

ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО

(ВЕНЕЦІЙСЬКА КОМІСІЯ)

ОСТАТОЧНИЙ ВИСНОВОК

ПРО ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ»

(ЗАКОН ПРО ЛЮСТРАЦІЮ)

У зв'язку зі змінами направленними до Верховної Ради України 21 квітня 2015 року

На основі коментарів

Вероніки БІЛКОВОЇ (Член Комісії, Чеська Республіка)

Георгія ПАПУАШВІЛІ (Член Комісії, Грузія)

Анни ПЕТЕРС (Альтернативний член Комісії, Німеччина)

Ганни СУКОЦЬКОЇ (Член Комісії, Польща)

Бена ВЕРМУЛЕНА (Член Комісії, Нідерланди)

Герхарда РЕЙССНЕРА (експерт (DGI), колишній Президент Консультативної ради європейських суддів (CCJE))

ЗМІСТ

I. Загальна інформація та факти	2
II. Застосовна юридична система	3
A. Національна юридична система	3
B. Міжнародна юридична система	4
III. Оцінка Закону України «Про очищення влади»	6
A. Цілі Закону України «Про очищення влади»	6
B. Особи, до яких застосовуються Закон	8
1. Посади, які підлягають очищенню	8
2. Критерії для очищення влади	10
3. Винятки із заборони на доступ обіймати певні посади	13
C. Часові рамки застосування Закону	14
1. Проміжки часу в минулому, які підлягають перевірці	14
2. Період дискваліфікації	14
D. Адміністрування люстрації	16
1. Децентралізований характер процедури люстрації	16
2. Центральний орган з моніторингу люстрації	16
E. Захист прав люстрованих осіб	19
1. Уніфікований реєстр осіб, що підлягають люстрації	19
2. Процесуальні гарантії	19
IV. Висновки	20

I. Загальна інформація і факти

1. У жовтні 2014 року Президент Моніторингового комітету Парламентської асамблеї Ради Європи запитала висновок Венеціанської комісії про Закон України «Про очищення влади» (т.з. Люстраційний закон України, CDL-REF(2014)046).

2. Закон України «Про очищення влади» був прийнятий Верховною Радою 16 вересня 2014 року, підписаний Президентом Порошенком 9 жовтня 2014 року та опублікований в Офіційному віснику 15 жовтня 2014 року. Закон введений у дію та набрав чинності 16 жовтня 2014 року.

3. У грудні 2014 року, Венеційська комісія ухвалила Проміжний висновок про Закон України «Про очищення влади» (CDL-AD(2014)-044, Висновок № 788/2014). У процесі підготовки висновку Венеційська комісія не мала можливості відвідати Київ та/або обговорити закон з українською владою. Комісія також не мала доступу до пояснювального звіту до Люстраційного закону, а переклад цього закону, наданий українською владою, містив деякі неточності.

4. Залучивши українську владу до конструктивного діалогу щодо вдосконалення цього закону, Венеційська комісія вирішила ухвалити висновок як проміжний, за яким послідує Остаточний висновок.

5. У лютому 2015 року делегація Венеціанської комісії відвідала Київ. Відбувся масштабний обмін думками з представниками Міністерства юстиції України, іншими державними органами та представниками громадського суспільства. У березні 2015 року делегація Міністерства юстиції України зустрілася з доповідачами у Венеції.

CDL(2015)023

6. У квітні 2015 року Венеційська комісія отримала від української влади пакет проекту змін до Закону України «Про очищення влади», що був направлений до Парламенту (CDL-REF(2015)015). Ці зміни розглядаються та ще не були формально затверджені. Незважаючи на це, в Остаточному висновку вони беруться до уваги при оцінці Закону. Пов'язані проекти змін до інших правових актів (особливо виборчі закони та Закон «Про відновлення довіри до судової влади») також були направлені до Верховної Ради. Венеційська комісія не вивчала ці положення окремо, а лише в тому необхідному обсязі, щоб зрозуміти сферу застосування Люстраційного закону.

7. У жовтні Служба зовнішньої розвідки України, Верховний суд України та група з 47 членів Парламенту направила запит до Конституційного суду України щоб дати оцінку відповідності деяких положень Закону «Про очищення влади» Конституції України та надати офіційне тлумачення певних положень Закону. 16 квітня 2015 року Конституційний суд України вирішив відкласти слухання до того часу, коли зміни до Закону будуть формально прийняті.¹

8. В. Білкова, Г. Папуашвілі, А. Петерс, Г. Сукоцька та Б. Вермулен, а також Герхард Рейсснер (DGI expert), виступили як доповідачі відносно цього Остаточного висновку.

9. Цей висновок ґрунтується на перекладі на англійську мову Закону України «Про очищення влади» та змін до нього, наданих українською владою. Висновок був затверджений Венеціанською комісією на 103 пленарній сесії (Венеція, 19-20 червня 2015).

II. Застосовна юридична система

A. Національна юридична система

10. Конституція України, ухвалена в 2014 році, передбачає, що «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. /.../ Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (Стаття 3). Перелік прав людини, що гарантуються громадянам України та іншим особам на території під юрисдикцією України, міститься в розділі II Конституції. Розділ містить, серед іншого, заборону дискримінації («Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом» - Стаття 24), право на приватне та сімейне життя, що охоплює захист персональних даних (Стаття 32), 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» та право «рівного доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування» (Стаття 38).

11. Закон «Про очищення влади»² встановлює умови для очищення влади, що визначається як «встановлена Законом або рішенням суду заборона окремим фізичним особам обіймати певні посади (перебувати на службі) (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування» (частина перша статті 1). Проект змін незначно змінює визначення таким чином, що заборона застосовується «в державних органах та органах місцевого самоврядування, включаючи їх апарат та секретаріат» (проект частини першої статті 1).

12. Закон встановлює, що процес очищення має за мету «недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, 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

¹ Конституційний суд України відклав слухання по Люстраційному закону, Радіо Вільна Європа 16 квітня 2015р.

² Закон України, Про очищення влади, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 44, ст. 2041.

CDL(2015)023

прав і свобод людини» (частина друга статті 1). У проекті змін відсутнє це положення, його замінено преамбулою, в якій підсумовується історія України та наголошується на необхідності публічним офіційним особам бути лояльними до фундаментальних цінностей конституційної демократії.

13. Процес очищення повинен ґрунтуватися на принципах: верховенства права та законності; відкритості, прозорості та публічності; презумпції невинуватості; персональної відповідальності; гарантування права на захист (частина друга статті 1). У Проекті змін додається принцип пропорційності (частина друга статті 1 проекту).

14. Стаття 2 Закону містить перелік осіб, які обіймають посади, щодо яких здійснюються заходи з очищення влади. Стаття 3 перелічує критерії на яких ґрунтується очищення влади (люстрація).

15. Закон «Про очищення влади» - перший масштабний і всеохоплюючий закон про люстрацію, прийнятий в Україні. Тим не менш 8 квітня 2014 року Парламентом був прийнятий Закон «Про відновлення довіри до судової влади в Україні»³, який увів люстрацію у вигляді перевірок у судовій системі. Рада Європи оприлюднила коментарі до цього Закону з висновком, що Закон потребував перегляду через певні недоліки стосовно умов перевірки у судовій системі та процесуальних гарантій, запропонованих у цій системі⁴. Проект змін до цього закону знаходиться на розгляді у Верховній Раді і не оцінювався Радою Європи. У березні 2015 року Венеційська комісія та Генеральний директорат з прав людини та верховенства закону підготували спільний висновок до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (CDL-AD(2015)007). Вони відмітили, що перехідна стаття 6 цього Закону передбачає кваліфікаційну оцінку суддів, та попередили, що «положення повинно також бути гармонізованим з люстраційним процесом».

В. Міжнародна правова система

16. Люстрація в чіткій мірі не передбачена та не врегульована жодним міжнародним інструментом імперативного характеру. Однак інструменти захисту прав людини, такі як Європейська конвенція з прав людини 1950 року та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, є зобов'язуючими для України, тут повністю застосовні. Ці два інструменти забороняють дискримінацію (стаття 14 ЄКПЛ та Протокол 12 до неї, стаття 26 МПГПП) та надають право на повагу до приватного життя (стаття 8 ЄКПЛ, стаття 17 МПГПП). Згідно статті 9 Конституції України «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України».

