



Страсбург, 16 грудня 2014 року

**CDL-AD(2014)044**

**Висновок № 788/2014**

англійською мовою

**ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО**  
(ВЕНЕЦІАНСЬКА КОМІСІЯ)

**ПРОМІЖНИЙ ВИСНОВОК**

**ЩОДО ЗАКОНУ «ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ»  
(ЗАКОН «ПРО ЛЮСТРАЦІЮ»)**

**В УКРАЇНІ**

**Схвалений Венеціанською Комісією  
на її 101-й Пленарній сесії  
(Венеція, 12-13 грудня 2014 року)**

**На основі зауважень**

**Пані Вероніки БІЛКОВОЇ (член, Чеська Республіка)  
Пана Хуберта ГЕНЕЛЯ (член, Франція)  
Пана Георгія ПАПУАШВІЛІ (член, Грузія)  
Пана Енна ПІТЕРСА (Альтернативний член, Німеччина)  
Пані Ганни СУХОЦЬКОЇ (член, Польща)  
Пана Бена ВЕРМОЙЛЕНА (член, Нідерланди)  
Пана Герхарда РЕЙСНЕРА (експерт (DGI), колишній президент  
Консультативної ради європейських суддів (КРЕС))**

## ЗМІСТ

I.	Вступ .....	2
II.	Загальна інформація .....	2
III.	Сфера застосування висновку .....	3
IV.	Міжнародні стандарти .....	4
V.	Аналіз закону про люстрацію .....	6
A.	Загальне зауваження .....	6
B.	Часові рамки застосування закону .....	6
1.	Періоди у минулому, що підпадають під дію закону .....	6
a.	Комуністичний режим .....	6
b.	Правління Президента Януковича .....	7
2.	Час ухвалення закону щодо колишніх комуністичних чиновників .....	8
3.	Період, протягом якого діють люстраційні заходи .....	9
C.	Особи, до яких застосовується закон .....	11
1.	Посади, що підпадають під люстрацію .....	11
2.	Критерії для люстрації .....	12
3.	Люстрація суддів .....	15
D.	Процесуальні гарантії для осіб, до яких застосовуються процедури люстрації ..	18
E.	Публікація імен люстрованих осіб .....	20
VI.	Висновки .....	21

### I. Вступ

1. У листі від 3 жовтня 2014 року, Голова Комітету з моніторингу Парламентської Асамблеї запитав думку Венеціанської комісії щодо закону «Про очищення влади» (далі - Закон «Про люстрацію»; CDL-REF (2014) 046).

2. Була створена Робоча група, що складається з пані Вероніки Білкової, пана Хуберта Генеля, пана Енна Пітерса, пана Георгія Папуашвілі, пані Ганни Сухоцької і пана Бена Вермойлена, а також пана Герхарда Рейснера, експерта Управління з прав людини Генерального управління з прав людини і дотримання законності (DGI).

3. 11 грудня 2014 року, українська делегація у складі Павла Петренка, Міністра юстиції України, Леоніда Ємця, Єгора Собольєва та Георгія Логвінського народних депутатів України, а також Тетяни Козаченко, Керівника Департаменту люстрації прибули до Венеції та надали ряд аргументів, що стосувались Закону «Про люстрацію». Вони визнали необхідність внесення змін до Закону «Про люстрацію» та звернулися за допомогою до Венеціанської комісії з метою досягнення ефективної структури люстрації, яка б відповідала діючим міжнародним стандартам.

4. Даний висновок обговорювався на спільному засіданні Підкомісії з фундаментальних прав та Демократичних інституцій 11 грудня 2014 року, а потім був ухвалений Венеціанською комісією на 101-й пленарній сесії (Венеція, 12-13 грудня 2014 року).

### II. Загальна інформація

5. Закон «Про люстрацію» був ухвалений Верховною Радою 16 вересня 2014 року, підписаний Президентом Порошенко 9 жовтня 2014 року, опублікований в офіційному віснику 15 жовтня і набув чинності 16 жовтня 2014 року.

