

Страсбург, 16 грудня 2014 року
Висновок 788/2014

CDL-AD (2014) 044

**ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО
(Венеціанська комісія)**

ПРОМІЖНИЙ ВИСНОВОК

щодо Закону України про очищення влади

(Закон про люстрацію)

**ухвалений Венеціанською комісією
на 101-й пленарній сесії
(Венеція, 12-13 грудня 2014 року)**

На основі коментарів

**Пані Вероніки Білкової (член, Чехія)
Пана Хуберта Енела (член, Франція)
Пана Жоржа Папуашвілі (член, Грузія)
Пані Анн Пітерс (заступник члена, Німеччина)
Пані Ганни Сухоцької (член, Польща)
Пана Бена Вермулена (член, Нідерланди)
Пана Герхарда Рейснера (Експерт DGI),
колишнього Голови Консультативної ради Європейських суддів (CCJE)**

Зміст

I. Вступ	
II. Передісторія питання.....	
III. Сфера дії даного висновку.....	
IV. Міжнародні стандарти.....	
V. Аналіз Закону про люстрацію.....	
A. Загальний коментар.....	
B. Часова сфера застосування закону	
1. Періоди минулого, що мають бути перевірені .	
а) комуністичне правління	
б) правління Президента Януковича	
2. Час прийняття закону стосовно колишніх комуністів, які обіймали державні посади.....	
3. Період, протягом якого люстраційні заходи залишаються чинними	
C. Персональні рамки застосування закону	
1. Посади, що підлягають люстрації	
2. Критерії люстрації	
3. Люстрація суддів	
D. Процедурні гарантії для осіб, до яких застосовуються процедура люстрації	
E. Публікація імен осіб, підданих люстрації.....	
VI. Висновки	

I. Вступ

1. Листом від 3 жовтня 2014 року Голова моніторингового комітету Парламентської асамблеї звернувся з проханням підготувати висновок Венеціанської комісії щодо закону «Про очищення влади» (далі – «Закон про люстрацію»; CDL-REF(2014) 046).

2. Була створена робоча група, до якої увійшли пані Вероніка Білкова, пан Хуберт Хенел, пані Енн Пітерс, пан Георгій Папуашвілі, пані Ханна Сухоцька і пан Бен Вермелен, а також пан Герхард Райсснер, експерт Директорату з прав людини Генерального директорату Ради Європи з прав людини і верховенства права (DGI).

3. 11 грудня 2014 року українська делегація у складі пана Павла Петренка, Міністра юстиції, панів Леоніда Ємця, Єгора Соболева та Георгія Логвинського, членів парламенту, а також пані Тетяни Козаченко, Директора Департаменту з питань люстрації, прибула до Венеції і представила низку аргументів стосовно Закону про люстрацію. Вони визнали необхідність внести зміни до Закону про люстрацію та звернулись за допомогою до Венеціанської комісії з метою створення ефективного люстраційного інструменту, який відповідав би застосовним міжнародним стандартам.

4. Цей проміжний висновок був обговорений на спільному засіданні Підкомісії з фундаментальних прав та демократичних інститутів 11 грудня 2014 року та в подальшому був схвалений Венеціанською комісією на її 101-ому пленарному засіданні (Венеція, 12-13 грудня 2014 року).

II. Передісторія питання

5. Закон про люстрацію був ухвалений Верховною Радою 16 вересня 2014 року і підписаний Президентом Порошенком 3 жовтня 2014 року. Він був опублікований в офіційному виданні 15 жовтня 2014 року і набрав чинності 16 жовтня 2014 року.

6. 17 жовтня 2014 року Міністерство юстиції України видало Наказ № 1704/5 *«Про затвердження Положення про Єдиний державний реєстр осіб, щодо яких застосовано положення Закону України «Про очищення влади»*. Положення передбачає створення електронної бази даних, яка містить відомості про осіб, щодо яких застосовується Закон. 28 жовтня 2014 року ця база даних була відкрита для публічного доступу, і Міністерство юстиції оприлюднило список з іменами близько 200 осіб, які були усунуті з посади на підставі Закону.

7. 18 жовтня 2014 року Служба зовнішньої розвідки України звернулася до Конституційного Суду України з проханням надати тлумачення положень пункту сьомого частини першої статті 3, пункту другого частини другої статті 3, частини третьої статті 4 та частини першої статті 2 Прикінцевих та перехідних

положень Закону у співвідношенні із частиною другою статті 1 Закону про люстрацію, а також тлумачення статті 19 Конституції України в контексті вищезазначених положень Закону про люстрацію та статті 64 Конституції України.

8. 17 листопада 2014 року Верховний Суд України звернувся до Конституційного Суду України, оскаржуючи конституційність пункту 6 частини першої, пункту 2 частини другої, пункту 13 частини другої, частини третьої статті 3 Закону про люстрацію.

9. Закон, який стосувався люстрації суддів (Закон про відновлення довіри до судової системи України¹) був раніше прийнятий Верховною Радою 8 квітня 2014 року. Вказаний закон отримав експертну оцінку Радою Європи² і наразі залишається чинним.

III. Сфера дії даного висновку

10. Моніторинговий комітет Парламентської асамблеї в жовтні 2014 року запропонував Венеціанській комісії здійснити експертизу Закону про люстрацію в Україні в якомога коротші терміни. З огляду на часові обмеження, викликані тим, що наприкінці жовтня 2014 року в Україні проходили парламентські вибори, не було можливості здійснити змістовний візит до України перед тим як підготувати цей висновок для того, щоб обговорити з українською владою підстави прийняття Закону у цій формі. У зв'язку з цим і зважаючи на відсутність пояснювальної записки до закону, даний висновок може носити лише абстрактний характер. Він охоплює основні аспекти Закону про люстрацію. Чотири ключові питання будуть детально розглянуті у даному висновку Венеціанської комісії: а) часова сфера застосування закону; б) персональна сфера застосування закону; в) процедурні гарантії для осіб, до яких застосовується Закон; d) публікація імен люстрованих осіб.

11. Дві конституційні апеляційні справи щодо деяких положень цього Закону, перебувають на розгляді Конституційного Суду (див. §§ 6 і 7), рішення якого не очікується раніше, ніж навесні 2015 року. Керуючись встановленою практикою Венеціанська комісія уникатиме того, щоб зайняти позицію стосовно питань, які є предметом конституційного провадження (у міру своєї поінформованості).

12. Нарешті, даний висновок ґрунтується на неофіційному перекладі Закону про люстрацію; можливо, деякі коментарі можуть бути спричинені неточностями перекладу.

13. Ця оцінка стосується суті Закону про люстрацію. Проте Венеціанська комісія також з'ясувала із загальнодоступних джерел, що прийняття цього Закону відбувалося у специфічних обставинах: протягом трьох читань

¹ Закон України, Про відновлення довіри до судової влади в Україні. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014. №23, ст..870 http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/judic_reform/_restoring%20confidence_full%20ENG.pdf

² http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/judic_reform/Appendix_draft_law_of_Ukraine_FINAL010414.pdf

депутати парламенту не мали належного доступу до тексту законопроекту та запропонованих до нього поправок, голосування за цей законопроект відбувалось під тиском протестувальників, які блокували будівлю Верховної Ради. Дана редакція тексту закону була оприлюднена лише після того, як закон був підписаний Головою ВРУ через декілька днів після його прийняття.

14. Венеціанська комісія хоче підкреслити, що такі процесуальні порушення є несумісними з верховенством права. І хоча вони не обов'язково роблять прийнятий закон нелегітимним, проте вони, безумовно, ставлять його легітимність під сумнів, що є особливо проблематичним для законодавчого акту, який має на меті відновлення довіри до державних органів та забезпечення відкритого та прозорого здійснення державної влади. Тому, Комісія закликає український парламент не повторювати подібні порушення у майбутньому.

IV. Міжнародні стандарти

15. Люстрація означає «очищення», вона дозволяє «виключити участь непорядних осіб (навіть суддів) у діяльності публічних інститутів»³. Люстрація є одним із інструментів перехідного правосуддя, який використовується для того, щоб захистити нові демократичні держави від загрози, яку несуть ті, хто тісно асоціюється з попередніми тоталітарними режимами, і запобігти поверненню такого режиму.

16. Три основних аргументи висувались для пояснення специфічної ролі, яку люстрація може відігравати у пост-тоталітарному державному будівництві. З точки зору профілактики стверджувалось, що люстрація є необхідною, оскільки вона захищає новий демократичний режим шляхом зобов'язання посадовців та кандидатів на посади оприлюднити інформацію про своє минуле. З точки зору уникнення шантажу наголошувалось, що люстрація захищає нову демократичну державу від тих, хто був тісно пов'язаний з силовими структурами або секретними службами попереднього режиму, і через це може стати легким об'єктом для шантажу. З точки зору публічної довіри підкреслювалось, що державні інститути мають бути більш прозорими, необхідно відновити віру суспільства у їх незалежність та надати кредит довіри тим, хто прагне обійняти важливі посади у цих інституціях⁴.