17. Стаття 21 Загальної декларації прав людини визначає, що «кожна людина має право брати участь в управлінні своєю країною безпосередньо або через вільно обраних представників» (частина 1) та «кожна людина має право рівного доступу до державної служби в своїй країні» (частина 2). Хоча Загальна декларація не є юридично зобов'язуючою, більшість її положень розглядаються як відображення норм звичайного міжнародного права. Стаття 25 (с) Міжнародного пакту ООН про громадянські та політичні права надає кожному громадянину право та можливість, без будь-якої дискримінації щодо раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії,

³ Закон України, Про відновлення довіри до судової влади в Україні, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 23, ст. 870.

⁴ Рада Європи, Оцінка Закону від 8 квітня 2014 р. «Про відновлення довіри до судової влади в Україні», 7 травня 2014 р.

CDL(2015)023

політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншого статусу, і без необґрунтованих обмежень допускатися в своїй країні на загальних умовах рівності до державної служби.

18. Люстрація проявляється в Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи 1096 (1996) про заходи з ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. Резолюція наголошує, що люстраційні заходи «можуть бути сумісні з демократичною державою, заснованій на верховенстві права, за умов дотримання деяких критеріїв» (пункт 12). Ці критерії такі: провина, а саме особиста, а не колективна, повинна бути доведена в кожному окремому випадку; повинні гарантуватися право на захист, презумпція невинуватості і право на судовий перегляд ухваленого рішення; різні функції і цілі люстрації, а саме захист новоз'явленої демократії, та кримінальне право, тобто покарання людей, які презюмуються винними, мають бути під наглядом; також люстрація повинна мати жорсткі обмеження у часі, як у періоді застосування, так і у періоді, за який здійснюється перевірка. Більш детально критерії роз'яснені в доповіді, що додається до резолюції 1096 (1996)⁵, яка містить Настанови для гарантування того, що люстраційні закони та аналогічні адміністративні заходи відповідали вимогам демократичної держави, заснованій на верховенстві права (далі – Настанови 1996 року). Ці Настанови були прийняті для формування політики, що була спрямована на ліквідацію спадщини комуністичного періоду, який закінчився в 1991 році. Основоположні принципи цих настанов можуть бути застосовані з необхідними змінами до спадщини режиму Януковича.

19. Люстрація була розглянута Європейським судом з прав людини в декількох справах, пов'язаних з відповідним законодавством введеним у Словаччині (Турек проти Словаччини⁶), Польщі (Матіек проти Польщі⁷, Любош проти Польщі⁸, Бобек проти Польщі⁹, Шульц проти Польщі¹⁰), Литві (Сідабрас і Дзіаутас проти Литви¹¹, Раїніс і Гаспаравічіус проти Литви¹², Зікус проти Литви¹³), Латвії (Зданока проти Латвії¹⁴, Адамсонс проти Латвії¹⁵) та Румунії (Найдін проти Румунії¹⁶).

20. Європейський суд має підхід схожий з Резолюцією 1096 (1996) та Настановами. Він дійшов висновку, що люстрація не становить порушення прав людини як така, тому що «демократична держава вправі вимагати від держслужбовців бути лояльними до конституційних принципів, на яких вона заснована»¹⁷. Суд також неодноразово посилався на ідею «демократія здатна захистити себе»¹⁸. Така демократія має бути здатною вжити заходів з упередження щодо повернення тоталітарного режиму. У той же час Суд чітко визначив, що люстрація може

⁵ Док. 7568, Заходи з ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем, 3 липня 1996 р.

⁶ ЄСПЛ, Турек проти Словачії, заява № 57986/00, 14 лютого 2006 р.

⁷ ЄСПЛ, Матіек проти Польщі, заява № 38184/03, 30 травня 2006 р.

⁸ ЄСПЛ, Любош проти Польщі, заява № 37469/05, 15 січня 2008 р.

⁹ ЄСПЛ, Бобек проти Польщі, заява № 68761/01, 17 липня 2007 р.

¹⁰ ЄСПЛ, Шульц проти Польщі, заява № 43932/08, 13 листопада 2012 р.

¹¹ ЄСПЛ, Сідабрас і Дзіаутас проти Литви, заява № 55480/00 і №59330/00, 27 липня 2004 р.

¹² ЄСПЛ, Раїніс і Гаспаравічіус проти Литви, заява № 70665/01 і № 74345/01, 7 квітня 2005 р.

¹³ ЄСПЛ, Зікус проти Литви, заява № № 26652/02, 7 квітня 2009 р.

¹⁴ ЄСПЛ, Зданока проти Латвії, заява № 58278/00, 16 березня 2006 р.

¹⁵ ЄСПЛ, Адамсонс проти Латвії, заява № 3669/03, 24 червня 2008 р.

¹⁶ ЄСПЛ, Найдін проти Румунії, заява № 38162/07, 21 жовтня 2014 р.

¹⁷ ЄСПЛ, Вогт проти Германії, Заява № 17851/91, 26 вересня 1995 р., п. 59.

¹⁸ Там же, дивись також Сідабрас і Дзіаутас проти Литви, п. 54.

CDL(2015)023

порушувати права людини, якщо, наприклад, особа, що підлягає люстрації, не має достатнього доступу до матеріалів з обмеженим доступом, що відносяться до її справи; якщо такі особи позбавлені процесуальних гарантій; якщо люстрація застосовується без винятків до посад в публічній та приватній сферах; або якщо люстраційні закони залишаються в силі після того, як вони перестали бути необхідними та/або не відбувається перегляд їх позитивного впливу.

21. На додаток до Європейського суду з прав людини декілька національних конституційних судів – зокрема у Чехословачії, Чеській Республіці та Польщі – мали нагоду оцінити законність люстраційних законів.

22. Венеційська комісія попередньо розглядала люстрацію у двох інстанціях з огляду на проект люстраційних законів Албанії¹⁹ та «колишньої Югославської Республіки Македонії»²⁰. У двох справах Комісія прийняла європейські стандарти, засновані на прецедентному праві Європейського суду і Резолюції 1096 (1996) та підтверджені практикою національних конституційних судів.

III. Оцінка Закону про очищення влади

A. Цілі Закону «Про очищення влади»

23. Закон «Про очищення влади» відрізняється від люстраційних законів, прийнятих в інших країнах Центральної та Східної Європи, ширшою сферою застосування. Він спрямований на досягнення двох цілей. Перша – захист суспільства від осіб, які через їх минулу поведінку можуть завдати шкоди новозаснованому демократичному режиму. Друга – очистити державні органи від осіб, які були задіяні у широкомасштабній корупції. Термін «люстрація» в її традиційному розумінні охоплює тільки перший процес²¹.

24. Венеційська комісія сприймає те, що дві цілі, що переслідуються у Законі «Про очищення влади», є правомірними.

25. Нова демократична держава повинна мати вагомі причини для видалення з державної служби, на тимчасовій основі, осіб, що займали посади високого рівня протягом попереднього, недемократичного режиму, чи які були помічені у скоєнні тяжких порушень прав людини. Вчиняючи таким чином обмежується ризик, що новий режим буде скинуто чи від початку заплямовано недемократичними практиками. Це зміцнює довіру громадськості до нової влади і дозволяє суспільству мати новий, свіжий старт. У той же час важливо пам'ятати, що люстрація не є і не має бути формою кримінального переслідування. Вона не повинна використовуватись як заміна кримінальному покаранню, коли таке покарання буде гарантоване, або як засіб помсти чи відплати.

26. Антикорупційні заходи також відіграють важливу роль у будівництві демократичного суспільства. На додаток до руйнування національної економіки корупція може містити загрозу

¹⁹ Венеційська комісія, CDL-AD(2009)044, Amicus Curie про Закон Албанії «Про чистку фігур високих функціонерів державної адміністрації та виборних осіб», Висновок № 524/2009, 13 жовтня 2009 р.