6. 17 жовтня 2014 року Міністерство юстиції України затвердило Положення № 1704 про Єдиний державний реєстр фізичних осіб, до яких застосовується закон про люстрацію. Положення передбачає створення електронної бази даних, яка містить інформацію про осіб, на яких поширюється Закон. 28 жовтня 2014 року база даних була відкрита для загального доступу, і Міністерство юстиції опублікувало список з іменами близько 200 осіб, які були звільнені зі своїх посад на підставі Закону.

7. 18 жовтня 2014 року Служба зовнішньої розвідки України звернулася до Конституційного Суду України з проханням офіційно розтлумачити статті 3.1.7, 3.2.3, 4.3 та п.2.1 Прикінцевих та перехідних положень Закону стосовно статті 1.2 Закону «Про люстрацію», а також розтлумачити статтю 19 Конституції України у зв'язку з вищевказаними положеннями Закону «Про люстрацію» та статтю 64 Конституції України.

8. 17 листопада 2014 року Верховний Суд України звернувся до Конституційного Суду України, щоб встановити конституційність статей 2.2, 3.3, 6.1 і 13.2 Закону «Про люстрацію».

9. Закон, що стосується люстрації в судовій системі (Закон «Про відновлення довіри до судової системи України»<sup>1</sup>), був раніше ухвалений Верховною Радою 8 квітня 2014 року. Цей закон, оцінений Радою Європи<sup>2</sup> і все ще діє.

### III. Сфера застосування висновку

10. Моніторинговий комітет Парламентської Асамблеї попросив Венеціанську комісію в жовтні 2014 року оцінити Закон України «Про люстрацію» в найкоротші терміни. Відповідно до такого часового обмеження, оскільки парламентські вибори відбулися наприкінці жовтня 2014 року, не вдалося провести змістовний візит в Україну до підготовки цього висновку для того, щоб обговорити підстави для ухвалення цього закону в такому вигляді з українською владою. З цієї причини, а також через відсутність пояснювальної записки до закону, ця оцінка може бути тільки проміжною. Вона охоплює основні аспекти Закону «Про люстрацію». У цьому проміжному висновку Венеціанською комісією будуть спеціально розглянуті чотири ключові питання: а) часові рамки застосування закону; б) особи, до яких застосовується закон; в) процесуальні гарантії для осіб, до яких застосовуються процедури люстрації; г) публікація імен осіб, що були люстровані.

11. Дві конституційні справи, що стосуються деяких положень цього закону, знаходяться на розгляді в Конституційному суді (див. §§ 7 і 8), рішення якого очікується не раніше, ніж навесні 2015 року. В рамках своєї звичайної практики, Венеціанська комісія буде уникати того, щоб займати позицію з питань, що знаходяться на конституційному розгляді (в тій мірі, що вона знає про них).

12. Нарешті, ця оцінка заснована на неофіційному перекладі закону про люстрацію; деякі коментарі можуть впливати з неточностей у перекладі.

---

<sup>1</sup> 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](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/judic_reform/restoring%20confidence_full%20ENG.pdf)

<sup>2</sup>

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/judic\\_reform/Appendix\\_draft\\_law\\_of\\_Ukraine\\_FINAL010414.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/judic_reform/Appendix_draft_law_of_Ukraine_FINAL010414.pdf)

13. Ця оцінка стосується суті закону про люстрацію. Венеціанська комісія також дізналася з наявних звітів, що ухвалення цього закону проходило у своєрідних умовах: також, як українська влада це представила, то перше і друге читання відбулося з місячним інтервалом, з більше ніж 400 поданими поправками, текст законопроекту та пропонувані до нього поправки не були оперативно надані депутатам протягом останнього голосування, а саме голосування проходило під тиском протестуючих, які блокували будівлю Верховної Ради. Сам текст закону був оприлюднений тільки після того, як був підписаний спікером за кілька днів після його ухвалення.

