пов'язані з запереченням Голокосту, судова практика застосування Першої Поправки в Сполучених Штатах швидше за все, торкаючись окремо кожного випадку таких загроз, не вбачає достатньої підстави для покарання тих, хто заперечує Голокост. Раніше Верховний Суд скасував дію закону, покликаного продемонструвати суспільству солідарність з історично переслідуваними групами населення<sup>5</sup>. Збереження гідності групи, на протигагу гідності окремої людини, не вважається достатньою підставою для спростування конституційної відмови від регламентування свободи слова<sup>6</sup>. Більш того, Верховний Суд неодноразово заявляв, що держава не може засуджу-

---

<sup>1</sup> Гаррі Франкфурт лаконічно визначає, що поставлено на карту: «Прояв неповаги до будь-кого — це питання ігнорування важливості деяких аспектів його характеру або положення. Відсутність поваги полягає в тому, що деякі важливі факти про особу належним чином не були враховані чи взяті до уваги. Іншими словами, особа розглядається, як ніби вона є чимось іншим, ніж є насправді. Наслідки істотних особливостей її життя випускаються з виду або заперечуються. Відповідні аспекти того, як з цією особою взаємодіють, розглядаються так, ніби вони ніколи не відбувалися в реальності. Виходить так, що відмовляючи цій особі у належній повазі, тим самим ми зменшуємо цінність самого її існування (*Frankfurt H. Equality and Respect, Social Research. — 1997. — Vol. 64. — P. 3, 12*).

<sup>2</sup> Див. *Yonover G. J. Anti-Semitism and Holocaust Denial in the Academy: A Tort Remedy // Dickinson Law Review. — 1996. — Vol. 101. — P. 71, 77–78* («Зв'язок між антисемітизмом і запереченням Голокосту та створенням клімату, який сприяє культивуванню ворожнечі, расової ненависті і репресії, є достатньо сильним»).

<sup>3</sup> Див. *Picheny Note M. L. A Fertile Ground: The Expansion of Holocaust Denial into the Arab World // Boston College Third World Law Journal. — 2003. — Vol. 23. — P. 331, 339* (посилання на опитування центру Ропер 1993 р., яке показало, що 22 % дорослих американців вважали «що цілком можливо, що Голокосту не було»).

<sup>4</sup> Боб Ділан, пісня «*Idiot Wind*» з альбому «*Blood On The Tracks*» (студія звукозапису *Columbia Records*, 1975).

<sup>5</sup> Див. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 391–392 (1992) (скасування «заборони провокацій, які містять ... “викликану попередженнями” ненависть» та зазначення, що «[с]енс Першої поправки полягає у тому, що уподобання більшості мають виражатися іншим чином, ніж просто придушення свободи слова з огляду на її зміст»).

<sup>6</sup> Проте див. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 262–267 (1952) (підтримка засудження в кримінальному порядку за груповий наклеп). Поки не ясно, чи є *Beauharnais* хорошим законом, особливо у світлі справ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) та *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). У справі *R.A.V.* Суд визнав «аргументованим» інтерес у «забезпеч[енні] основних прав людини за членами груп, які історично піддавалися дискримінації». *R.A.V.*, 505 U.S. 395. Однак Суд постановив, що заборона на підставі змісту, що застосовується проти «викликаних попередженнями» провокацій, не «обов'язково є обґрунтованою для досягнення» цього інтересу. Там само. — С. 395–396.

вати окремих осіб лише за їх непопулярні у суспільстві переконання<sup>1</sup>. Вона може карати за підбурювання до застосування насильства<sup>2</sup>, дискримінацію<sup>3</sup>, погрози<sup>4</sup>, вчинення злочинів<sup>5</sup> та дифамацію<sup>6</sup>, проте держава не може покарати громадян за сповідування антисемітських переконань та перешкоджати отриманню ними інформації, яка може сприяти таким переконанням<sup>7</sup>. Останнім та, вірогідно, найважливішим є те, що судова практика використання Першої Поправки розрахована не на державу, а скоріше на розсудливість і свідомість громадян, які мають захищати громадську думку від її викривлення брехнею «заперечувачів» Голокосту.