17. Люстрація не становить сама по собі порушення прав людини, оскільки демократична держава має право вимагати від посадових осіб відданості конституційним принципам, на яких вона ґрунтується⁵. Тим не менш, для того, щоб відповідати принципам прав людини, верховенства права і демократії, люстрація повинна забезпечити справедливий баланс між «захистом

³ UN High Commissioner on Human Rights, Rule of law tools for post-conflict states, Vetting: an operational framework", UN, New York and Geneva, 2006.

⁴ Див. Bodhan Vitvisky, Comments on the Ukrainian Draft Law on Lustration, Vox Ukraine Online, 25 August 2014.

⁵ ECtHR, Vogt v. Germany, op. cit., para. 59.

демократичного суспільства, з однієї сторони, і захистом індивідуальних прав, з іншої»⁶. Інакше кажучи, люстраційні заходи повинні мати пропорційний характер: бути чітко спрямованими і вузько спрямованими та «необхідними у демократичному суспільстві» для досягнення законних цілей. Як Венеціанська комісія неодноразово відзначала раніше, «процедура люстрації, незважаючи на її політичну природу, повинна бути розроблена і здійснена тільки з допомогою правових засобів відповідно до Конституції і з урахуванням європейських стандартів у сфері верховенства права і захисту прав людини. Якщо ці вимоги задоволені, тоді процедура люстрації може вважатись припустимою в демократичній державі, заснованій на верховенстві права»⁷.

18. Європейські стандарти в галузі люстрації в основному містяться у трьох джерелах:

- Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (зокрема, статті 6, 8, 10⁸ та 14, стаття 1 Протоколу №12), а також юриспруденція Європейського суду з прав людини⁹;
- прецедентне право національних конституційних судів¹⁰;
- резолюції Парламентської асамблеї Ради Європи, а саме Res1096(1996) щодо заходів з ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем і Res1481(2006) щодо необхідності міжнародного засудження тоталітарних комуністичних режимів. Резолюція ПАРЕ Res1096(1996) вказала на *«Керівні принципи гарантують те, щоб люстраційні закони*

⁶ ECtHR, Zdanoka v. Latvia, op. cit., para. 100 (щодо дискваліфікації як кандидата на парламентських виборах).

⁷ CDL-AD(2009)044, § 149.

⁸ Право на рівноправний доступ (рівні можливості перебувати на) до публічних посад як таке не гарантоване ЄКПЛ, але воно впливає з права не бути підданим дискримінації за ознакою політичних переконань (стаття 14 спільно із статтею 10 ЄКПЛ або статтею 1 Протоколу 12). Більш того, право на доступ до публічної служби визнано у міжнародному праві (пункт 2 статті 21 Загальної декларації прав людини – «Кожна людина має право рівного доступу до державної служби в своїй країні» та пункт с) Міжнародного пакту про громадянські та політичні права – «Кожний громадянин повинен мати без будь-якої дискримінації і без необґрунтованих обмежень право і можливість... допускатися в своїй країні на загальних умовах рівності до державної служби»). Право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, також закріплене у статті 38 Конституції України.

⁹ Люстрація розглядалась Європейським судом з прав людини у декількох справах, що мали відношення до відповідного законодавства, прийнятого у Словаччині (ECtHR, Turek v. Slovakia, Application No. 57986/00, 14 February 2006); в Польщі (ECtHR, Matyjek v. Poland, Application No. 38184/03, 30 May 2006, ECtHR, Luboch v. Poland, Application No. 37469/05, 15 January 2008, ECtHR, Bobek v. Poland, Application No. 68761/01, 17 July 2007, ECtHR, Schulz v. Poland, Application No. 43932/08, 13 November 2012); у Литві (ECtHR, Sidabras and Džiautas v. Lithuania, Applications Nos 55480/00 and 59330/00, 27 July 2004, ECtHR, Rainys and Gasparavičius v. Lithuania, Applications Nos 70665/01 and 74345/01, 7 April 2005, ECtHR, Žičkus v. Lithuania, Application No. 26652/02, 7 April 2009); в Латвії (ECtHR, Ždanoka v. Latvia, Application No. 58278/00, 16 March 2006, ECtHR, Adamsons v. Latvia, Application No. 3669/03, 24 June 2008) та нещодавно в Румунії (ECtHR, Naidin v. Romania, Application No. 38162/07, 21 October 2014).

¹⁰ Посилання на пошук прецедентної справи в базі даних CODICES Венеціанської комісії: http://www.venice.coe.int/files/CODICES_search_Opinion_788_2014_UKR.pdf.

і схожі адміністративні заходи відповідали вимогам держави, заснованої на верховенстві права» (далі – «Керівні принципи, що стосуються люстрації» або «керівні принципи») як на референтний документ у цій галузі.

19. Венеціанська комісія мала можливість ідентифікувати та проаналізувати ці стандарти у своїх попередніх висновках стосовно люстраційних законів в Албанії¹¹ і Колишній Югославській Республіці Македонія¹² і посилається на них.

20. Наступні чотири ключові критерії окреслюють суть стандартів, які застосовуються до люстраційних процедур:

- провина повинна бути доведена в кожному конкретному випадку індивідуально;
- право на захист, презумпція невинуватості і право на оскарження в суді мають бути гарантовані;
- різні функції і цілі люстрації, а саме захисту новопосталих демократій та кримінального права, тобто покарання осіб, які визнанні винними, повинні бути дотримані;
- люстрація повинна відбуватись у чітких часових рамках: це стосується як періоду примусового виконання, так і періоду проведення перевірки.

V. Аналіз Закону про люстрацію

A. Загальні коментарі

21. Преамбула Закону про люстрацію визначає, що мета цього закону полягає в *«захисті і утвердженні демократичних цінностей, верховенства права і прав людини в Україні»*. Як і будь-який закон про люстрацію, він спрямований на боротьбу з минулим і захист сьогодення та майбутнього з тіней минулого. Він має намір зробити це шляхом усунення/виключення окремих осіб, які згідно з їх колишньою поведінкою могли становити небезпеку для нового і все ще уразливого демократичного суспільства, з посад у центральних і місцевих органах влади. Частина друга статті 1 Закону про люстрацію визначає цих осіб, як таких, які *«своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на узурпацію влади Президентом України Віктором Януковичем, підрив основ національної безпеки і оборони України або протиправне порушення прав і свобод людини.»*

22. Закони про люстрацію є завжди сумішшю правового акта і політичного документа. Якщо Закон про люстрацію має виконувати важливу функцію забезпечення верховенства права в країні, то між цими двома елементами повинен бути знайдений відповідний баланс.

¹¹ CDL-AD(2009)044

¹² CDL-AD(2012)028

23. Частина друга статті 1 Закону про люстрацію перераховує загальні принципи, які регулюють процес люстрації: а) верховенство права і законність; б) відкритість, прозорість та публічність; в) презумпція невинуватості; г) індивідуальна відповідальність; д) гарантія права на захист. Цей список принципів, як видається, повністю відповідає європейським керівним рекомендаціям. Детальний аналіз цього закону, однак, вказує на те, що цей закон не відповідає цим принципам і керівним засадам.

В. Часова сфера застосування закону

24. Закон про люстрацію був прийнятий через 18 років після прийняття демократичної конституції 28 червня 1996 року. Він охоплює період радянського комуністичного режиму до подій на Майдані, тобто до 22 лютого 2014 року. Процедура люстрації триватиме протягом десяти років після набрання цим законом чинності, або протягом п'яти після того, як наберуть чинності відповідні судові рішення.

1. Періоди минулого, що мають бути перевірені

25. Закон про люстрацію (частина друга статті 1) прагне охопити два різні періоди недемократичної влади в країні: радянського комуністичного режиму і *«узурпації влади Президентом України Віктором Януковичем»*.

а) комуністичне минуле

26. Перший період, що охоплюється Законом про люстрацію, покриває час існування комуністичного Радянського Союзу, до складу якого входила Україна, до його розпаду у 1991 році. Немає сумнівів, що комуністичний режим характеризувався серйозними порушеннями прав людини і загальною відсутністю свобод і демократії. Це було підтверджено резолюцією 1481(2006) Парламентської асамблеї. Всі інші закони про люстрацію, які були ухвалені в країнах Центральної та Східної Європи за останні три десятиліття, фокусувалися саме на цьому періоді. Не підлягає сумніву тоталітарний характер режиму, на неповернення якого спрямована люстрація.

б) правління Президента Януковича

27. Другий період є періодом *«узурпації влади Президентом України Віктором Януковичем»*, що відповідає відповідно до частини першої статті 3 Закону усьому терміну повноважень, протягом якого В. Янукович обіймав посаду Президента України, тобто з 25 лютого 2010 року до 22 лютого 2014 року.

28. Цей період хронологічно мав місце через два десятиліття після закінчення тоталітарного комуністичного режиму і майже двадцять років після вступу України до Ради Європи (1995).