²⁰ Venice Commission, CDL-AD(2012)028, Amicus Curie Brief on Determining a Criterion for Limiting the Exercise of Public Office, Access to Documents and Publishing, the Co-operation with the Bodies of the State Security, Opinion no. 694/2012, 17 December 2012.

²¹ See Roman David, *Lustration and Transitional Justice. Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary, and Poland*, University of Pennsylvania Press, 2011.

CDL(2015)023

безпеці. Вона також негативно впливає на довіру до публічних інституцій та на соціальну згуртованість у суспільстві. Корупція в Україні протягом деякого часу була надзвичайно поширеною проблемою з тенденцією до зростання. У 2014 році Україна за індексом сприйняття корупції Transparency International посіла 142 місце з 175 країн²². Боротьба з корупцією – довготривалий процес. Корупцію важко подолати одноразовими заходами, коли вона укорінилася в суспільному житті.

27. Закон «Про очищення влади» розглядає два виклики, з якими молода українська демократія зіткнулась – недемократичні еліти, лояльні до Президента Януковича та корумповані посадові особи – в той же час. При цьому, він розширює рамки традиційного визначення процесу люстрації. Під час зустрічей з українською владою, делегація Венеціанської комісії неодноразово висловлювала думку, що намагання вирішити два завдання у одному законодавчому акті шляхом використання ідентичних засобів не оптимально. Хоча люстрація, з одного боку, та антикорупційні заходи з іншого, є правомірними, вони не є ідентичними за природою. Також вони не є суб'єктами одних міжнародних юридичних стандартів та потребують різних заходів боротьби з ними²³.

28. Венеційська комісія розуміє, що у специфічному українському контексті інституціалізована корупція була тісно пов'язана та являлася частиною недемократичних практик, що застосовувалися режимом президента Януковича. Цей режим не був служінням будь-якій конкретній ідеології, а був створений, задля примноження правлячих еліт особистого багатства. Широко розповсюджена корупція разом із систематичним зловживанням влади була серед засобів для досягнення цієї мети.

29. У той же час, не зважаючи на взаємозв'язок між корупцією та антидемократичними практиками в Україні, подолати ці дві загрози для молодої української демократії у значній мірі однаковою чином на практиці є складним завданням (див., наприклад, п. 54-58 цього висновку). Українська влада має розглянути перенесення антикорупційної складової до іншої частини законодавства (Закон «Про засади запобігання і протидії корупції») чи, насамкінець, модифікацію процедури очищення з огляду на осіб, що підпадають під частину восьмої статті 3 Закону «Про очищення влади» щоб відобразити відмінності між люстрацією в традиційному розумінні та антикорупцією.

30. Закон «Про очищення влади» забороняє певним категоріям осіб обіймати певні державні посади. Венеційська комісія наголошує, що відповідно до концепції «демократії, здатної захистити себе», держава має право відстороняти від доступу до зайняття державних посад тих осіб, які можуть становити загрозу демократичній системі та/або показали себе негідними служінню суспільству. У той же час, як відмітив Європейський суд з прав людини у справі Зданок, «кожного разу, коли держава має намір сподіватися на принцип «демократії, здатної захистити себе» для того, щоб виправдати втручання в права особистості, вона повинна ретельно оцінити масштаби і наслідки цього заходу, щоб переконатися, що / ... / баланс досягається»²⁴.

²² Transparency International, Corruption by Country – Ukraine (2014), online at http://www.transparency.org/country#UKR_DataResearch_SurveysIndices (accessed on 23 May 2015).

²³ See, for instance, Alejandro Posadas, Combating Corruption under International Law, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 10, 2000, pp. 345-414.

²⁴ *Ždanoka v. Latvia*, op. cit., para. 100.

CDL(2015)023

Таким чином, правове регулювання введення обмежень на доступ до державних посад має бути чітким і не випадковим за характером, з дотриманням принципу пропорційності.

В. Особи, до яких застосовується Закон

1. Посади, які підлягають очищенню

31. Посади, які підлягають очищенню, перелічені в статті 2 Закону. Ці посади не можуть обіймати особи, що підпадають під статтю 3 Закону. Особи, які обіймають ці посади в цей час, вже були перевірені чи будуть перевірені найближчим часом відповідно до черговості, затвердженій Кабінетом Міністрів України. Якщо вони визнають або буде виявлено, що вони належать до однієї з категорій, відповідно до статті 3, вони повинні бути негайно звільнені. Кандидати на ці посади будуть перевірені і, якщо вони підпадають під одну з категорій, що підпадають під статтю 3, їм буде відмовлено у призначенні.

32. Настанови 1996 року про люстрацію визначають:

- Люстрація має обмежуватися посадами, щодо яких існують достатні підстави вважати, що особа становитиме значну небезпеку для прав людини чи демократії;
- Люстрація не має застосовуватись до виборних посад; та
- Люстрація не повинна застосовуватись до посад у приватних чи напівприватних організаціях.

33. Перелік відповідно до статті 2 Закону містить досить широке коло посад у всіх сферах державного управління (уряд, прокуратура, суди, збройні сили, правоохоронні органи і т.д.). За оцінкою Прем'єр-міністра Арсенія Яценюка загалом Закон має бути застосований до приблизно одного мільйона людей²⁵. Українська влада, однак, з метою доведення, що вплив люстраційних заходів (у першому значенні цього терміна) на державну службу не буде таким значним, як здається, надала Венеціанській комісії статистичну оцінку відсотка державних службовців, що вірогідно будуть люстровані на підставі того, що вони обіймали особливі посади в Генеральній прокуратурі (від 337 до 1348 із 20367 загального числа посад), у Міністерстві внутрішніх справ (від 372 до 1488 із 210000 загального числа посад) та Державній фіскальній службі (від 335 до 1340 із 58826 загального числа посад). Як зазначається у Проміжному висновку, Венеційська комісія застерігає, що застосування Закону до розширеного числа осіб буде дуже проблематичним. Це не тільки викликає ризик порушення фундаментальних особистих прав; також вплине на функціонування усього українського сектору державної служби та суспільне порозуміння, що може призвести до серйозних антагонізмів і стимулювання злоби у тих, хто працював під час колишнього режиму та був відсторонений від державних функцій у непропорційний спосіб. Великомасштабний процес люстрації може призвести до величезних бюрократичних перенавантажень і можливої атмосфери загального страху і недовіри.

34. Частина четверта статті 2 явно включає в себе «професійних суддів». Проект змін не вносить ніяких змін стосовно цього. Це свідчить про те, що судді продовжують підпадати під дію двох законодавчих актів про люстрацію – Закону «Про очищення влади» та Закону «Про відновлення довіри до судової системи України». Українська влада стверджує, що судді будуть підпадати тільки під заходи по боротьбі з корупцією відповідно до Люстраційного закону, однак це не

²⁵ Yatsenyuk: Ukraine lustration will cover 1 million officials, *Kyiv Post*, 17 September 2014.

CDL(2015)023

зрозуміло з тексту закону. Співвідношення між цими законодавчими актами, залишаються незрозумілими.

35. Судді Конституційного суду на цей час включені до пункту 4 частини 1 статті 2. Таке включення не суперечить діючим міжнародним стандартам.

36. Як зазначає Венеційська комісія у Проміжному висновку, включення частини 11 статті 2, що стосується «осіб, що мають намір зайняти посади, зазначені в пунктах 1-10 цієї статті», є явною помилкою. Негативна люстраційна перевірка не запобігає «наміру» осіб займати певні посади, на відміну від «бути призначеним» на таку посаду. Тим не менш, проект змін зберігає цю категорію.

37. Проект змін додає нову частину 12 статті 2, яка розширює коло посад, що підлягають очищенню до «кандидатів у члени парламенту України, кандидатів у члени Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, сільських та селищних рад, кандидатів у Президенти України, у сільські, селищні та міські голови у відповідності з законом». Це положення є проблематичним з двох причин.