Той факт, що заперечення існування Голокосту не лише спричиняє шкоду, але є шкідливим та *хибним*, повинен створювати більше можливостей для покарання заперечення Голокосту. Голокост є історичним фактом, задокументованим так надійно, як тільки може бути задокументований будь-який історичний факт<sup>8</sup>. Ті, хто заперечує Голокост, роблять це з обманними і зловмисними намірами. Незважаючи на це, існують як конституційні, так і прагматичні підстави для заперечення навіть тоді, коли держава прагне протистояти беззаперечно неправдивій інформації, опублікованій з поганими намірами.

<sup>1</sup> Див., напр., *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, 118–123 (1991) (анулювання закону, який обтяжував фінансовим зобов'язанням будь-яку публікацію, що веде хроніку подій злочинця у формі його оповіді); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989) («Якщо існує основоположний принцип, що лежить в основі Першої Поправки, то він полягає в тому, що уряд не може заборонити висловлення ідеї просто тому, що суспільство вважає, що ідея сама по собі є образливою або неприємною»).

<sup>2</sup> Див. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969), (рішення більшості суду) (зазначається, що держава може заборонити промову, спрямовану на розпалювання або продукування неминуче протизаконних дій та таку, що, ймовірно, підбурює або продукує такі дії).

<sup>3</sup> Див. *District of Columbia v. John R. Thompson Co.*, 346 U.S. 100, 109 (1953) («[П]оки мова йде про Федеральну Конституцію, немає ніяких сумнівів, що законодавство, яке забороняє дискримінацію за ознакою раси при використанні засобів, що обслуговують суспільні функції, знаходиться в рамках охорони державного правового порядку»).

<sup>4</sup> Див. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 360 (2003) (підтримка закону, що забороняє спалення хрестів, та зазначення того, що залякування «засуджується і забороняється Конституцією», коли воно «є одним з видів реальної загрози, у якій той, хто говорить, спрямовує загрозу на особу або групу осіб з метою породження у жертви страху отримання тілесних ушкоджень або смерті»).

<sup>5</sup> Див. *United States v. Alvarado*, 440 F.3d 191, 197 (4th Cir. 2006) (зазначається, що як суверенні суб'єкти, держави мають «право створювати і застосовувати кримінальний кодекс, який обов'язково включає в себе право «карати правопорушників»).

<sup>6</sup> Див. *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 75 (1964) (визнається, що у справах про наклеп «завідомо неправдиві твердження і помилкові заяви, зроблені із зневагою до істини, не користуються захистом, який надає Конституція»).

<sup>7</sup> Див. *Fronza E. The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue Between Law and Memory // Vermont Law Review*. — 2006. — Vol. 30. — P. 609, 622 (зазначається, що в демократичній державі, що сповідує раціоналізм, «люди не повинні бути притягнуті до кримінальної відповідальності за те, ким вони є, або що вони хочуть, але тільки за те, що вони роблять»).

<sup>8</sup> Див. *Shermer M., Grobman A. Denying History: Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say It? — Berkeley*, 2000. — P. 33–35 (твердження про те, що документи, розповіді очевидців, фотографії та фізичне існування табору свідчить про існування Голокосту); *Lasson K. Holocaust Denial and the First Amendment: The Quest for Truth in a Free Society // George Mason Law Review*. — 1997. — Vol. 6. — P. 77 (зазначення того, що при розгляді справи про заперечення Голокосту в умовах договірної права суд заявив, що «той факт, що євреї убивали газом в Освенцимі, є безперечним») (цитата зі справи *Mermelstein v. Inst. for Historical Review*, No. C356–542 (Cal. Super. Ct. July 22, 1985)).