29. Керівні принципи передбачають, що люстрація *«може бути застосована тільки для усунення або суттєвого зменшення загрози, яку представляє*

суб'єкт люстрації створенню вільної демократії, зокрема шляхом використання посади, яку обіймає цей суб'єкт, для того, щоб порушувати права людини або блокування демократичних процесів»¹³. Таким чином, люстрація «не може бути використана для покарання, відплати або помсти; покарання може накладатися тільки за минулу злочинну діяльність на основі порушень дійсного Кримінального кодексу і у відповідності з усіма процедурами і гарантіями кримінального переслідування»¹⁴. Таким чином, «основна мета люстрації буде полягати, передусім, у захисті демократії проти рецидивів тоталітаризму, в той час як її другорядна мета, підпорядкована реалізації основної, полягатиме в індивідуальному покаранні осіб, які співпрацювали з тоталітарним режимом»¹⁵. Період, щодо якого застосовується люстрація, є, таким чином, одним з найважливіших питань. Люстрацію, як метод боротьби з минулим, слід застосовувати до періоду колишньої політичної системи, яка порушує права людини та людської гідності, а не на наступний період, який був створений за новою системою, що базувалася на гарантії демократії та прав людини.

30. На думку ЄСПЛ, особливий історичний та політичний контекст, що впливає на структуру демократичних інституцій, може становити загрозу для нового демократичного порядку (через відродження ідей, які, якщо дозволено створити основу, здатні відновити тоталітарний режим) і може в силу цього виправдовувати застосування люстрації щодо вчинених актів після закінчення тоталітарного режиму¹⁶.

31. Що стосується застосування заходів люстрації відносно актів, вчинених у період після завершення комуністичного тоталітарного режиму, то Венеціанська комісія наполягає у контексті попереднього випадку, що демократичний конституційний порядок повинен себе захищати шляхом демократичного функціонування своїх інституцій, імплементації принципу верховенства права і захисту прав людини, гарантій (які включають заборону на зловживання правами). По-перше, демократичний уряд відповідає перед виборцями, які можуть заперечувати переобрання. По-друге, в державі, яка керується верховенством права, уряд сам є суб'єктом юридичних і конституційних стандартів. По-третє, злочини, вчинені членами уряду, мають переслідуватись у порядку кримінального судочинства. Нарешті, кожна демократична держава може вимагати мінімум лояльності своїх службовців і може звільняти їх з посади так чи інакше, не вдаючись до особливих інструментів люстрації¹⁷. У підсумку: люстрація має бути останнім засобом.

32. Партійна приналежність, політичні та ідеологічні причини не повинні використовуватися в якості підстави для люстраційних заходів, оскільки

¹³ Керівні принципи, b

¹⁴ Керівні принципи, c

¹⁵ Конституційний суд Польщі, постанова суду K2/07

¹⁶ ECtHR, Ždanoka v. Latvia, op. cit.

¹⁷ CDL-AD(2012)044, § 25

стигматизація та дискримінація політичних опонентів не являють собою прийнятні засоби політичної боротьби в правовій державі¹⁸.

33. У лютому 2010 року Президент Янукович виграв президентські вибори в Україні, які вважалися такими, що відповідають міжнародним стандартам¹⁹. Ситуація в країні почала поступово погіршуватись²⁰. Проводилась політика, спрямована на придушення опозиційних сил, але, незважаючи на це, Янукович ніколи не мав повної політичної, ідеологічної та економічної монополії по всій країні. Більше того, один із негативних феноменів цього періоду – корупція – вже був присутнім в українському суспільстві ще до 2010 року. Старші державні службовці, які служили Януковичу, ймовірно, були вже в при владі і були, ймовірно, також лояльними до колишніх урядів. Заходи, спрямовані на боротьбу з корупцією, у тому числі, відповідно до рекомендацій Групи держав проти корупції (далі – GRECO), нове антикорупційне законодавство вже були прийняті. Слід зазначити на додаток, що Україна була державою-членом Ради Європи з 1995 року і, як така, піддавалась моніторингу щодо рівня демократії та відповідності європейським стандартам.

34. Застосування широкомасштабних заходів люстрації щодо цього конкретного періоду поставило б під сумнів фактичне функціонування правової та нормативно-правової бази України як демократичної держави, заснованої на верховенстві права. І не стільки для Венеціанської комісії, як для української влади важливо оцінити, чи є підстави для таких заходів. У будь-якому випадку, люстрація повинна бути доповнена іншими засобами забезпечення правосуддя та зміцнення системи державного управління та верховенства права, такими як кримінальне переслідування осіб, які скоїли серйозні злочини, включаючи злочини проти людства, і структурні реформи, спрямовані на зміцнення верховенства права, боротьбу з корупцією та викорінення «кумівства» (непотизму). Люстрація може служити доповненням для інших інструментів, але вона ніколи не може замінити їх, так як її роль має бути конкретною і точно їм відповідати. За будь-яких обставин Венеціанська комісія не вважає люстраційні заходи найбільш відповідними методами боротьби із корупцією.

2. Час прийняття закону стосовно колишніх комуністів, які обіймали державні посади

¹⁸ CDL-AD(2013)028

¹⁹ Президентські вибори відповідали більшості зобов'язань ОБСЄ та іншим міжнародним стандартам демократичних виборів, було продемонстровано консолідований прогрес починаючи з 2004 року". ОБСЄ, Президентські Вибори 17 і 7 лютого 2010 року, Варшава: ODIHR, , 28 квітня 2010 р. 1.

²⁰ Що стосується ситуації в судовій системі, серйозні проблеми структурної відсутності незалежності та неупередженості були виявлені в Європейському суді з прав людини у своєму рішенні Волков проти Україна (Олександр Волков проти України, скарга № 21722/11., 9 січня 2013р.). Дивіться також висновки Венеціанської комісії CDL-AD (2010) 026 і 029, і більш загально для конституційної ситуації, CDL-AD (2010) 044.

35. Цілком можливо, що демократія іноді мусить захищати себе (Концепція "streitbare / wehrhafte Demokratie"), як це було визнано Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ)²¹. Однак, така потреба, очевидно, з часом зменшується. Таким чином, необхідність для України захистити себе від тих, які були втягнуті в Радянський комуністичний режим після більш ніж двох десятиліть, що минули з моменту падіння цього режиму, викликає сумніви. Крім того, якщо Україна хоче застосувати на практиці теорію «самозахисту демократії», то український законодавець не повинен обмежувати свою увагу комуністичною небезпекою, а неупереджено використовувати її проти всіх загроз такого роду²².

36. Венеціанська комісія раніше розглядала питання введення люстраційних заходів через великий період часу після початку процесу демократизації в країні в контексті албанських і македонських законів про люстрацію, посилаючись на резолюції ПА РЄ і керівні принципи, та в прецедентному праві ЄСПЛ і ряду європейських конституційних судів. На думку Комісії²³, «*Керівні принципи ПА РЄ [...] запровадили загальне припущення, що люстраційні заходи бажано закінчити в усіх колишніх комуністичних державах не пізніше, ніж 31 грудня 1999 року. Це пов'язано із загрозою, яку становили такі колишні режими*». Комісія виявила, що в той час, як кожна демократична держава може вимагати мінімальної кількості лояльності від своїх службовців²⁴ і може звільнити їх з посади або утриматися від їх прийому на роботу з причини їх фактичної або недавньої поведінки, представляючи люстраційні заходи через великий проміжок часу після початку процесу демократизації в країні, існує ризик викликати сумніви щодо справжніх цілей. Необхідно обґрунтувати, чому хтось, хто не становить загрозу для демократії протягом тривалого часу, може раптово стати такою загрозою, що викликає необхідність заборонити йому обіймати державну посаду. У випадках Албанії і Македонії, Венеціанська комісія вимагала переконливих причин, щоб виправдати прийняття нового закону про люстрацію після стільки років після падіння комуністичного режиму²⁵. Вона попросила конституційні суди відповідної країни ретельно з особливою увагою дослідити конкретні причини, які примусили владу прийняти нове законодавство про люстрацію через багато років після закінчення комуністичного режиму²⁶.

37. У випадку України, як відомо Комісії, немає ніяких підстав, щоб виправдати люстрацію осіб, які належали до комуністичного режиму. Немає жодних ознак особливої загрози сьогодні. Згідно з інформацією української влади, під час

²¹ ECtHR, *Glaser v Germany*, no. 9228/80, 28 August 1986; *Vogt v. Germany*, Application no. 17851/91, 26 September 1995, para. 59; *Pellegrin v France*, 8 December 1999, Application no. 28541/95, para. 65; ECtHR, *Ždanoka v. Latvia*, op. cit., paras. 100-101.

²² Див. *mutatis mutandis* the opinion on Albania, CDL-AD(2009)044, para. 39.

²³ CDL-AD(2009)044, paras 27-33 ; CDL-AD(2012)028, para. 15.

²⁴ ECtHR *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Application nos. 55480/00 and 59330/00, 27 July 2004, § 57.

²⁵ CDL-AD(2009)044, para. 35; CDL-AD(2012)028, para. 17.

²⁶ CDL-AD(2009)044, para. 40; CDL-AD(2012)028, para. 18.

подій на Майдані фракція комуністів в українському парламенті діяла, порушуючи права людини, що може виправдати ставлення до неї як до реальної загрози. Разом з тим, навіть якщо уявити, що закон про люстрацій спрямований саме проти цих осіб, Венеціанська комісія відзначає, що люстрація ґрунтуються на їх співпраці з колишніми комуністичними структурами, а не на їх нинішній поведінці. Це ставить під питання вжиття люстраційних заходів.

3.Період, під час якого люстраційні заходи залишаються в силі.