38. По-перше, включення членів Парламенту України, членів Верховної Ради Автономної Республіки Крим та членів рад різного рівня порушує фундаментальний принцип «люстрація не повинна застосовуватись до виборних посад, лише тільки на вимогу кандидата на виборах» (Настанови 1996 року).

39. По-друге, його застосування до «кандидатів» є тією ж проблемою що в частині 11 статті 2, а саме - люстрація повинна запобігати саме займанню певної посади особою, а не висуванню своєї кандидатури на цю посаду.

40. Під час однієї із зустрічей з представниками України Венеційська комісія була поінформована, що проект частини 12 статті 2 не мав на увазі перетворення кандидатів на відповідні посади у нову категорію посад, що підпадають під очищення влади. Натомість метою було введення зобов'язання для таких кандидатів надавати заяву про доступність інформації про них у Єдиному державному реєстрі та про те, чи підпадають вони під одну з категорій, перелічених у статті 3 Закону. Надання недостовірної інформації тягне за собою скасування реєстрації кандидата. Система дещо подібна до моделі, що використовується в Польщі.

41. Венеційська комісія зазначає, що такий порядок, навіть коли він застосовуватиметься до кандидатів на виборні посади, не буде суперечити міжнародним стандартам.

42. Для відображення змісту, вказаного українською владою, буде вигідним перегляд відповідних положень проекту змін (проект частини 5¹ статті 51 Закону «Про вибори Президента України», проект частини 7¹ статті 54 Закону «Про вибори народних депутатів України»), тому що їх текст – принаймні в перекладі на англійську – не зовсім чіткий. Що, наприклад, означає «факт застосування до них заборон /.../ чи незастосування до них заборон»? Чи відноситься це лише до справ, коли особа була формально люстрована та включена до Реєстру чи охоплює також інші ситуації? З тексту проекту змін не зрозуміло буде скасування реєстрації кандидата предметом судового перегляду чи ні.

43. У той же час проект частини 12 статті 2 має бути вилучений, оскільки він розташований не у відповідному місці і вводить в оману.

CDL(2015)023

2. Критерії очищення влади

Критерії здійснення очищення влади закріплені в Законі статтею 3. Особам, які підпадають під один із зазначених критеріїв, забороняється займати посади, зазначені у статті 2 Закону, на строк 5 або 10 років.

45. Строк заборони в 10 років застосовується до таких категорій осіб:

- a) особи, які займали високі посади в державному апараті принаймні рік з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року;
- b) особи, що займали певні посади, в основному у військових, правоохоронних, судових або медіа- сферах, з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року;
- c) особи, які займали високі посади в Комуністичній партії чи комсомолі в радянський час або працювали як наймані працівники або агенти КДБ в зазначений період часу;
- d) особи, які збагачувалися всупереч положенням Закону «Про засади запобігання і протидії корупції».

46. Строк заборони в 5 років застосовується до таких категорій осіб:

- a) Судді, прокурори, працівники правоохоронних агентів, які брали активну участь у переслідуванні осіб, що боролися з режимом Януковича, та учасників Майдану.
- b) Посадові особи та працівники центральних і місцевих органів влади, які займали високі посади в державному апараті в період з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року, які не включені до категорії 1a) вище, які сприяли узурпації влади Януковичем та прагнули підірвати основи національної безпеки, оборони або територіальної цілісності України, що призвело до порушення прав і свобод людини.
- c) Посадові особи та працівники центральних і місцевих органів влади, чиї рішення, дії чи намагання перешкоджали реалізації конституційного права на мирні збори, мітинги, демонстрації, ходи або спричинили шкоду життю, здоров'ю або майну в період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року.
- d) Посадові особи та співробітники центральних і місцевих органів влади, якщо рішенням суду щодо них, яке набрало законної сили, встановлено, що вони співпрацювали зі спецслужбами інших країн, як таємні інформатори з метою надання регулярної інформації; приймали рішення, діяли, навпаки утримувалися від дій для вжиття заходів та/або допомагали у вчиненні таких дій, дії чи бездіяльність направлені на підрив національної безпеки, оборони чи територіальної цілісності України; публічно закликали до порушення територіальної цілісності й суверенітету України; підбурювали до міжнародної ворожнечі; приймали незаконні рішення, вчиняли дії або бездіяльність, які порушують права людини та основні свободи, якщо порушення були доведені через рішення Європейського суду з прав людини.

У випадку з особами, які підпадають під пункти b) – d), обов'язково має бути ухвалено рішення суду щодо них про встановлення фактів, зазначених у відповідному положенні.

CDL(2015)023

48. У Настановах від 1996 року чітко зазначено, що:

- Люстрація має бути спрямована лише проти тих осіб, які відігравали важливу роль у скоєнні серйозних порушень прав людини або які займали високі посади в установі, що несе відповідальність за організацію серйозних порушень прав людини;
- Ніхто не може бути підданий люстрації виключно через особисту думку чи переконання, та
- Люстрація повинна бути заснована на принципі індивідуальної (не колективної) відповідальності.

49. Крім того, особи віком до 18 років, які брали участь у відповідних діях та за власної волі зреклися та/або відмовилися від членства, працевлаштування у відповідній організації до переходу до демократичного режиму або діяли під примусом, не підпадають під дію люстрації.

50. У статті 3 (1) - (2) передбачено дискваліфікацію певних осіб на основі того, що вони займали посади під час президентства Віктора Януковича у 2010-2014 роках (1) або під час подій на Майдані на рубежі 2013-2014 років (2). Дискваліфікація, яка основана виключно через посаду, яку займала особа, апріорі не суперечить міжнародним стандартам, за умови, якщо мова йде про посади в установах, відповідальних за серйозні порушення прав людини і винні у серйозних випадках безгосподарності. Венеційська комісія недостатньо переконана, що всі посади, зазначені в статті 3 (1) - (2), відповідають цій вимозі. Зауважимо, однак, що українська влада може краще оцінити, які державні установи відігравали значну роль у недемократичних процесах під час зазначених двох періодів.

51. Встановлені часові рамки у статті 3 (1) – займання посади, «принаймні рік сукупно з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року" – потребують деякого уточнення. Враховуючи, що стаття 3 (1) в основному застосовується до посад високого рівня в державному апараті, незрозуміло, чому потребується такий мінімальний період займання таких посад і чому цей мінімальний термін був встановлений в один рік.

Статтю 3 (3) передбачено дискваліфікацію для "міліціонерів, прокурорів та інших працівників правоохоронних органів, які через свої рішення, дії або бездіяльність вживали заходів (та/або сприяли цьому) для кримінального переслідування та притягнення до кримінальної відповідальності осіб, що підлягають повній особистій амністії відповідно до Закону України від 27 лютого 2014 року № 792-VII про внесення змін до Закону України «Про застосування амністії в Україні щодо повної реабілітації політичних в'язнів». У розпорядженні Венеційської комісії немає Закону № 792-VII, щоб мати можливість розглянути зміст зазначених положень. Тим не менш, коло осіб, які підпадають під це, здається, досить великим, включаючи не тільки тих, хто міг брати активну участь в обвинуваченні, а й тих, хто допомагав їм своєю бездіяльністю (не має вимоги усвідомлення чи умислу) чи будь-яким чином сприяв цьому.

53. У статті 3 (5) - (7) передбачено дискваліфікацію для певної категорії осіб за рішеннями суду, які набрали законної сили. Всі ці положення повинні вказати, як зазначено в 3 (7), що рішення повинно бути ухвалено по конкретному випадку, відповідно до якого застосовується дискваліфікація.

CDL(2015)023

54. Стаття 3 (8) стосується боротьби з корупцією. Це позбавляє осіб, по яких проводилася перевірка відповідно до Закону України від 2011 року «Про засади запобігання та протидії корупції», і яка показала «невідповідність зазначених відомостей про володіння власністю, наявних активів, витрат і фінансових декларацій, або членів їх сімей» та/або невідповідність вартості майна», поданих до податкових органів. У результаті активного обговорення з українською стороною Венеційська комісія отримала більш глибоке розуміння того, які дані будуть перевірятися (придбання активів протягом часу, коли особи займали посади, зазначені в пп. 1-10 статті 2), як проводиться процедура перевірки на практиці і яка роль різних органів (податкових, контролюючих та ін). Також, Венеційській комісії стали зрозуміли масштаби корупції в Україні та її наслідки для стабільності країни і суспільної довіри до органів державної влади.