### III. Вільний простір для брехні?

Якщо «неправдиве викладення фактів не має конституційної цінності»<sup>1</sup>, тоді чому за брехню немає покарання? Спершу розглянемо конституційне заперечення. Теорія застосування Першої Поправки вимагає державного нейтралітету на «ринку ідей»<sup>2</sup>. Уряд повинен дозволити громадянам брати участь у «вільній торгівлі ідеями» керуючись твердженням, що «найкращим свідченням правдивості є сила думки, яка дозволяє їй конкурувати на такому ринку»<sup>3</sup>. Метафора щодо ринку ідей відображає лібертаріанський підхід до судової практики застосування Першої Поправки, за яким державне регулювання громадської думки має бути радше останнім, а не першим заходом, до якого вдається уряд.

Презумпція щодо заборони такого регулювання базується на декількох принципах. По-перше, вона заснована на автономії того, хто надає інформацію<sup>4</sup>, хоча таке право повинно мати мінімальну вагу у разі, якщо інформація є як шкідливою, так і неправдивою. Ще більш важливим у цьому контексті є те, що вона спирається на віру в демократичне самоврядування та колективне самовизначення, і на надання переваги раціональній дискусії перед державним примусом<sup>5</sup>. У більшості випадків Перша Поправка надає громадянам роль арбітра щодо визначення істинності і хибності в громадській думці<sup>6</sup>. Як постановив Верховний Суд у справі *Dennis v. United States*<sup>7</sup>, «в основі Першої Поправки лежить презумпція, що інформація може спростовувати інформацію, пропаганда буде здійснюватися у відповідь на пропаганду, [і] вільне обговорення ідей призведе до зважених рішень урядової політики»<sup>8</sup>. З цієї точки зору, навіть помилко-

<sup>1</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

<sup>2</sup> *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 56 (1988) («[О]сновна установка Першої Поправки полягає в тому, що уряд залишається нейтральним на ринку ідей») (цит. за *FCC v. Pacifica Found.*, 438 U.S. 726, 745–746 (1978)).

<sup>3</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (окрема думка судді Холмса).

<sup>4</sup> Див. *Emerson Th. I. The System of Freedom of Expression*. — New York, 1970. — Р. 6–9 (обговорення цінностей «системи свободи вираження думки в демократичному суспільстві», де підкреслюється превалювання особистості над суспільством у цілому).

<sup>5</sup> Див. *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 641 (1994) («Ядром Першої Поправки є принцип, який стверджує, що кожна особа вирішує для себе, які ідеї або вірування заслуговують на їх висловлення, обговорення та сповідання»); Див. також *Meiklejohn A. The First Amendment is an Absolute // The Supreme Court Review*. — 1961. — Р. 245, 262–263 («[П]раво вирішувати, що громадянам писати, і ще більш важливо, що їм читати і дивитися, не було делеговано жодній гілці, підпорядкованій уряду. Воно «залишається на їх власний розсуд»); *Post R. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, *University of Colorado Law Review*. — 1993. — Vol. 64. — Р. 1109, 1118 («Держава не повинна мати право контролювати порядок денний суспільної думки або подавати чи характеризувати питання в рамках публічного обговорення, тому що такий контроль буде обов'язково обмежувати потенціал для колективного самовизначення»).

<sup>6</sup> Див. *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 726 (1972) (окрема думка судді Стюарта) («Свідомий вибір інформованих громадян є основним ідеалом, на якому ґрунтується відкрите суспільство»).

<sup>7</sup> *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 515 (1951) (встановлено, що «обвинувальний вирок, який спирається на мовлення або публікацію в якості доказів порушення, може бути достатнім лише тоді, коли таке мовлення або публікація створили «явну і безпосередню небезпеку» спроби вчинення або реалізації забороненого злочину»).