38. Відповідно до частини третьої та четвертої статті 1 Закону про люстрацію особи, які обіймали одну з посад, зазначених в статті 3, не мають права обіймати будь-які посади, зазначені в статті 2, на період у 5 або 10 років. Кандидати на такі посади також повинні бути перевірені (протягом невизначеного періоду часу, ймовірно протягом 10 років після прийняття Закону). Тривалість заборони залежить від займаної посади: 10-річний термін встановлений для високопосадовців часів комунізму та правління Януковича, для осіб, які займали певні посади в часи революції на Майдані та для осіб, які були замішані в корупційних схемах. Крім того, 10-річна заборона введена на осіб, які не подавали заяв, як це передбачено частиною першою статті 4 (заява, чи підпадає хтось під заборону в рамках дії права). 5-річний термін встановлений для інших осіб, відповідно до рішення суду.

39. Керівні принципи люстрації передбачають, що *«дискваліфікація (заборона обіймати посаду) на основі люстрації не повинна бути більше, ніж п'ять років, позитивні зміни в ставленні та звичках особи не повинні бути недооцінені; люстраційні заходи повинні бути завершені не пізніше ніж 31 грудня 1999 року, тому що до цього часу у всіх колишніх тоталітарних комуністичних країнах нова демократична система повинна бути консолідована»* (пар. g).

40. Термін 31 грудня 1999 міг, очевидно, бути актуальним тільки по відношенню до усунення від влади тих, хто обіймав певні посади протягом комуністичного періоду. У вузькому розумінні цей термін повинен був застосовуватися тільки в тих країнах, які вдалися до люстрації одразу або невдовзі після падіння комунізму, на початку 1990-х років, як це було у випадку з Чехословаччиною або в країнах Балтії. У країнах, що не зробили та / або не змогли з різних причин почати процес люстрації в цей період, термін може бути іншим. Тим не менш, критерії його визначення будуть як і раніше брати до уваги рівень консолідації нової демократичної системи і загрози, яку ті, хто обіймав високі посади в комуністичному режимі, можуть нести для цієї системи.

41. У даному контексті важливо знову нагадати, що *«метою люстрації є не покарання людей, ймовірно винних...а захист демократії, яка недавно*

з'явилась»²⁷. Таким чином це не тяжкість порушень прав людини, з якою асоціювалася особа в минулому, що самі по собі мають визначити, чи ця людина повинна бути відсторонена від суспільного життя. Цей фактор буде відігравати вирішальну роль у кримінальному переслідуванні цієї особи, але може бути тільки ознакою загрози, яку вона могла б представити сьогодні і в майбутньому для визначення необхідності (тимчасового) усунення від влади.

42. Як заявила Венеціанська комісія у своїх висновках *amicus curiae* щодо Албанії, *«минула діяльність не буде постійно переконливим доказом для нинішнього ставлення до особи або навіть її майбутнього»*²⁸. Керівні принципи люстрації також вказують на це, підкреслюючи що *«малоймовірно, що хтось, хто не порушив права людини протягом останніх десяти років, зараз це зробить (даний строк, звичайно, не відноситься до порушень прав людини на підставі кримінального законодавства)»* (пар. j). Хоча це малоймовірно, але не обов'язково є неможливим, щоб українська влада, усуваючи осіб, пов'язаних з комуністичним режимом (частина четверта статті 3 Закону), від публічного життя, стежила за тим, щоб усунення поширювалось лише на осіб, які все ще (відповідно до їх праці в комуністичних органах до 1990 року: Комуністична партія, комсомол або КДБ) представляють загрозу нинішній демократичній системі України.

43. Це не означає, що українське суспільство повинно закривати очі на всі серйозні порушення прав людини, скоєні під час комуністичного періоду, і помилувати відповідальних за ці порушення. Це просто означає, що, намагаючись боротися з комуністичним минулим, слід, коли умови, зазначені в попередньому пункті, не дотримуються, використати інші інструменти, аніж люстрація, такі як індивідуальне кримінальне переслідування.

44. Максимальний термін усунення, встановлений на 5 років в Керівних принципах, не дотримується в Законі про люстрацію. Тим не менш, як Конституційний Суд Чехії встановив у своєму рішенні від 2001 року, *«визначення ступеня розвитку демократії в тій чи іншій державі є соціально-політичним питанням, а не питанням конституційного закону»*. Оскільки країни Центральної та Східної Європи пішли нерівними шляхами розвитку в пост-1990 період і ризик рецидиву тоталітарного / самодержавного режиму виявився більш реальним в деяких з них, в тому числі і в Україні, межі свободи розсуду повинні бути залишеними на розсуд національних органів, щоб визначити період, протягом якого слід застосовувати люстрацію²⁹.

45. У той же час національні органи, які обирають період, який є більшим, ніж рекомендовано в Керівних принципах, повинні мати вагомі причини для цього. Те ж саме має відбуватися, якщо впроваджуються різні періоди усунення, як це

²⁷ Керівні принципи, преамбула.

²⁸ CDL-AD(2009)044, § 38.

²⁹ ECtHR, *Naidin v. Romania*, op.cit.

має місце в Україні (5 і 10 років). Хоча такий диференційований підхід може бути виправданим, національні органи влади повинні продемонструвати, що особи, які належать до категорії, яка підлягає більш тривалому усуненню, становлять в цілому більшу загрозу для нового демократичного суспільства, ніж інші усунені особи.

46. 5-ти річний період, передбачений Керівними принципами, повинен застосовуватися не тільки до індивідуальних усунень від влади, але і до всього процесу люстрації як такого. Тим не менш, в той час, як 10-річний період триває *«протягом десяти років після того, як закон набирає чинності»* (частина третя стаття 1) – до 15 жовтня 2024, 5-річний період триває *«протягом п'яти років після того, як відповідне рішення суду набирає чинності»* (частина четверта стаття 1). Оскільки немає і навряд чи може бути встановлений крайній термін завершення судових процедур, пов'язаних з недавніми подіями в Україні, тому що ці процедури можуть тривати роками, процес люстрації є потенційно необмеженим у часі. Більше того, окремі особи, які підпадають під 5-річний період усунення від влади, можуть бути де-факто виключені із суспільного життя протягом більш тривалого періоду, ніж ті, до яких застосовується 10-річний період заборони. Закон про люстрацію повинен визначати чіткий термін завершення люстраційного процесу (з можливістю скоротити тривалість конкретних люстраційних заходів, якщо це буде виходити за рамки офіційного закінчення процесу).

47. Крім того, люстрація відноситься не тільки до осіб, які займають посади, що підпадають під люстрацію, але також і до кандидатів на ці посади. Закон про люстрацію не вказує на певний строк застосування перевірки кандидатів (згідно з інформацією української влади, перевірка має бути проведена у період з листопаду 2014 року по грудень 2016 року).

48. Проте, як вже було сказано вище, є зрозумілим, що з плином часу, після падіння тоталітарного або авторитарного режиму, необхідність у люстрації повинна зменшуватися, оскільки нова демократична система зміцнюється, та особи, пов'язані з минулим режимом, втрачають свій вплив і владу. У якийсь відрізок часу збереження люстрації може стати контрпродуктивним, оскільки запобігатиме нормалізації ситуації в країні і гальмуватиме процес примирення, а не сприятиме йому.

49. Крім того, як зазначив Європейський суд з прав людини у справі Жданока, національна влада *«повинна тримати обмеження закону під постійним контролем, з метою приведення його до найскорішого кінця»*³⁰. Така процедура, однак, не передбачена Законом.

С. Особи, до яких застосовується закон

³⁰ ECtHR, *Ždanoka v. Latvia*, op. cit., § 135.

1. Посади, що підлягають люстрації

50. Стаття 2 Закону про люстрацію передбачає великий перелік посад, які повинні бути «захищені», і особи, які їх обіймають, таким чином, підлягають люстрації. Особи, які на даний час займають ці посади, будуть перевірені в найближчі місяці згідно з планом, затвердженим Кабінетом Міністрів України.

51. Керівні принципи надають чіткі орієнтири щодо кола осіб, до яких застосовуються люстраційні заходи.

52. Закон про люстрацію виконується разом з умовою, що, «люстрація не застосовується до виборних посад», ці посади були виключені в частині першій статті 1.

53. Що стосується вимоги, що «люстрація не застосовуватиметься до посад в приватних або напівприватних організаціях», то частина дев'ята статті 2 згадує *«керівників державних, в тому числі казенних, підприємств оборонно-промислового комплексу, а також державних підприємств, що належать до сфери управління суб'єкта надання адміністративних послуг»*.