55. Венеційська комісія не оспорує того факту, що стаття 3 (8) переслідує законну мету, а саме захист українського суспільства від корупції. Зазначимо, однак, що положення сформульоване у достатньо проблемній манері. Автоматична дискваліфікація від доступу до публічних посад за період у 10 років всіх осіб, чій перевірка показує, деякі порушення, незалежно від характеру і ступеня порушень цих, це радикальна міра. Викликає запитання, чи може це відповідати принципу пропорційності, одному з принципів процесу очищення влади (стаття 1 (2) Закону).

56. Окрім того, здається, що боротьба з корупцією, крім Закону «Про очищення влади», може бути ефективно забезпечена за допомогою інших нормативно-правових актів. Закон "Про засади запобігання та протидії корупції" передбачає спеціальну перевірку осіб, які прагнуть займати посади, пов'язані з виконанням державних функцій місцевого самоврядування (стаття 11). Коло цих посад дуже схоже на те, що передбачене у статті 2 Закону «Про очищення влади». Окрім того, велика кількість осіб, які займають такі посади, повинні представляти щорічні декларації про власність, доходи, витрати, зобов'язання фінансового характеру за минулий рік (стаття 12). Будь-яка корупційна поведінка, виявлена під час перевірки, тягне за собою кримінальну, адміністративну, цивільно-правову або дисциплінарну відповідальність (стаття 21).

57. Кримінальний кодекс України від 2001 року містить набір «службових злочинів» (глава XVII). Вони включають в себе службову недбалість та незаконне збагачення (статті 367, 368). Особи, засуджені за вчинення злочинів, караються позбавленням волі з конфіскацією майна та/або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Ця процедура є предметом гарантування справедливого судового розгляду і надає право суду визначити рівень відповідальності, беручи до уваги тяжкість злочину та ступінь загрози, яку особа становить для суспільства.

58. Закон «Про очищення влади» обходить це врегулювання шляхом введення спрощеної процедури, без індивідуального підходу, передбачаючи єдину уніфіковану санкцію. Строк заборони, передбачений як санкція, більш ніж у три рази вищий, ніж максимальний строк, передбачений Кримінальним кодексом. Процедура не передбачає індивідуалізацію, чим не враховує відмінностей. Таким чином, застосування статті 3 (8) Закону «Про очищення влади» може призвести до того, що тисячі людей будуть позбавлені доступу до займання посад в державних органах на 10 років на основі виявлення невідповідностей щодо зазначених

CDL(2015)023

фінансових даних та прирівнюватися до тих осіб, які винні у серйозних порушеннях прав людини та злочинах.

59. Українська влада запевнила Комісію, що застосування люстраційних заходів у рамках боротьби з корупцією має виключно тимчасовий характер до тих пір, поки в повній мірі запрацює антикорупційний механізм.

60. Цей елемент, однак, не виключає заклопотаність Комісії. Проект змін включає внесення нової статті 3 (9), яка передбачає збільшення 10-річної заборони на доступ до займання посад на державній службі для "осіб, звільнених з посади судді за порушення присяги або порушення несумісності". Одразу виникає два заперечення. По-перше, оскільки це стосується представників судової системи, питання щодо взаємозв'язку з Законом «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» постає знову. По-друге, так само як в статті 3(8) редакція статті 3(9) запроваджує уніфіковану систему покарання, яка застосовується до всіх випадків порушення присяги або порушення несумісності незалежно від їх тяжкості. Слід нагадати у цьому зв'язку, що Кримінальний кодекс України містить цілий розділ про відповідальність за злочини проти правосуддя (глава XVIII), застосування яких, разом з дисциплінарними санкціями, було б більш доцільним, ніж бланкетне та одноманітне регулювання за Законом «Про очищення влади».

3. Винятки з заборони на доступ обіймати певні посади

61. Закон «Про очищення влади» передбачає певні винятки з заборони на доступ обіймати певні посади.

62. Відповідно до статті 1 (9) Закон не застосовується до осіб, які народилися після 1 січня 1996 року. Це відображає один із принципів, викладених у Настановах 1996 року, а саме, що "люстрація не застосовується до осіб, молодших 18 років, що брали участь у відповідних подіях" (п. I).

63. Статтею 3(11) передбачено, що коли розраховується час займання посади в межах проміжків часу, передбачених в статті 3(1)-(2), певні з них, такі як фактичне невиконання посадових обов'язків, не повинно братися до уваги. Це також відповідає духу Настанов 1996 року. Положення статті 3(11)(с) стосовно того, що "відповідний орган, який підлягає реорганізації в період, датований днем призначення нового персоналу замість існуючої влади, створений у результаті реорганізації та призначення керівника установи, відбувається виключно на його або її посаду в зазначеній установі "не є зовсім зрозумілим, принаймні, у англійському перекладі.

64. У своєму Проміжному висновку Венеційська комісія відзначила, що "звільнення з посади навіть за власним бажанням до 22 лютого 2014 року не є достатнім для уникнення люстрації" (п. 65). У Настановах 1996 року чітко закріплено що, "люстрація не застосовується до особи, яка / ... / з власної волі, добровільно відмовилася від членства, займаної посади у відповідній установі до того, як було встановлено демократичний режим" (п. II).

65. У проекті внесення змін частково взято до уваги цю вимогу за рахунок зазначення у заголовку до статті 3 (2), що заборона застосовується до відповідних осіб, які "не звільнилися з займаної посади за власним бажанням". Виходячи з цього положення статті, не зовсім зрозуміло, чи повинно було відбутися таке звільнення в певний період (з 21 листопада 2013 року по 22

CDL(2015)023

лютого 2014 року), чи також може враховуватися пізніше звільнення. Проект внесення змін також не включає аналогічне положення в інших розділах статті 3. Оскільки "Метою люстрації не є покарання людей, які ймовірно є винними / ... /, але задля захисту новоствореного демократичного суспільства" (преамбула до Настанов), а зміни, що можуть відбуватися щодо індивіда, повинні бути фактором, який слід враховувати щодо всіх категорій осіб.

66. Стаття 1 (7) передбачає звільнення від заборони на доступ до публічних посад для тих осіб, які підпадають під дію статей 3 (2) - (4), "які були визнані як учасники бойових дій під час проведення антитерористичної операції на сході України в установленому законом порядку".

Проект внесення змін частково замінює формулювання, посилаючись на "тих, хто служить чи служив у Збройних Силах України, Державній прикордонній службі України, Національній гвардії України та інших військових формуваннях, створених згідно з законом, спеціальних формуваннях Міністерства внутрішніх справ та Служби безпеки України і визнаються учасниками антитерористичної операції на сході України". Логіка обґрунтування цього положення полягає у тому, що, беручи участь у військових діях на сході України, люди доводять свою лояльність до нового режиму. Це обґрунтування є зрозумілим. Проте, враховуючи, як деякі інші інструменти вилучення є доступними згідно з Законом «Про очищення влади», стаття 1 (7) може призвести до важких дилем (ризик для життя чи втрати поваги) для осіб, які підлягають люстрації.

С. Часові рамки застосування Закону

67. Часові рамки застосування Закону «Про очищення влади» стосуються періоду фактичного очищення та періоду, протягом якого заходи очищення повинні застосовуватися.

1. Проміжки часу в минулому, які підлягають перевірці

68. Венеційська Комісія вже відзначала у своєму Проміжному висновку, що Закон «Про очищення влади» «має на меті врегулювати два різні періоди недемократичної влади в країні: Радянський комуністичний режим і «узурпацію влади Президентом Януковичем»(п. 25).