<sup>8</sup> Там само — С. 503; Див. також *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (думка судді Брандейса, що збігається з позицією більшості складу суду) (стверджується, що «доказ у тій формі, в якій він застосовується через громадське обговорення» може запобігти виникненню більшості небезпек від інформації, і що «обговорення зазвичай надає достатній захист від поширення шкідливих доктрин»), скасовано з інших підстав справою *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Проте див. *Bickel A. M. The Morality Of Consent*. — New Haven, Conn.,



ве твердження є цінним тому, що воно дає громадянам можливість для спростування і виправлення<sup>1</sup>, повноваження замінити «згубну думку» хорошою<sup>2</sup>. Така піднесена риторика має переконливу силу. Однак якщо істина народжується із суспільного дискурсу, то громадяни не можуть залишатися пасивними; вони повинні вступати у дискусію та боротися з брехнею, яку поширюють ті, хто заперечує Голокост<sup>3</sup>. Крім того, поява істини залежить від розсудливості аудиторії, яка критично заслухає докази і вирішить, в чому (скажімо так) полягає правда<sup>4</sup>.

Деякі дані свідчать про те, що віра в розсудливих і свідомих громадян може бути недоречною. Поведінкова економіка демонструє, якою мірою навіть освічені громадяни підпадають під когнітивні упередження, які впливають на їх здатність приймати раціональні рішення<sup>5</sup>. Більш того, живучість популярних помилок і успіх пропаганди в якості інструменту маніпулювання суспільною думкою є свідченням того, що істина не завжди народжується таким чином, або, принаймні, що вона не є загально визнаною<sup>6</sup>. Це твердження є особливо справедливим щодо історичного дискурсу. У багатьох громадян може бракувати знань або зацікавленості, необхідних для участі у дискурсі про справедливість історичних подій, тому, зокрема, у такому дискурсі переважно беруть участь до-свідчені історики.

Але навіть якщо обстоювання фундаментальної раціональності суспільного дискурсу у теорії застосування Першої Поправки є недоречним, недовіра до уряду все ще може бути сама по собі достатньо сильною підставою для забезпечення того, що оголошення будь-якої спроби покарати заперечення Голокосту буде визнано неконституційним. Попередні спроби уряду «встановити загальноприйнятє переконання»<sup>7</sup> вилилися у придушення істини і закріплення хибного

1975. — P. 71 (стверджується, що «ми пережили надто багато, щоб повірити в [оптимістичне передбачення судді Брандейса]).

<sup>1</sup> Див. *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279 n.19 (1964) (цитую Джона Стюарта Мілля щодо пропозиції, що «[н]авіть невірне твердження може визнаватися як таке, що робить цінний внесок в громадську думку, оскільки це призводить до “більш чіткого сприйняття істини і живого враження від неї на фоні зіткнення з помилковим твердженням”»). Пор. із наступним твердженням Мілля: «Виявом непотрібної сентиментальності є те, що правда лише сама по собі має внутрішню силу, яка не є помилковою і яка переважає страх бути заарештованим та страченим». *Mill J. S. On Liberty and Other Writings* / ed. by S. Collini. — Cambridge, 1989. — P. 31. Див. також *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 75 (1964) («[В]икористання умисної брехні в якості інструменту одночасно вступає в протиріччя із засадами демократичного уряду і з порядком, у якому мають здійснюватися економічні, соціальні чи політичні зміни»).

<sup>2</sup> Справа *Whitney*, 274 U.S. 375 (думка судді Брандейс, що збігається з позицією більшості складу суду), скасовано на інших підставах справою *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 449 (1969).

<sup>3</sup> Див. *Lidsky L. B. Brandenburg and the United States' War on Incitement Abroad: Defending a Double Standard* // *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*. — 2002. — Vol. 37. — P. 1009, 1024 («[М]етафора щодо ринку ідей неявно змальовує процвітаюче громадянське суспільство, простір, де публічне обговорення може відбуватися без урядового примусу»).