54. Наступна вимога – *«люстрація повинна бути обмеженою посадами, щодо яких є всі підстави вважати, що особи, які їх обіймають, можуть становити значну небезпеку для прав людини і демократії»*. Список позицій, що підлягають люстрації, досить великий, і охоплює практично всі посади - за винятком виборних - в центральних і місцевих органах влади, а також в інших державних органах. Є політичні посади, зокрема, Прем'єр-міністр і міністри; Генеральний прокурор і члени Вищої Ради Юстиції; але є також і адміністративні посади, такі як Глава Адміністрації Президента, Голова Фонду державного майна, Голова Державного комітету з телебачення і радіомовлення, голови та члени Національної комісії, відповідальні за державне регулювання природних монополій, державне регулювання у сферах зв'язку та інформатизації; а також дуже широка категорія інших посадовців та службовців центральних та місцевих органів виконавчої влади. Не зрозуміло, чому всі ці позиції, на думку законодавців, можуть становити значну небезпеку і бути по-справжньому *«призначеними державними посадовцями, які несуть значну відповідальність за вироблення та реалізацію державної політики та практики, що стосуються внутрішньої безпеки, або призначені до державних органів, які можуть санкціонувати порушення прав людини та / або скоєних, наприклад, правоохоронними органами, службами безпеки та розвідки, судовою системою та органами прокуратури»*, відповідно до пункту (d) Керівних принципів. Венеціанська комісія вже висловила сумніви щодо обґрунтованості презумпції небезпеки для деяких з цих посад³¹. Список посад, що підпадають під люстрацію, повинен бути обмежений.

³¹ CDL-AD(2009)044, § 54.

55. Включення до статті 2 положень про те, що «особам, які мають намір обійняти посади, визначені у пунктах 1 до 10» (Стаття 2.11), очевидно, є помилкою. Цей пункт повинен бути викладеним у Статті 3.

2. Критерії люстрації

56. Стаття 3 Закону про люстрацію перераховує критерії для люстрації та вводить заборону обіймати державні посади (тобто посади, вказані у статті 2) на п'ять або десять років, залежно від посади, яку особа обіймала раніше, з довгого переліку, протягом минулих періодів, які вимагають перевірки.

57. Перша категорія передбачає встановлення заборони терміном на десять років (Стаття 1.3) та включає у себе:

а) осіб, які обіймали високі посади в державному апараті, принаймні, у період між 25 лютого 2010 року і 22 лютого 2014 (Стаття 3.1);

б) фізичних осіб, які обіймали певні посади, в основному в армії, в правоохоронних органах, судових органах або засобах масової інформації, у період між 21 листопадом 2013 року та 22 лютого 2014 (Стаття 3.2);

в) осіб, які обіймали високі посади в Комуністичній партії чи Комсомолі в радянські часи або працювали в якості найманих працівників або таємних агентів КДБ в цей період (Стаття 3.4);

г) осіб, які збагатилися в порушення Закону про засади запобігання і протидії корупції (стаття 3.8);

д) працівників правоохоронних органів, прокурорів та суддів, які вчиняли певні дії щодо осіб, які підпадають під дію Законів про амністію.

58. Друга категорія передбачає запровадження заборони терміном на п'ять років (Стаття 1.4) і включає в себе:

а) суддів, прокурорів, співробітників правоохоронних органів, які брали активну участь у переслідуванні людей за діяльність, спрямовану проти Януковича, та діяльність, спрямовану проти демонстрантів періоду Євромайдану;

б) посадових осіб та співробітників центральних і місцевих органів влади, які займали високі посади в державному апараті в період з 25 лютого 2010 року і до 22 лютого 2014, не включені до вищевказаної категорії 1а), а також ті, хто зробив свій внесок в узурпацію влади Януковичем і прагнув підірвати основи національної безпеки, оборони та територіальної цілісності України, заподіяв шкоду правам і свободам людини (Стаття 3.5.);

с) посадових осіб та співробітників центральних і місцевих органів влади, чий рішення та дії не дозволяли реалізації конституційного права на свободу мирних зборів і проведення мітингів, демонстрацій, а також завдавали шкоди життю, здоров'ю або майну громадян у період між 21 листопада 2013 року та 22 лютого 2014 року (Стаття 3.6.);

d) посадових осіб та співробітників центральних і місцевих органів влади, щодо яких будуть ухвалені рішення суду, де буде встановлено, що вони співпрацювали в якості таємних інформаторів зі спецслужбами інших країн для забезпечення їх регулярною інформацією; які не зуміли прийняти рішення або вжити заходи та / або дії, ухвалювали рішення або здійснювали бездіяльність, спрямовану на підрив національної безпеки, оборони чи територіальної цілісності України.

59. Деякі із цих положень незрозумілі і туманні. Наприклад, які критерії повинні брати до уваги суди при визначенні того, чи хтось *«робив свій внесок в узурпацію владиздійсненої Віктором Януковичем»* відповідно до частини п'ятої статті 3? У контексті широкого застосування люстрації та її децентралізованої імплементації, неточні формулювання можуть призвести до невірному застосування закону, а також можуть бути використані в особистих або політичних цілях. Ці положення слід змінити.

60. У випадку з особами, про яких йде мова у параграфі 53, необхідне рішення суду, яке стосується фактів, відзначених у відповідному положенні, що набрало чинності.

61. В інших випадках, умовою застосування люстраційних заходів є лише сам факт обіймання специфічної посади, без судової оцінки.

62. Відповідно до Керівних принципів, люстрація має бути спрямована виключно на осіб, які відігравали важливу роль у підготовці серйозних актів із порушення прав людини, або тих, хто обіймав високі/керівні посади в організації, яка відповідала за серйозні порушення прав людини; ніхто не може бути об'єктом для люстрації відповідно до особистих думок та переконань; свідомі особи можуть бути люстровані тільки у разі, якщо їх дії насправді нанесли шкоду іншим, або вони знали чи повинні були знати про наслідки своїх дій. Більше того, особи віком до 18 років, які були залучені у відповідні справи, добровільно відмовилися та / або залишили роботу або припинили працювати на відповідну організацію до встановлення демократичного режиму, або ті, хто діяв під примусом, повинні бути виключені з процесу люстрації.

63. Нарешті, як це зазначено у частині другій статті 1 Закону про люстрацію, *«люстрація повинна базуватися на принципі індивідуальної (а не колективної) відповідальності»*.

64. Закон про люстрацію не відповідає цим критеріям. За винятком осіб, про яких йде мова у частині п'ятій-сьомій статті 3, встановлення індивідуальної

вини незалежним органом не вимагається. Заборона доступу до публічної діяльності, яка стосується цих осіб, базується лише на факті того, що щодо особи, яка займала певні посади, може бути запроваджена презумпція вини. Такий підхід може бути застосований по відношенню до тих осіб, які обіймали високі позиції протягом комуністичного періоду правління, та осіб, які скоювали важкі урядові злочини протягом правління режиму В. Януковича (високопосадовці). В усіх інших випадках вина повинна буди доведена виключно на індивідуальній основі. Якщо лише сам факт причетності до партії, організації або адміністративного органу старого режиму є підставою для відсторонення від публічної діяльності, то така заборона зводиться до форми колективного або дискримінаційного покарання, яке несумісне з нормами в галузі захисту прав людини. Люстрація ризикує стати політичним інструментом для придушення опонентів.

65. Відповідно до Закону про люстрацію, особи, які є об'єктом люстрації, не мають можливості довести, що незважаючи на посади, які вони обіймали, вони не брали участі у порушеннях прав людини, не вчиняли та не підтримували жодні антидемократичні дії. Так виглядає, що немає будь-якої можливості здійснювати посилення на час, який минув з моменту, коли особа обіймала посаду, або відповідним чином себе поводи́ла чи мала відповідне ставлення. Європейський суд з прав людини погодився на те, що лише надзвичайно серйозна поведінка у минулому – зокрема, співпраця з Секурітате – може стати критерієм для постійної заборони займати посади в державному управлінні³². Водночас, на погляд Комісії, той факт, що Закон про люстрацію повністю виключає фактор часу, незважаючи на тяжкість проступків у минулому, суперечить принципу «індивідуальної відповідальності», на якому повинна базуватись люстрація (частина друга статті 1). Навіть добровільна відставка з посади до 22 січня 2014 року може бути недостатньою для виключення особи з процесу люстрації. На переконання Комісії, особі має бути надана можливість добровільної відставки: це збереже урядові фінансові та кадрові ресурси, у той час як особа може не розкривати свої особисті дані.

66. Недотримання вимоги про індивідуальне рішення є особливе проблематичним у випадках, коли особи обіймали посади відповідно до частини восьмої статті 3. Це положення вказує на те, що, відповідно до частини третьої статті 1 заборона має накладатися на «осіб, щодо яких немає достатньо інформації про володіння власністю (право власності) та прозорості у володінні нерухомістю, доходу, витрати та фінансові зобов'язання за попередній рік, підготовленої у формі, встановленій Законом України про принципи запобігання та боротьби із корупцією та/або невідповідність між вартістю майна (право власності), яка була набута особою протягом перебування в установах, визначених Статтями 2.1.1 та 2.1.20 (де вартість вказується у їх фінансовій звітності) та прибутки, отримані із законних джерел».

³² ECtHR; Naidin v. Romania judgment, op. cit.

67. Не зрозуміло, як люстраційна перевірка може виявити недостовірність інформації щодо фінансових питань, оскільки закон не вказує, що такі дані повинні бути оцінені у ході перевірки. Фактично, перевірка такої інформації буде складнішою, ніж оцінка індивідуальної посади, яку особа обіймала у минулому, оскільки вона вимагає наявності спеціальних знань тими, хто здійснює відповідну перевірку. Згідно з інформацією української влади, Уряд України уповноважив податкові органи провести таку перевірку. Але ж спеціалізовані антикорупційні процедури та органи вже існують у відповідності до антикорупційного законодавства України. Венеціанська комісія погоджується, що корупція незаперечно підриває (віру в) демократичний устрій та верховенства права, проте, їй важко змиритися з тим, що особа, яка виявилася замішаною у корупції, внаслідок цього створює ризики з точки зору серйозного порушення прав людини, що вимагають застосування люстраційних заходів (як альтернатива застосуванню кримінальних санкцій внаслідок належного кримінального провадження).