69. Стосовно першого періоду Венеційська комісія наголосила, що «переконливі причини для виправдання люстрації стосовно осіб, які мали відношення до комуністичного режиму повинні бути приведені» (п. 37). Навіть після ґрунтового обміну думками з українською владою, сумніви щодо наявності таких переконливих причин все ще залишаються.

70. Венеційська комісія в черговий раз нагадує, що "заходи люстрації, які за своєю природою є тимчасовою об'єктивною необхідністю для обмеження окремих прав, повинні послаблюватися з плином часу".²⁶ У той час як тоталітарний недемократичний режим до 1991 року в Радянському Союзі не є предметом для дискусії, а необхідність використання люстраційних заходів щодо представників цього режиму, майже через 25 років після його падіння, є спірним питанням. Цілком ймовірно, що деякі з представників комуністичного режиму досі є загрозою для демократичного режиму України. Тим не менш, займання ними певних посад до 1991 року не може свідчити про це напряму. Їх поведінка та діяльність повинні братися до уваги також після закінчення зазначеного періоду.

²⁶ ECtHR, Adamsons v. Latvia, Application No. 3669/03, 24 June 2008, para. 116.

CDL(2015)023

71. Стосовно другого періоду – «узурпації влади Президентом України Віктором Януковичем» (стаття 1 (2) Закону) – Венеційська комісія повторює, що «застосування люстрації щодо діянь, вчинених після закінчення тоталітарного режиму, може бути виправдано тільки у світлі виняткових історичних і політичних умов»²⁷. Це, перш за все, відповідальність та завдання української влади оцінити, чи існували такі виняткові умови в країні під час і після падіння режиму Януковича. Однак така оцінка та міра (заходи), вжиті Україною, мають поважати права людини та європейські стандарти верховенства права та демократії і будуть остаточно моніторитись європейськими інституціями.

2. Період дискваліфікації

72. Згідно зі статтею 1 (3) і (4) Закону «Про очищення влади» особам, які підпадають під одну з категорій, перелічених у статті 3, забороняється займати будь-які посади, зазначені у статті 2, протягом 5 або 10 років. Період часу залежить від категорії відповідно до статті 3. 10-річний період застосовується до високопосадовців з комуністичної епохи, а з режиму Януковича застосовується до осіб, які займали високі посади під час подій на Майдані, осіб, визнаних винними у корупції, та (відповідно до проекту внесення змін) до осіб, звільнених з посад у судових органах за порушення присяги або порушення несумісності. 5-річний період відраховується з дня, коли відповідне рішення суду набирає чинності.

73. 10-літній період починається з дати набрання чинності Законом (16 жовтня 2014 року), що означає, що всі люстраційні заходи закінчатимуться 15 жовтня 2024 року. Це означає, що особам буде заборонено доступ до певних посад державної служби протягом різних періодів залежно від того, коли вони будуть перевірені. Українська влада заявила, що принцип пропорційності дотримується через застосування процедур перевірки: найважливіші справи були перевірені в першу чергу. Венеційська комісія вважає, що можливість бути відстороненим від займання посади на різні строки, за одні й ті самі порушення може викликати питання щодо порушення принципу рівності, який у Законі про люстрацію не відображений належним чином.

74. 10-річний період, передбачений у Законі «Про очищення влади», знаходиться в протиріччя вимогам зі Настанов про люстрацію 1996 року, оскільки "заборона на зайняття посад відповідно до люстрації не повинна бути більше ніж п'ять років, оскільки здатність до позитивних змін у ставленні і звичках індивіда не слід недооцінювати" (п. g). Однак, як постановив Конституційний суд Чехії у 2001 році, "визначення ступеня розвитку демократії в конкретній державі є питанням соціально-політичним, а не конституційним". Оскільки країни Центральної та Східної Європи у своєму розвитку йшли різними шляхами та темпами після 90-х, і ризик відновлення тоталітарного/самодержавного режиму є більш реальним у деяких з них, у тому числі й в Україні, **деякі ключові питання повинні залишатися на розсуд діючої влади, зокрема щодо визначення періоду застосування люстрації.**

75. Водночас, якщо національна влада застосовує період більший, ніж рекомендовано Настановами 1996 року, їх обов'язком є пояснити, чому за доцільне вони вважають саме таке застосування.

²⁷ CDL-AD(2012)028, op. cit., para. 77.

CDL(2015)023

76. Українська влада стверджує, що заборони на 5 років недостатньо для деяких категорій посад, що підлягають люстрації, тому що це звичайний політичний термін (вибори до парламенту відбуваються кожні 5 років). Період заборони може закінчитися в момент, коли чергові парламентські вибори будуть проводитися, і в результаті чого може виникнути ризик політичної перевороту. Цей аргумент є виправданим. Також слід зазначити, що деякі з країн Центральної та Східної Європи, які проводили люстрацію, вирішили застосовувати люстрацію протягом більше 5 років. Таким чином, 10-річний період дискваліфікації, передбачений в Законі «Про очищення влади», **не повинен розглядатися як необґрунтований та непропорційний.**

77. Венеційська комісія проте, нагадує, що, як було вирішено Європейським судом з прав людини у справі Зданок, національні органи влади "повинні тримати обмеження, запроваджені у законі під постійним контролем, з метою їх завершення якомога швидше".

D. Адміністрування люстрації

78. Законом «Про очищення влади» люстрація визначається як процес децентралізації. Його курує Міністерство юстиції (замінений на центральний орган виконавчої влади з люстрації відповідно до проекту внесення змін), при якому функціонує дорадча громадська рада.

1. Децентралізований характер процедури люстрації

79. Стаття 4 Закону «Про очищення влади» вказує на те, що особи, які займають одну з посад, зазначених у статті 2, "повинні надавати своєму керівництву чи установам письмові заяви про те, чи поширюється на них заборона, відповідно до закону та чи проводиться перевірка щодо них". Перевірка проводиться відповідно до графіка, затвердженого Кабінетом Міністрів України. Люстрація, таким чином, є децентралізованим процесом, а перевірка осіб проводиться в межах установ, де вони займають посади.

80. Децентралізований характер процедури люстрації не є беззаперечним. Оскільки в Україні досі не проводилися такі процедури, є ризик того, що практика, що застосовується відповідно до Закону, який повинен бути реалізований за допомогою низки державних установ, проводитиметься неодноманітно та відкрито або може застосовуватися занадто м'який підхід щодо певних люстрованих осіб. Ситуація особливо проблематична у зв'язку з тим, що судовий перегляд рішень про люстрацію де-факто не працював, а процедура прийняття рішень в окремих випадках, таким чином, не підлягає ніякому зовнішньому контролю.

81. Українська влада повинна розглянути питання про перегляд процедури люстрації з урахуванням її централізації або, як альтернатива, слід переконатися, що судовий перегляд рішень про люстрацію є не просто теоретичною можливістю, а реальністю.

2. Центральний орган з моніторингу люстрації

82. Стаття 5 Закону «Про очищення влади» визначає Міністерство юстиції як "орган, уповноважений забезпечувати перевірку, передбачену цим Законом" (п. 1). Також передбачається, що Міністерство юстиції має протягом одного місяця після набрання чинності Законом (16 жовтня 2014 року) скликати "дорадчу громадську раду з люстрації, яка повинна складатися з представників ЗМІ та широкої громадськості, щоб забезпечити цивільний контроль

CDL(2015)023

над очищенням влади "(п. 2). Рада (Громадська рада при Міністерстві юстиції України з питань люстрації) була створена в листопаді 2014 році і наразі налічує 12 членів. Законом нечітко виписані повноваження Ради та яким чином вона повинна забезпечити громадський контроль за очищенням влади.

83. У Настановах 1996 року зазначено, що "люстрація має бути у віданні спеціально створеної незалежної комісії видатних громадян, які висунуті главою держави і затверджуються парламентом". На основі цього стандарту Венеційська комісія зазначила у Проміжному висновку, що: "Відповідальність за проведення люстрації не повинна покладатися на Міністерство юстиції та має бути передана до спеціально створеної незалежної комісії, за активної участі громадянського суспільства "(104 с).