<sup>4</sup> Для більш детальної інформації щодо припущення про «розсудливу аудиторію» див. *Lidsky L. B., Cotter Th. F. Authorship, Audiences, and Anonymous Speech* // *Notre Dame Law Review*. — 2007. — Vol. 82. — P. 1537, 1582–1583.

<sup>5</sup> Див. загалом *Jolls Ch. et al. A Behavioral Approach to Law and Economics* // *Stanford Law Review*. — 1998. — Vol. 50. — P. 1471

<sup>6</sup> Див. *Franklin M. A., Anderson D. A., Lidsky L. B. Mass Media Law: Cases And Materials*. — 7<sup>th</sup> ed. — New York, 2005. — P. 11 (зазначається критика метафори «ринку ідей»).

<sup>7</sup> *W.Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

уявлення<sup>1</sup>. На підтвердження цього факту судова практика застосування Першої Поправки взяла на себе зобов'язання проводити «розкуті, обґрунтовані і широко відкриті» обговорення, навіть ціною впливу на суспільну думку певної кількості неправдивої інформації<sup>2</sup>. Наприклад, у справі *New York Times v. Sullivan* Верховний Суд прийняв рішення на користь зменшення регламентування потенційно шкідливої інформації на основі того, що наявність помилок «у вільній дискусії є неминучою»<sup>3</sup>. Проте Суд не стверджував, що навмисний обман є неминучим; скоріше, Суд опікувався захистом неправдивої інформації, допущеної з необережності, щоб уникнути зниження інтересу до публікації правдивої інформації<sup>4</sup>. Водночас, навіть прийняття такої логіки не означає, що судова практика застосування Першої Поправки викарбовує «вільний простір»<sup>5</sup> для брехні.

Аргумент щодо збереження вільного простору для обману є досить небезпечним: уряд повинен миритися з певною кількістю неправдивої інформації з метою захисту правдивої інформації, особливо у тих випадках, де дуже важко розмежувати правдиві та хибні факти<sup>6</sup>. Проте це слабкий аргумент у контексті заперечення факту Голокосту. Якщо держава карала б тільки найбільш очевидні і кричущі форми заперечення Голокосту, то дуже мала кількість інформації, яка є цінною, була б проігнорована. Однак досить сумнівним є той факт, що американські громадяни хотіли б, щоб уряд втручався у справу затвердження офіційної версії історичних подій. Версія вбивства Джона Ф. Кеннеді у інтерпретації Олівера Стоуна<sup>7</sup> має мало спільного з історичною правдою<sup>8</sup>. Чому ж тоді не карати за таке? І оскільки не один лише факт заперечення Голокосту викривляє нашу колективну пам'ять, чому б тоді не почати карати будь-якого історика, який стверджує, що кількість євреїв, знищених під час Голокосту, є меншою, ніж загальновідома? Як тільки заперечення Голокосту підпаде під регулювання,

<sup>1</sup> Див. *Schauer F. Free Speech: A Philosophical Enquiry*. — Cambridge, 1982. — Р. 81–86 (наведення прикладів протидії інформації з боку уряду і твердження про те, що «акти придушення, які виявилися хибними, найвірогідніше, представляють непропорційно високий відсоток урядових помилок минулого»).

<sup>2</sup> *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

<sup>3</sup> Там само. — С. 271.

<sup>4</sup> Див. *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 279 (1964) («За умов існування такого правила, потенційні критики офіційної поведінки можуть утриматися від висловлювання своєї критики, навіть якщо вона буде вважатися правдивою, і навіть якщо вона насправді такою буде, через сумнів у тому, що вона може бути доведеною у суді...»).

<sup>5</sup> Там само. — С. 272 (цитуючи справу *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 433 (1963)).