68. Закон про люстрацію передбачає виключення тих осіб, які були звільнені з відповідних посад (частина друга статті 3). І навпаки, немає виключень для тих, хто залишив посаду за власним бажанням. У той же час, особи, які підпадають під інші категорії посад, наприклад, передбачені частиною першою статті 3, не можуть скористатися будь-якими виключеннями. Оскільки *«метою люстрації є не покарання людини, яка ймовірно, є винною...а захист нової демократії, що з'явилася (визначено у Керівних принципах)»*, зміна думки і ставлення особи є факторами, які мають бути враховані.

69. Відповідно до частини сьомої статті 1, люстраційна заборона *«не застосовується до осіб, зазначених у частинах другій - четвертій статті 3 цього Закону, які визнані учасниками бойових дій під час проведення антитерористичної операції на сході України у встановленому законодавством порядку»*. Положення застосовується до цілого ряду державних посад, в тому числі багатьох посад у судовій системі. Оскільки особи, які обіймають такі посади, не обов'язково беруть участь у військовій діяльності, недостатньо зрозумілим, чим мотивувалися законодавці для включення цієї категорії посад та виключення іншої категорії посад.

70. Закон про люстрацію не встановлює жодних винятків для осіб віком до 18 років, коли вони були залучені до відповідних дій. Враховуючи характер посад, які підпадають під підозру, мало ймовірно, що особи віком до 18 років могли їх обіймати. Тим не менше, такий варіант не можна повністю виключати, тому було б краще, якби Закон чітко вказав граничний вік до 18 років.

3. Люстрація суддів

71. Люстрація суддів заслуговує на окремий аналіз. Українська судова система вже є об'єктом люстрації відповідно до Закону про відновлення довіри до судової системи, який було ухвалено 8 квітня 2014 року. Цим Законом

встановлюється «Спеціальна тимчасова комісія по перевірці суддів». Висновки вказаної комісії щодо порушення присяги суддею передаються до Вищої ради суддів для подальшого розгляду та прийняття рішення про те, чи пропонувати чи ні звільнити цього суддю. У разі, якщо факт порушення присяги не встановлено, то до судді може застосовуватися дисциплінарне процедурне покарання.

72. Відповідно до статті 3 Закону про відновлення довіри до судової системи, *«судді, які працюють в судах загальної юрисдикції, повинні піддаватися перевірці у разі, якщо він/вона ухвалювали наступні самостійні рішення, або рішення як члени відповідної судової колегії»:*

а) приймали рішення про обмеження громадянських прав на зібрання, мітинги, вуличні демонстрації в Україні, які були проведені у період між 21 листопада 2013 та періодом набрання чинності цим Законом;

б) приймали рішення про досудове утримання під вартою, підтримувати запити про попереднє ув'язнення, розширювали періоди утримання під вартою, виносили обвинувачувальні вироки, а також постанови судів апеляційної чи касаційної інстанції щодо розгляду обвинувачувальних вироків без їх скасування, які застосовувалися по відношенню до осіб, визнаних політичними в'язнями за дії, пов'язані з їх політичною та громадською діяльністю;

с) приймали рішення про досудове утримання під вартою, підтримували запити про попереднє ув'язнення, збільшували терміни утримання під вартою і виносили обвинувачувальні вироки стосовно учасників масових протестів, які брали участь у протестних акціях у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону, тому що їх участь у таких діях;

д) приймали адміністративні рішення про призупинення терміну дії водійських посвідчень особам, які брали участь у масових акціях протесту у період між 21 листопада 2013 та до набрання чинності цього Закону відповідно до статті 122-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення за те, що водії не виконували накази зупинитися на вимогу органів міліції, а також приймали постанови апеляційних судів про залишення в силі обмежень для тих, хто проходив по таким справам у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону;

е) приймали рішення про накладання адміністративних санкцій по відношенню до осіб, які брали участь у масових акціях протесту у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону відповідно до статті 185 Кодексу України про адміністративні правопорушення за злісну непокору законним розпорядженням або наказам представників правоохоронних органів, членів громадянських організацій охорони громадського порядку та національних прикордонних органів і військовослужбовців, а також постанов апеляційних суддів по справах, за

якими вони проходили у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону

f) приймали рішення про накладання адміністративних покарань щодо осіб, які брали участь у масових акціях протесту у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону відповідно до статті 185-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення за порушення порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних протестів та демонстрацій, а також приймали постанови апеляційних судів для залишення відповідних рішень у силі щодо осіб по справах, за якими вони проходили у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону;

g) приймали рішення про накладання адміністративних санкцій щодо осіб, які брали участь у масових акціях протесту у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону відповідно до статті 185-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення за створення умов, які порушують порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних протестів і демонстрацій, а також приймали постанови апеляційних судів для залишення відповідних рішень у силі щодо осіб по справах, за якими вони проходили у період між 21 листопада 2013 та набранням чинності цього Закону;

h) приймали рішення у справах, пов'язаних із виборами депутатів Верховної Ради України сьомого скликання, анулюванню їхніх результатів або позбавлення статусу члена парламенту особи, обраної до парламенту сьомого скликання (партії, чиї права чи інтереси були порушені, безпосередньо ініціюють перевірку суддів);

i) видавали ордери на здійснення розслідування компетентними органами дій, направлених проти учасників масових протестів у період між 21 листопада 2013 і 21 лютого 2014 у зв'язку із їх участю в таких акціях протесту.

73. Закон про люстрацію також застосовується по відношенню до суддів.

74. Відповідно до пункту тринадцятого частини другої статті 3, щодо судді повинно бути введено обмеження на зайняття ним посади протягом 10 років у випадку, коли він підпадає під люстрацію відповідно до нового Закону (частина третя статті 1), якщо він *«ухвалював рішення про примусове притягнення до суду з подальшим утриманням під вартою як запобіжного заходу або приймав рішення про притягнення до адміністративної або кримінальної відповідальності осіб, звільнених від кримінальної або адміністративної відповідальності відповідно до Закону України №737-VII від 29 січня 2014 року «Про усунення негативних наслідків та запобігання переслідування і покарання осіб у контексті подій, що сталося під час мирних зібрань» і Закону України №743-VII від 21 лютого 2014 року «Про запобігання*

переслідування і покарання осіб у контексті подій, які відбулися під час мирних зібрань, і визнання деяких законів України недійсними».

75. Відповідно до частин третьої, шостої та сьомої статті 3, суддя, люстрований відповідно до нового Закону на період 5 років (частина четверта статті 1), повинен бути звільнений із займаної посади у разі, якщо:

а) суддя ухвалював рішення для забезпечення появи особи в суді з метою обрання запобіжного заходу у вигляді тюремного ув'язнення, або залишав у силі обвинувачувальні вироки стосовно осіб, які підпадали під дію індивідуальної амністії відповідно до положень Закону України №792-VII від 27 лютого 2014 року *«Про внесення змін до Закону України «Про надання амністії в Україні щодо повної реабілітації політв'язнів»*, представників правоохоронних органів, працівників прокуратури або інших правоохоронних органів, які, через їх рішення, дії або бездіяльність, здійснювали низку дій (та / або брали участь чи сприяли їх прийняттю) з метою кримінального переслідування і притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які підпадають під повну індивідуальну амністію відповідно до положень до Закону України №792-VII від 27 лютого 2014 року *Про внесення змін до Закону України про надання амністії в Україні щодо повної реабілітації політв'язнів (Стаття 3.3);*

б) судді, чиї рішення, дії або бездіяльність, які доведені у рішеннях суду, що набрали чинності, намагалися перешкоджати здійсненню конституційного права громадян України на свободу мирних зборів і проведенню мітингів, демонстрацій, або які становили загрозу людському життю, здоров'ю або майновим правам у період між 21 листопада 2013 і до 22 лютого 2014 (Стаття 3.6);

с) якщо рішення суду щодо судді, яке набрало чинності, встановлює, що суддя:

ухвалив рішення, вчинив дії, не зміг вжити заходів та / або полегшив такі дії, рішення або вчинив бездіяльність, яка підриває національну безпеку, оборону чи територіальну цілісність України;

підбурював міжнародну ворожнечу;

прийняв незаконні рішення, вчинив дії або бездіяльність, які порушили права людини та основні свободи, і ці порушення були доведені у рішеннях Європейського суду з прав людини (Стаття 3.7).