84. Проектом внесення змін передбачено створення "центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом, який формує і реалізує державну політику з очищення влади (люстрації)" (проект статті 5 (1). Таким чином, такий центральний виконавчий орган (далі – Виконавчий орган) повинен замінити Міністерство юстиції як центральний орган з моніторингу люстрації.

85. Виконавчий орган повинен бути таким виконавчим органом, що є на одному рівні з міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади. Його голова призначається Прем'єр-міністром за поданням Кабінету Міністрів і звільняється Кабінетом Міністрів за погодженням Парламенту (проект статті 52). У голови є два заступники, які призначаються та звільняються Кабінетом Міністрів за поданням Прем'єр-міністра (стаття 19 (1) Закону України "Про центральні органи виконавчої влади"). Виконавчий орган не має членів, але має в розпорядженні адміністративний персонал.

86. Щодо Виконавчого органу виникає два питання – перше стосується його незалежності, інше – його компетенції. Ці два питання взаємопов'язані, так як державний орган наділений незалежністю, але без будь-яких повноважень буде однаково проблематичним, що й залежний орган з широкими повноваженнями.

87. Незалежність Виконавчого органу, здається, добре забезпечується відповідно до проекту внесення змін. Настановами 1996 року чітко вимагається, що люстрація повинна забезпечуватися комісією, яка: а) спеціально створена; б) є незалежною, в) складається з видатних громадян; г) з членів, що призначаються главою держави і затверджуються парламентом. Венеційська комісія у своєму Проміжному висновку додала ще одну вимогу: е) активне залучення громадянського суспільства.

88. Виконавчий орган є спеціально створеним. Це матиме правову основу відповідно до Закону «Про очищення влади», згідно із внесеними змінами та Законом «Про центральні органи виконавчої влади». До його компетенції відноситься лише здійснення люстрації. Він для цього і був спеціально створений.

89. Виконавчий орган відносно незалежний. Згідно з проектом статті 55 незалежність Виконавчого органу повинна бути забезпечена "1) його особливим статусом; 2) особливим порядком призначення голови / ... /; 3) прозорістю своєї діяльності; 4) іншим чином, передбаченим цим Законом ". Проектом внесення змін забороняється використовувати

CDL(2015)023

Виконавчий орган у політичних, колективних чи приватних цілях. Забороняється діяльність політичних партій у Виконавчому органі. Проект внесення змін не зазначає, якими інструментами буде забезпечено прозорість діяльності Виконавчого органу.

90. Третя вимога прагне забезпечити внутрішню незалежність членів комісії. "Видатні громадяни" в цьому сенсі виступають як особи, що надають гарантії за рахунок особистої чесності і порядності. Проектом не встановлюються будь-які вимоги до глави Виконавчого органу, його заступників та працівників. Слід очікувати, що до цих осіб застосовуються ті самі вимоги, що й до будь-яких інших державних службовців в Україні. Оскільки новий закон про державну службу ще в стадії підготовки, Венеційська комісія не знає, якими є ці вимоги, а отже, не в змозі оцінити, якою мірою вони будуть забезпечувати внутрішню незалежність голови, заступників та працівників Виконавчого органу.

91. Виконавчий орган є частиною виконавчої влади. Тому в його складі немає "членів", а є лише голова, його заступники та співробітники. Не повинно бути будь-якого впливу з боку Президента України чи Верховної Ради у процесі висування і призначення керівника та його заступників, не кажучи вже про штатних співробітників Виконавчого органу. У той же час Парламент повинен бути залучений у процесі звільнення голови Виконавчого органу.

92. Парламент не може сам призначати або звільняти голову і його заступників, тому що відповідно до статті 85 Конституції України одним із повноважень Верховної Ради є: «призначення чи обрання, звільнення з посад, погодження призначення і звільнення осіб у випадках, передбачених Конституцією» (пункт 15) Виконавчий орган не згадується в Конституції. Таким чином, необхідне внесення змін до Конституції. Тим не менш, Конституція не містить перепони для участі Парламенту, або одного з її комітетів у призначенні чи звільненні голови Виконавчого органу та його заступників.

93. Аналогічно, ніщо не заважає активній участі Президента України. Насправді, відповідно до статті 106 Конституції, Президент "призначає за поданням Прем'єр-міністра України членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих адміністрацій та припиняє їх повноваження" (п. 10). Не цілком зрозуміло, чому у проекті внесення змін прагнуть відійти від цього правила, і чому голова Виконавчого органу буде призначатися і звільнятися Кабінетом Міністрів.

94. Активне залучення громадянського суспільства у призначенні голови, заступників Виконавчого органу та залучення до його діяльності не забезпечується проектом внесення змін. Проектом, однак, не нівелюється Дорадча громадська рада з питань люстрації, передбачена статтею 5 (1) Закону. Не зовсім розкрито, як будуються взаємовідносини між громадською радою та виконавчим органом і чи буде Рада мати будь-який вплив на діяльність Виконавчого органу. В ідеалі, Рада повинна мати вплив на процес призначення та звільнення голови Виконавчого органу та його заступників.

95. Повноваження нового Виконавчого органу викладені в проекті статті 53. Його обов'язками є "здійснення нагляду і контролю за дотриманням законодавства про очищення влади (люстрації)" (53 (2)). Для цих цілей він координує діяльність державних органів через процедуру перевірок, надаючи методичну підтримку та адмініструючи Єдиний державний реєстр. Це означає, що

CDL(2015)023

Виконавчий орган має досить слабкі повноваження і порядок люстрації дефакто залишається децентралізованим. З причин, викладених вище, це є проблемою.

96. Формулювання проекту статей 53 і 54 не дає чіткого розуміння, чи має Виконавчий орган повноваження одержувати і розглядати як адміністративний орган скарги з боку окремих осіб, які підлягають люстрації. Відповідно до статті 53 (2) йому доручено здійснювати нагляд і контроль за дотриманням закону про очищення влади. Відповідно до статті 53 (6) він може ухвалювати обов'язкові приписи про усунення порушень Закону. В статті 54 (9) передбачено, що Виконавчий орган має право "одержувати заяви фізичних та юридичних осіб про порушення вимог Закону". Останнє формулювання передбачає, що Виконавчий орган може служити як орган адміністративного оскарження. Це було б позитивним моментом. Тим не менш, якщо це так, у Законі це повинно бути прописано більш чітко, щоб громадяни знали, що в них є доступ до "юридичних важелів". Закон повинен також визначити умови доступу до адміністративного перегляду, межі такого перегляду і його відношення до судового перегляду.

97. Венеційська комісія наголошує, що адміністративне розслідування, що проводиться Виконавчим органом, ніколи не може бути заміною судового розгляду. Тим не менш, такі адміністративні процедури і можливі службові розслідування повинні виконуватися з дотриманням принципів справедливого судового розгляду (доступ до матеріалів, право бути почутим, обґрунтування прийняття рішень тощо).

Е. Захист прав люстрованих осіб

98. Процедура люстрації і заборона на доступ до публічних посад впливають на права зацікавлених осіб. У Проміжному висновку Венеційська комісія висловила стурбованість у зв'язку з Єдиним реєстром осіб, які підлягають люстрації, і процесуальними гарантіями, пропонуються люстрованій особі.

1. Єдиний реєстр осіб, що підлягають люстрації

99. Відповідно до статті 7 Закону «Про очищення влади» інформація про осіб, які підлягають люстрації, "має бути внесена до Єдиного реєстру осіб, які є суб'єктами Закону України «Про очищення влади» / ... /, що формується та ведеться Міністерством юстиції України"(п. 1). Проект змін передбачає, що Єдиний реєстр буде адмініструватися Органом. Інформація про осіб, що підлягають забороні відповідно до частини 4 статті 1, повинні бути також опубліковані на офіційному сайті Міністерства юстиції. Це буде вказувати на те, що, за винятком осіб, що підпадають під частину 3 статті 3, інформація лише про осіб, чия негідна поведінка була встановлена судом, буде публічно доступною, в той час як інформація про осіб, на яких накладено заборону від публічного життя без рішення суду (частина 3 статті 1) не буде публічно доступною.