<sup>6</sup> Див. *McDonald v. Smith*, 472 U.S. 479, 486–487 (1985) (думка судді Бреннана, що збігається з позицією більшості складу суду) («Перша Поправка вимагає, щоб ми суттєво поширили “вільний простір” на такий вислів, оскільки правило притягнення до відповідальності, незалежно від того, чи було твердження випадково хибним або неправдивим з недбалості, утримає “потенційних критиків офіційної поведінки... від висловлення їх критики”») (цит. за *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 272, 279 (1964); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 341 (1974)) («Перша Поправка вимагає, щоб ми захистили деяку міру брехні для захисту свободи слова, що має значення»); *Schauer F. Free Speech: A Philosophical Enquiry*. — Cambridge, 1982. — Р. 171 («[М]и надаємо максимальну свободу для поширення істини тільки шляхом прийняття правил, які дозволять обіг збільшеної кількості наклепницької неправдивої інформації»).

<sup>7</sup> «Джон Ф. Кеннеді. Постріли в Далласі» (англ. «*JFK*», фільм компанії *Warner Brothers*, 1991).

<sup>8</sup> *Dershowitz A. M. Letter to the Editor, Suppression of the Facts Grants Stone a Broad Brush // Los Angeles Times*. — 1991. — Dec. 25. — В7 (зазначається, що фільм Стоуна заснований на теорії змови уряду, який приховує реальні події, а не на «фактах, які є нам відомими»).

недалеко і до того моменту, коли регулювання стосуватиметься перегляду будь-якого історичного факту. І справді, деякі європейські країни, що запровадили покарання за заперечення Голокосту, можуть вже іти цим окремим шляхом, приймаючи законодавство, що забороняє не тільки факт заперечення Голокосту, але також «зменшення наслідків» та «виправдання» Голокосту<sup>1</sup>. Проте європейський досвід свідчить недостатньо переконливо на користь того, що покарання за заперечення Голокосту є першим кроком по слизькому схилу до тиранії, хоча, можливо, просто занадто рано говорити, куди приведе такий шлях покарання за заперечення.

#### IV. Непередбачувані наслідки регламентування у добу Інтернету

Навіть якщо конституційні перешкоди покарання за заперечення Голокосту можуть бути подолані, цілком ймовірним є те, що держава повинна уникати цього шляху з прагматичних міркувань. Запроваджуючи покарання за заперечення Голокосту, держава намагається встановити офіційну істину. Проте офіційне проголошення істини навряд чи переконає тих, хто у неї не вірить. Ті, хто заперечують, як правило, готові ігнорувати історичні докази, то чому вони стануть звертати увагу на докази, що є результатом судового чи адміністративного провадження? Можна було б відповісти, що мета запровадження покарання за заперечення факту Голокосту полягає не у тому, щоб переконати тих, хто заперечує цей факт, а у тому, щоб донести ідею символічної солідарності з жертвами Голокосту. Проте якою ціною? Небезпека, що впливає із надання дозволу судам та іншим державним органам визначати історичну правду, переважає потенційну шкоду, яка може бути завдана жертвам Голокосту офіційним мовчанням або бездіяльністю<sup>2</sup>.

Зокрема, покарання за заперечення Голокосту може мати своїм ненавмисним і парадоксальним наслідком швидше зміцнення переконань «заперечувачів» Голокосту, а не їх послаблення<sup>3</sup>. І це може призвести до того, що не менше, а більше людей будуть схильні повірити у істинність заперечення Голокосту<sup>4</sup>. Заперечення Голокосту є по суті теорією змови: вона відображає впевненість у тому, що «вони» хочуть, щоб ви повірили в існування Голокосту для досягнення їх егоїстичних політичних цілей. Як пояснює професор Марк Фенстер, ті, хто

---

<sup>1</sup> *Fronza E.* The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory // *Vermont Law Review*. — 2006. — Vol. 30. — P. 619.

<sup>2</sup> Насправді держава не повинна мовчати. Держава в якості речника може зайняти позицію, що підтримує історичне свідчення існування Голокосту; вона лише не може покарати тих, хто не приймає офіційну позицію.