76. Існує дублювання між Законом про люстрацію і Законом про відновлення довіри до судової системи, особливо що стосується подій періоду Євромайдану. Українська влада пояснила, що включення суддів у сферу дію нового закону мало дві підстави: по-перше, попередній закон довів свою

неефективність (кількість справ, порушених спеціальною комісією, є незначною); по-друге, попередній закон не дозволяє заборонити люстрованому судді обіймати посаду в державному апараті. Венеціанська комісія вважає, що якщо попередній закон продемонстрував свою неефективність, його необхідно скасувати та замінити новим, положення якого, будучи більш ефективними, узгоджуватимуться з конституційними нормами, що гарантують незалежність суддів. Наявне ж дублювання порушує питання про юридичну визначеність і координацію: якщо суддя уже був об'єктом процедури відповідно до Закону про відновлення довіри, він або вона повинні мати імунітет від застосування положень Закону про люстрацію у відповідності з принципом *non bis in idem*. Якщо поки жодна процедура не була проведена щодо судді, незрозумілим залишається, яку процедуру потрібно застосовувати. Люстрація суддів повинна бути врегульована лише одним законом.

77. Зазначені вище Закони про амністію вказують на те, що для деяких злочинів, вказаних у Законі, кримінальна справа не може бути розпочата або - якщо вона знаходиться у стадії розгляду - повинна бути припинена, а відповідні рішення, які вже були ухвалені, повинні бути оголошені недійсними. Це «звільнення від кримінальної відповідальності» визначає 25 видів злочинів, до яких повинна бути застосована амністія. Серед цих злочинів є «насильство щодо державних службовців» та «умисне знищення майна». Звідси випливає, що кримінальна відповідальність буде скасовано більш-менш автоматично у випадках, які на той час, коли суддя прийняв рішення, кваліфікувались як кримінальні злочини. Це означає, що дії судді у багатьох випадках можуть бути повністю правильним. Тому дуже важливо не звинувачувати суддів за такого роду законну діяльність. Люстраційні заходи, відповідно до Статті 3.3, не слід вживати в цих випадках автоматично.

78. Люстраційні заходи повинні у подальшому застосовуватися тільки за рішенням суду; це передбачено в частині п'ятій-сьомій статті 3, але слід уточнити, що таке рішення повинно бути винесене в результаті здійснення процедури, спрямованої проти людини, яка підлягає люстрації, а не через процедуру, ініційовану обвинуваченою особою відповідно до положень одного із двох Законів про амністію. Рішення суду також повинні бути ухвалені для здійснення люстраційних заходів відповідно до частини третьої статті 3.

79. Не є зрозумілим, чи термін «*особи, які підлягають повній індивідуальній амністії*» застосовується по відношенню до осіб, які вже скористалися амністією, або тих, хто може скористатися амністією у майбутньому.

80. Оскільки судді також можуть стати об'єктом люстрації відповідно до загальних положень статей 3 § 4, 3 § 7 і 3 § 8, зауваження, зроблені у цьому висновку, також застосовуються.

81. Люстрація суддів також викликає певні питання, особливо які стосуються порядку люстрації, що буде розглянуто у подальших розділах.

D. Процесуальні гарантії для осіб, щодо яких застосовуються люстраційні процедури

82. Існує усталене прецедентне право Європейського суду з прав людини, згідно з яким до люстраційної процедури застосовується стаття 6 Конвенції в частині кримінальних гарантій³³. Резолюція 1096 (1996) вимагає дотримання права на захист, презумпції невинуватості доки вина особи не доведена, а також збереження права на звернення до суду³⁴.

83. Відповідно до вимоги m) Керівних принципів, *«в жодному разі людина не може бути люстрована без забезпечення повного належного процесуального захисту, включаючи, але не обмежуючись правом на адвоката (призначається, якщо особа не може дозволити собі заплатити за захисника), на ознайомлення та оскарження зібраних проти неї доказів, на доступ до всіх доказів, що підтверджують або спростовують її провину, на представлення власних доказів, на відкриті усні слухання у справі у разі запиту та на звернення до незалежного судового органу»*.

84. Венеціанська комісія також вимагає, щоб звільнення із посади було призупинено протягом розгляду апеляції, а також, щоб суд був наділений повноваженнями скасовувати рішення люстраційного органу з урахуванням обставин кожного конкретного випадку³⁵.

85. Частина перша статті 1 Закону про люстрацію визначає, що люстрація має базуватися, зокрема, на презумпції невинуватості і передбачати гарантії права на захист. Тим не менш, вона не забезпечує повноцінні процесуальні гарантії для осіб, які підпадають під люстрацію.

86. Відповідно до Керівних принципів (a), *«люстрація повинна здійснюватися спеціально створеним незалежним органом за участю видатних громадян, запропонованих Главою держави і затверджених парламентом»*. Мета цієї вимоги полягає в забезпеченні об'єктивності та незалежності діяльності органу, уповноваженого здійснювати процедури люстрації.

87. Стаття 5 Закону про люстрацію визначає Міністра юстиції України як *«уповноваженого забезпечити проведення перевірки, передбаченої цим Законом»*. Отже, незалежний орган, який би наглядав за процесом, відсутній. Натомість рішення ухвалюються Міністерством юстиції України на основі перевірок, проведених керівництвом урядових органів, де працюють особи, стосовно яких проводяться перевірки. Українська влада підкреслила, що Міністерство юстиції може прийняти рішення про здійснення аудиту

³³ ECtHR, decision of 30 May 2006, *Matyjek v. Poland*, app. no. 38184/03, paras. 48 et seq., decision of 24 October 2006, *Bobek v. Poland*, app. no. 68761/01, para. 2.

³⁴ PACE Res. 1096(1996), para. 12. See also ECtHR, *Turek v. Poland*, op. cit., par. 115.

³⁵ CDL-AD(2009)044, paras. 97 and 108.

незалежним агентством. Вони також вважають, що публічність процесу перевірки забезпечує прозорість цього процесу.

88. Згідно з частиною другою статті 5 Закону Міністерство юстиції України має утворити *«дорадчий громадський орган з питань люстрації при Міністерстві юстиції України для забезпечення здійснення громадського контролю за процесом очищення влади (люстрації), до складу якого повинні входити представники засобів масової інформації та представники громадськості»*. У той час, як мета цього положення є без сумніву позитивною, воно є недостатнім, щоб забезпечити гарантії демократичного контролю над процесом. Закон не визначає, як цей Орган має діяти та якими є його повноваження. До того ж, здається, що призначення членів цього Органу належить до відповідальності Міністерства юстиції України замість того, щоб належати Парламенту. Це підриває незалежність цього Органу. Врешті решт, консультативна функція Органу робить його достатньо слабкою інституцією. Ці положення мають бути уважно переглянуті.

89. Відповідно до статті 4 процес перевірки – для діючих посадових або службових осіб – починається з дати, визначеної в плані проведенні перевірки, затвердженому Кабінетом міністрів України. Протягом 10 днів з початку перевірки, усі особи, які займають посади, що підпадають під люстрацію, повинні подати заяву, у якій повідомляють про те, що до них застосовуються/ не застосовуються заборони, визначені частиною третьою або четвертою статті 1 цього Закону. Неподання такої заяви або заява, в якій зазначено, що до неї застосовується заборона, зазначена у частині третій або четвертій статті 1 цього Закону, є підставою для автоматичного звільнення особи протягом трьох днів із займаної посади не пізніше як на третій день після спливу строку або дати подання такої заяви.

90. Негативні заяви перевіряються відповідним державним органом, в якому працює суб'єкт перевірки. Таке делегування повноважень створює проблему передбачуваності та підзвітності. Оскільки Україна ніколи не мала досвіду люстрації, існує ризик, що практика застосування Закону про очищення влади, який буде виконуватись великою кількістю різних органів, не буде уніфікованою та може використовуватись для розв'язання приватних і політичних спорів.

91. Хоча стаття 8 Закону передбачає *«парламентський контроль»* щодо відповідності законодавству, вона не визначає межі такого контролю. Таким чином, не зрозуміло та й навіть сумнівно, чи парламент – Верховна Рада України – зможе запобігти усім потенційним ризикам, пов'язаним з децентралізованим процесом проведення перевірки.

92. Згідно з частиною третьою статті 5 Закону фізичні та юридичні особи мають надати інформацію про накладення заборони щодо особи, яка проходить перевірку, протягом одного місяця з початку перевірки. З англійського перекладу Закону не зрозуміло, чи така інформація має тільки стосуватися

заборон, які вже були накладені на осіб, чи може містити щось важливе для процесу перевірки. В останньому випадку, українська влада має належним чином забезпечити, щоб процедура перевірки не стала платформою для з'ясування персональних відносин між особами.

93. У разі встановлення за результатами перевірки недостовірності відомостей, орган, що проводить перевірку, повідомляє про них особу, стосовно якої проводиться перевірка. Остання має право надати пояснення за такими фактами та підтверджуючі документи. В Законі не вказано, чи ця особа матиме повний доступ до її/його люстраційної справи та усіх матеріалів, які мають відношення до справи.

94. Особи, які визнають, або щодо яких виявлено, що вони належать до будь-якої з груп посад, перерахованих у статті 2, повинні бути терміново звільнені з посади, яку вони у цей час займають. Вони не можуть бути призначеними на будь-яку іншу захищену посаду. Строк звільнення – протягом трьох днів після подання позитивної заяви (частина третя статті 4) або після отримання висновку про перевірку, яким встановлено недостовірність наданої інформації (частина чотирнадцята статті 5) – є занадто коротким. Негайне звільнення протягом трьох днів також застосовується до тих, хто не подав заяву (протягом визначеного 10-тиденного терміну). Ця норма є дуже суворою і не має винятків для окремих випадків (наприклад, по причині стану здоров'я і т.д.) Врешті решт, Закон не передбачає альтернативних опцій, таких як добровільне звільнення з посади, і не зрозуміло, чи існує простір для таких опцій.