100. Однак така редакція не відповідає практиці. Онлайн-версія Реєстру, доступна на сайті Міністерства юстиції (lustration.minjust.gov.ua/register), містить імена осіб, люстрованих за всіма положеннями статті 3.

101. Венеційська комісія заявила у своєму експертному висновку «про колишню Югославську Республіку Македонія», що «публікація до винесення судового рішення є проблематичною з

CDL(2015)023

огляду на статтю 8 ЄКПЛ. Несприятливі наслідки такої публікації на репутацію людини навряд чи можуть бути пізніше видалені спростуванням, і потерпілий не має засобів, щоб захистити себе від таких негативних наслідків. Це може виявитися адекватним заходом, необхідним у демократичному суспільстві лише, коли співпраця остаточно перевірена, не раніше. Тому публікація повинна відбуватися тільки після рішення суду»²⁸. Виходячи з цього правила, Венеційська комісія у своєму Проміжному висновку рекомендувала, що «інформація про особу, що підлягає заходам люстрації, повинна опубліковуватись лише після остаточного рішення суду» (104 с).

102. Проект змін прагне відповідати цій рекомендації шляхом вимоги на додаток до імені люстрованої особи, періоду його/її виключення з державної служби та правову підставу виключення, Єдиний реєстр має також містити «інформацію стосовно оскарження особою у суді» (проект частини 3 статті 7), за умови, що ця інформація стала відомою Органу від зацікавленої особи. Така зміна вітається Венеціанською Комісією. Переклад на англійську мову проекту змін здається помилковим у тому, що деяка інформація (про часовий період та про оскарження) включена двічі.

2. Процедурні гарантії

103. Настанови 1996 року визначають, що ні в якому разі особа не може бути люстрована без забезпечення її повним належним процесуальним захистом, у тому числі, але не обмежуючись правом на адвоката (призначеного, якщо суб'єкт не може дозволити собі платити), щоб протистояти і оскаржувати докази, використані проти нього, щоб мати доступ до всіх доказів винуватості і невинуватості, щоб представити свої власні докази, щоб мати відкриті слухання, якщо він їх просить, і право на оскарження в незалежній судовій інстанції» (п. m).

104. Європейський суд з прав людини у своєму прецедентному праві також підтвердив: «якщо держава вживає заходів люстрації, то вона повинна забезпечити, щоб особи, які постраждали, користувалися всіма процесуальними гарантіями відповідно до Конвенції щодо будь-якого судового розгляду, пов'язаного із застосуванням таких заходів»²⁹. Суд вказав на деякі з процедурних недоліків, що закони про люстрацію можуть страждати, наприклад, від відсутності доступу до люстрації та недотримання принципу змагальності у люстраційних справах.³⁰

105. Закон «Про очищення влади» у частині 2 статті 1 визнає, що люстрація має ґрунтуватися, серед іншого, на презумпції невинуватості та гарантуванні права на захист (частина 2 статті 1). Венеційська комісія звертає увагу на деякі недоліки Закону стосовно процесуальних гарантій у своєму Проміжному висновку.

106. Під час переговорів з українською владою і громадянським суспільством Венеційська комісія дізналася, що багато судових справ зупинені. Це заважає ефективному застосуванню закону і має бути припинено якомога швидше. Це негативно характеризує стан законності та захисту прав людини в Україні.

IV. Висновки

²⁸ 30 CDL-AD(2012)028, op. cit., para. 74.

²⁹ Turek v. Slovakia, op. cit., para. 115.

³⁰ Matyjek v. Poland, op. cit.; Bobek v. Poland, op. cit.

CDL(2015)023

107. Закон «Про очищення влади» відрізняється від люстраційних законів, прийнятих в інших країнах Центральної та Східної Європи, ширшою сферою застосування. Він спрямований на досягнення двох цілей. Перша – захист суспільства від осіб, які через їх минулу поведінку можуть завдати шкоди новозаснованому демократичному режиму. Друга – очистити державні органи від осіб, які були задіяні у широкомасштабній корупції. Термін «люстрація» в її традиційному розумінні охоплює тільки перший процес.

108. У своєму Проміжному висновку, прийнятому у грудні 2014 року, Венеційська комісія наголосила, що для забезпечення прав людини, верховенства права та демократії люстрація повинна встановити справедливий баланс між захистом демократичного суспільства, з одного боку, та захистом особистих прав – з іншого. Комісія також звернула увагу на деякі недоліки Закону «Про очищення влади» 2014 року щодо застосування Закону до осіб (необхідність обмеження люстрації найбільш важливими посадами в межах країни тощо), часової складової (два періоди виключення тощо), управління люстрацією (децентралізована процедура, відсутність незалежного органу тощо) та процедурних гарантій (персональна відповідальність, захист персональних даних фізичних осіб, які підлягають люстрації, можливість судового розгляду і тощо).

110. У квітні 2015 року Венеційська комісія отримала від української влади пакет змін до Закону «Про очищення влади» та до інших законів, а саме до виборчих законів, що знаходяться на цей час на розгляді у Парламенті. Венеційська комісія вітає деякі вдосконалення, запропоновані проектом, такі як створення Центрального виконавчого органу з люстрації або зміни у Єдиному реєстрі. Однак Закон – навіть зі змінами – досі містить деякі недоліки.

111. Венеційська комісія хотіла б особливо звернути увагу на такі основні моменти:

a) Захист нового демократичного режиму від еліт попереднього недемократичного режиму та боротьба проти корупції є важливими та правомірними політичними цілями. Однак навряд їх можна досягнути однаковими засобами. Виключення із державної служби на певний (один для всіх) період має бути збережено для тих, хто підпадає під першу категорію. Частина 8 статті 3 має бути або перенесена із Закону «Про очищення влади» до Закону «Про засади запобігання та боротьби з корупцією», або переглянута з метою забезпечення індивідуалізації. Заборона доступу на державні посади на основі невідповідностей у фінансових даних має враховувати характер і ступінь цих невідповідностей. Виключення на основі Закону «Про очищення влади» не повинно бути диспропорційним щодо санкції втрати права займати певні посади, що може бути накладена згідно з Кримінальним кодексом.

b) Звичайні судді повинні бути виключені з частини 4 статті 2 і підпадати під дію виключно Закону «Про відновлення довіри до судової системи України».

c) Частини 11 та 12 статті 2 мають бути виключені, оскільки вони розташовані не у відповідному місці та вводять в оману.

d) Українська влада має вирішити, чи всі посади, перелічені у частинах 1 та 2 статті 3, відіграли значну роль у зловживанні владою за режиму В. Януковича у 2010-2014 роках чи під час подій на Майдані у кінці 2013 року – на початку 2014 року. У такому випадку, повинна враховуватися конкретна ситуація в Україні, одночасно зважаючи, що «якщо організація вже вчинила серйозні

CDL(2015)023

порушення прав людини, член, працівник чи агент має розглядатися як такий, що брав участь у таких порушеннях, якщо він був вищою посадовою особою організації» (п. h Настанов).

e) Частини 5 та 6 статті 3 повинні чітко визначати, що відповідне судове рішення має стосуватися самого діяння, за яке застосовується заборона.

f) Люстрація має управлятися централізованим шляхом. Якщо зберігається децентралізована процедура, має бути посилена (чи чітко визначена) компетенція Виконавчого органу. Найбільш важливим є те, що Виконавчий орган має діяти як орган адміністративного розгляду, відкритий для скарг осіб, що підлягають люстрації. Адміністративний розгляд не повинен бути заміною судовому розгляду, який має бути зроблений оперативно якомога швидше.

112. Люстрація ніколи не повинна замінити структурні реформи, спрямовані на посилення верховенства права та боротьбу з корупцією; вона має доповнювати їх як винятковий захід у демократії, що захищає себе, до такої міри, щоб дотримуватися європейських стандартів прав людини та верховенства права.

113. Венеційська комісія готова надавати подальшу допомогу українській владі, якщо вона за нею звернеться.