<sup>3</sup> *Lipstadt D.* Foreword to *From the Protocols of the Elders of Zion to Holocaust Denial Trials: Challenging the Media, the Law, and the Academy* / ed. by D. Kaufman et al. — London, 2007 (стверджується, що закони, які криміналізують заперечення Голокосту, надають такому запереченню статус «забороненого плоду», що робить його більш, а не менш принадним).

<sup>4</sup> Схожу аргументацію див. *Teachout P. R.* Making «Holocaust Denial» A Crime: Reflections on European Anti-Negationist Laws from the Perspective of U.S. Constitutional Experience // *Vermont Law Review*. — 2006. — Vol. 30. — P. 655, 675 («Якщо й існує ключове переконання, що лежить в основі судової практики США, яка регламентує свободу слова, то воно полягає у наступному. Можна реагувати на отруйні ідеї шляхом запровадження цензури щодо них та ув'язнювати тих, хто їх поширює, але це призведе до переміщення таких ідей у підпілля, де їх отрута буде гноїтися і поширюватися»).



почувають себе безсилями у політичному сенсі, більш ніж інші схильні вірити у теорії змови<sup>1</sup>. Теорії змови надають пояснення прихованим і, здавалося б, утаємниченим діям політичної влади, і вони являють собою популістську відповідь на урядову секретність<sup>2</sup>. Таким чином, заперечення теорії змови часто може стати доказом того, що вона існує, принаймні для її прихильників. Викривленим результатом стане те, що запровадження покарання за заперечення Голокосту надасть такому запереченню статусу легітимності, хоча б у очах тих, хто схильний повірити в істинність заперечення у першу чергу.

То що ж швидше за все відбудеться, якщо заперечення Голокосту стане злочинном чи буде іншим чином офіційно забороненим? Ті, хто схильні заперечувати факт Голокосту як концепцію, навряд чи просто відмовляться від неї тільки тому, що держава її заборонить. Замість цього, вони, швидше за все, відійдуть від пануючої у державі суспільної думки у пошуках спільноти однодумців, людей, які зміцнять їх переконання. Існування Інтернету значно полегшує пошук таких спільнот. Ряд світових сайтів охоче надають «докази» на «підтвердження» того факту, що Голокосту ніколи і не було<sup>3</sup>. Такі сайти належать не тільки окремим особам; поряд із цим декілька країн Близького Сходу, зокрема Іран та Сирія, офіційно просувають ідею заперечення Голокосту в усіх своїх засобах масової інформації, що контролюються державою, включаючи ті ЗМІ, до яких можна отримати доступ у мережі Інтернет<sup>4</sup>. Ураховуючи доступність цих джерел, малоймовірно, що спроби держави зняти заперечення Голокосту з порядку денного громадського обговорення будуть успішними; замість цього, такі дії звільнять прихильників заперечення від необхідності захищати свої погляди. Таким чином, покарання заперечення Голокосту може радше посилити, аніж послабити, переконання тих, хто не вірить у його існування. Спираючись виключно хоча б на цей факт, держава повинна утриматися від спокуси карати за заперечення Голокосту.

## V. Висновки

Багато вчених зі Сполучених Штатів, що вивчали застосування Першої Поправки, в тому числі і я, схильні мимовільно виступити проти запровадження кримінального покарання за заперечення Голокосту. Однак заперечення Голокосту створює реальну загрозу завдання моральної шкоди, шкідливого впливу на суспільну думку і навіть підбурювання до дискримінації та насильства щодо

---

<sup>1</sup> Див. Fenster M. Conspiracy Theories: Secrecy and Power in American Culture. — Minneapolis, 1999. — Р. 68–74 (обговорення теорії, яка зосереджена на недовірі пригноблених і безсилим верств населення до державних і великих організацій, що виступає в якості каталізатора для підтримки теорій змови).

<sup>2</sup> Див. там само у пункті xiv («Перш за все, теорія змови є теорією влади»); там само. — С. 67 («Теорія змови як теорія влади, таким чином, є ідеологічно неправильним розумінням владних відносин ... що ставить тих, хто у неї вірить, в якості “народу” на протипагу таємному елітному “владному блоку”»).