95. Специфічні проблеми виникають у зв'язку зі звільненням суддів згідно з Законом про очищення влади, тому що посада судді є конституційно захищеною для забезпечення їх незалежності. Згідно з Конституцією України, звільнити суддів може або Президент або Голова Верховної Ради України, залежно від посади судді (статті 126 та 127 Конституції). Подання пропозицій щодо звільнення належать виключно до компетенції Вищої Ради юстиції. Закон про очищення влади покладає відповідальність за перевірку суддів на голів відповідних судів. Згідно з принципом розподілу влади, процедура перевірки децентралізованими органами перевірки не повинна застосовуватися до суддів. Разом з тим, у разі встановлення під час перевірки професійного судді недостовірності відомостей, згідно з частиною тринадцять статті 5 Закону, орган який проводив перевірку, надсилає копію висновку про результати перевірки до Міністерства юстиції України, яке надсилає його до Вищої ради юстиції та/або Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та звертається з пропозицією про прийняття подання про звільнення судді з посади. Разом з тим, відповідно до Конституції, Вища рада юстиції не може бути зобов'язана таким поданням та має сама надати оцінку по суті кожної справи. Закон про очищення влади має чітко врегулювати такі випадки, дотримуючись конституційних правил, які захищають незалежність суддів.

96. Частина одинадцять статті 5 та частини восьмої статті 1 прямо визнають, що висновок органу, який проводить перевірку, як і будь-яке рішення, дія або бездіяльність суб'єктів владних повноважень при виконанні цього Закону *«оскаржуються в судовому порядку»* (можна передбачити, що йдеться про звичайні суди, але це потребує роз'яснення). Однак, вони не передбачають будь-якої конкретної процедури та застережень щодо осіб, яких було люстровано; права люстрованих осіб бути присутніми та брати участь у цій процедурі, особливо, мають бути чітко визначеними. Закон про очищення влади не передбачає, щоб наслідки висновку про результати перевірки були призупинені у разі апеляції, та до того, як остаточне рішення, що не підлягає оскарженню, буде ухвалене компетентним судом.

97. Врешті решт, зв'язок між люстрацією та кримінальним переслідуванням та між санкціями, які накладаються у цих процедурах, є незрозумілим. Згідно з частиною п'ятою статті 1 Закону, люстраційна заборона *«може застосовуватися до особи лише один раз»*. Частина десята Статті 3 Закону, однак, передбачає, що особи, звинувачені у кримінальній процедурі можуть підлягати цій забороні, як в якості основного, так і додаткового покарання. В останньому випадку, заборона накладається на 5 років. Згідно зі статтею 55 Кримінального кодексу України³⁶, заборона на окремі види діяльності може накладатися в якості первинної кримінальної санкції (2-5 років), додаткова кримінальна санкція (1-3 роки) або додаткова санкція згідно з Законом про очищення влади (5 років, див. частину десяту статті 3). Зв'язок між цими різними концепціями є незрозумілим. Законом також не визначається, що заборона як кримінальна санкція та як додаткова люстраційна санкція не може накладатися кумулятивно і таким чином виникає певне занепокоєння у світлі застосування принципу *non bis in idem*. До відповідних положень Закону про очищення влади слід внести зміни.

Е. Оприлюднення списку осіб, щодо яких застосовано положення Закону України «Про очищення влади»

98. Згідно зі статтею 7 Закону про очищення влади, відомості про осіб, щодо яких встановлено заборону, вносяться до Єдиного державного реєстру осіб, щодо яких застосовано положення Закону України «Про очищення влади» (далі - Реєстр), що формується та ведеться Міністерством юстиції України. Крім того, ці відомості про осіб, щодо яких застосовано заборону, передбачену частиною четвертою статті 1 цього Закону, оприлюднюються на офіційному веб-сайті Міністерства юстиції України, де персональні дані та відомості про стан проходження перевірки особою, є у вільному доступі.

99. Це положення є проблематичним. Венеціанська комісія у попередніх висновках зазначала, що *«оприлюднення до того, як ухвалене рішення суду, є*

³⁶ Закон України, Кримінальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст. 131.

проблематичним з точки зору дотримання Статті 8 ЄКПЛ. Негативні наслідки такого оприлюднення для репутації особи навряд чи зможуть бути усунені подальшою ректифікацією, а відповідна особа не має засобів захисту від таких негативних наслідків. Останнє може розглядатись як пропорційний захід, необхідний у демократичному суспільстві, тільки коли колабораціонізм є остаточно перевіреним, а не до цього. Опублікування повинне мати місце тільки після рішення суду.»³⁷

100. Закон про очищення влади не гарантує, що опублікування дозволяється тільки після остаточного рішення суду; як таке, це порушує очевидну проблему відповідності Статті 8 ЄКПЛ. З цієї причини слід змінити відповідне положення.

VI. Висновки

101. Венеціанська комісія проаналізувала Закон України про очищення влади. Здійснення візиту в Україну після парламентських виборів у жовтні ц.р. не було можливим; отже ця оцінка не була обговорена з українською владою та – через відсутність пояснювальної записки – має розглядатися як проміжна.

102. Люстрація не становить сама по собі порушення прав людини, оскільки демократична держава має право вимагати від посадових осіб відданості конституційним принципам, на яких вона ґрунтується. Тим не менш, для того, щоб відповідати принципам прав людини, верховенства права і демократії, люстрація повинна забезпечити справедливий баланс між захистом демократичного суспільства, з однієї сторони, і захистом індивідуальних прав, з іншої. Процедура люстрації, незважаючи на її політичну природу, повинна бути розроблена і здійснена тільки з допомогою правових засобів відповідно до Конституції і з урахуванням європейських стандартів у сфері верховенства права і захисту прав людини. Якщо ці вимоги задоволені, тоді процедура люстрації може вважатись припустимою в демократичній державі, заснованій на верховенстві права.

103. Венеціанська комісія оцінила Закон про очищення влади у світлі чотирьох головних принципів, які впливають із відповідних міжнародних стандартів , а саме, що:

- провина повинна бути доведена в кожному конкретному випадку індивідуально;
- право на захист, презумпція невинуватості і право на оскарження в суді мають бути гарантовані;
- різні функції і цілі люстрації, а саме захисту новопосталих демократій та кримінального права, тобто покарання осіб, які визнанні винними, повинні бути дотримані;

³⁷ CDL-AD(2012)028, § 74.

- люстрація має відповідати чітким лімітам часу як щодо періоду її застосування, так і періоду перевірки.

104. Комісія зробила такі основні висновки, що наводяться нижче:

А) Застосування люстраційних заходів до періоду правління Комуністичної партії Радянського Союзу через стільки років після закінчення згаданого режиму та введення в дію демократичної Конституції України потребує переконливих причин, які б обґрунтували специфічну загрозу демократії, яку колишні комуністи несуть сьогодні; Комісії важко обґрунтувати таку запізнілу люстрацію.

Б) Застосування люстраційних заходів по відношенню до недавнього періоду часу, протягом якого В. Янукович був Президентом України, в кінцевому рахунку може поставити під питання нинішнє функціонування конституційної і правової системи України як демократичної держави, яка керується верховенством права.

В) Закон про очищення влади представляє низку серйозних недоліків та потребуватиме перегляду щонайменше у зв'язку з наступним:

- Люстрація повинна стосуватися тільки посад, які дійсно можуть нести значну небезпеку правам людини або демократії; слід переглянути список посад, які підлягають люстрації.
- Провина має бути доведена у кожній окремій справі та не може презюмуватись на основі простої приналежності до категорії державних посад; слід переглянути критерії люстрації.
- Відповідальність за проведення процесу люстрації слід зняти з Міністерства юстиції України та покласти на спеціально утворену незалежну комісію із активним залученням громадянського суспільства.
- Процедура люстрації має дотримуватися гарантій справедливого судочинства (право на представника в суді, рівноправ'я сторін, право бути почутим персонально); судовий розгляд справи повинен призупиняти виконання адміністративного рішення про люстрацію до винесення остаточного судового рішення. Закон про очищення влади має окремо забезпечувати такі гарантії.
- Люстрація суддів має регулюватись єдиним законодавчим актом, а не конкуруючими законами. Вона повинна проводитись із повним дотриманням конституційних положень, які гарантують їх незалежність. Тільки Вища Рада юстиції повинна бути відповідальною за звільнення суддів.
- Відомості про осіб, які піддаються люстраційним заходам, повинні оприлюднюватись тільки після ухвалення винесення остаточного судового рішення.

105. Українська влада погодилась з тим, що Закон про люстрацію вимагає удосконалення з метою приведення його у відповідність до міжнародних стандартів, та звернулась по допомогу до Венеціанської комісії. Комісія вітає зобов'язання, які української влади бере на себе у цьому зв'язку, і висловлює готовність надати свою підтримку у підготовці змін до Закону про люстрацію.