<sup>3</sup> Ми відмовляємося надати цим веб-сайтам таку честь, як зазначення посилання на них.

<sup>4</sup> Див. Picheny Note M. L. A Fertile Ground: The Expansion of Holocaust Denial into the Arab World // Boston College Third World Law Journal. — 2003. — Vol. 23. — Р. 346–352 (обговорення прикладів різних арабських країн, які використовують ЗМІ для просування заперечення Голокосту); Див. також Cohen R. The Ugly Arab Press // The Washington Post. — 2001. — Mar. 13. — A21 («По всьому арабському світу найпотворніша та обурлива анти-американська, антиізраїльська та антисемітська нищівна критика регулярно публікується в пресі або звучить в ефірі по радіо та телебаченню — і завжди це відбувається або з мовчазної згоди, або із заохочення уряду»).

євреїв. Теорія застосування Першої Поправки висуває абстрактні підстави протидії всім державним втручанням у громадську думку, але з аналізу випливає не набагато більше побоювань від державного регулювання заперечення Голокосту, ніж від державного регулювання у питаннях наклепу або навіть дифамації. Проте найкращим аргументом проти запровадження покарання за заперечення Голокосту є прагматичний. Оскільки заперечення Голокосту є по суті теорією змови, застосування покарання до її прихильників призведе тільки до зміцнення їх переконань. Крім того, це змусить їх залишити загальноприйнятну суспільну думку та шукати підтримки у відголосках спільнот однодумців, зосереджених в інтернет-просторі. Таким чином, запровадження покарання за заперечення Голокосту може принести мало користі та ненавмисно завдати великої шкоди.

**Лідскі Л. Що завдає шкоди?: свобода слова та регулювання брехні**

*Анотація.* Верховний Суд США інтерпретує застосування Першої Поправки до Конституції США як такої, що надає певний рівень захисту від відвертої брехні. У роботі здійснено спробу пояснити причину цього. Наводячи факт заперечення Голокосту як приклад інформації, яка завідомо є неправдивою, автор порушує питання того, чи становить така інформація більшу загрозу, ніж зазвичай визначає судова практика використання Першої Поправки. У есе також детально вивчаються непередбачувані наслідки намагань уряду запровадити кримінальне покарання за поширення брехні.

*Ключові слова:* Голокост, Інтернет, неправдива інформація, дифамація, Перша Поправка, свобода слова, Конституція, гідність, думка, доказовість.

**Лидски Л. Что наносит вред?: свобода слова и регулирование лжи**

*Аннотация.* Верховный Суд США интерпретирует применение Первой Поправки к Конституции США как такой, которая предоставляет определенный уровень защиты от откровенной лжи. В работе предпринята попытка объяснить причину этого. Приводя факт отрицания Холокоста как пример информации, заведомо являющейся ложной, автор ставит вопрос о том, составляет ли такая информация большую угрозу, чем обычно определяет судебная практика использования Первой Поправки. В эссе также подробно изучаются непредсказуемые последствия попыток правительства ввести уголовное наказание за распространение лжи.

*Ключевые слова:* Холокост, Интернет, ложная информация, диффамация, Первая Поправка, свобода слова, Конституция, достоинство, мнение, доказательность.

**Lidsky L. Where's the Harm?: Free Speech and the Regulation of Lies**

*Annotation.* The United States Supreme Court has interpreted the First Amendment to the U.S. Constitution to accord a measure of protection to outright lies. This essay seeks to explain why. Using Holocaust denial as an example of verifiably false speech, this essay poses the question of whether such speech poses a more serious danger than First Amendment jurisprudence traditionally has acknowledged. This essay also probes the unintended consequences of governmental attempts to impose criminal punishment on lies.

*Key words:* Holocaust, Internet, falsehoods, defamation, First Amendment, free speech, constitution, dignity, opinion, verifiability.