14. Венеціанська комісія хотіла б підкреслити, що такі процесуальні порушення не відповідають принципам верховенства права. Вони, негативно впливають на його легітимність, що особливо проблематично для закону, спрямованого на відновлення довіри до органів державної влади та забезпечення відкритого та прозорого здійснення влади. Тому Комісія закликає український парламент не повторювати подібні порушення у майбутньому.

#### **IV. Міжнародні стандарти**

15. Люстрація означає "очищення", і це дозволяє "виключити осіб, яким не вистачає цілісності (навіть суддів) з державних установ".<sup>3</sup> Люстрація є одним з інструментів правосуддя перехідного періоду, який використовуються для захисту нових демократичних держав від загроз, пов'язаних з тими, хто був тісно пов'язаний з попереднім тоталітарним режимом і запобігти поверненню такого режиму.

16. Три основні аргументи були висунуті для пояснення особливої ролі, яку люстрація може відігравати в посттоталітарній ситуації. Профілактичний аргумент припускає, що люстрація необхідна для захисту нового демократичного режиму, змушуючи осіб, які займають державні посади та кандидатів на ці посади розкривати своє минуле. Аргумент шантажу показує, що люстрація захищає нову демократичну державу від тих, які були тісно пов'язані з силовими структурами або спецслужбами колишнього режиму і можуть таким чином бути легко підданими шантажу. Аргумент громадського розширення прав і можливостей робить акцент на необхідності зробити державні установи більш прозорими і відновити суспільну довіру до незалежності і морального кредиту до осіб, які займають або прагнуть зайняти важливі посади в цих установах.<sup>4</sup>

17. Люстрація не є порушенням прав людини як таких, оскільки демократична держава вправі вимагати від державних службовців бути лояльними до конституційних принципів, на яких вона заснована.<sup>5</sup> Тим не менш, для того, щоб поважати права людини, верховенство права і демократію, люстрація повинна забезпечити справедливий баланс між «захистом демократичного суспільства, з одного боку, та захисту прав індивідів з іншого».<sup>6</sup> Іншими словами, люстраційні заходи повинні бути відповідними: вузько спеціалізованими і "необхідним у демократичному суспільстві" для досягнення своїх законних цілей. Як Венеціанська комісія раніше нагадувала, "процедури люстрації, незважаючи на їхній політичний характер, повинні бути розроблені і проведені тільки юридичними засобами, відповідно до Конституції і з урахуванням європейських стандартів, що стосуються верховенства права і поваги до прав людини. Якщо це буде

<sup>3</sup> Верховний комісар ООН з прав людини, «Верховенство права інструменти для пост конфліктних держав, перевірки: оперативної структури», ООН, Нью-Йорк та Женева, 2006.

<sup>4</sup> Див. Богдан Вітвітський, Коментарі до українського проекту Закону про люстрацію, Vox Україна Online, 25 серпня 2014.

<sup>5</sup> ЄСПЛ, Вогт проти Німеччини, параграф. 59.

<sup>6</sup> ЄСПЛ, Ждановська проти Латвії, параграф.100 (щодо дискваліфікації кандидатів на парламентських виборах).

дотримано, то процедури люстрації можуть бути сумісними з демократичною державою на основі верховенства права".<sup>7</sup>

18. Європейські стандарти в галузі люстрації, в основному, випливають з трьох джерел:

- Європейської конвенції з прав та основних свобод людини (зокрема, статей 6, 8, 10<sup>8</sup> і 14, статті 1 Протоколу 12) та практики Європейського суду з прав людини;<sup>9</sup>
- прецедентного права національних конституційних судів;<sup>10</sup>
- Резолюцій Парламентської Асамблеї Ради Європи, а саме Рез. 1096 (1996) про заходи з ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем і Рез. 1481 (2006) про необхідність міжнародного засудження тоталітарних комуністичних режимів. ПАРЕ у Рез. 1096 (1996) вказала на «Керівні принципи для забезпечення відповідності закону про люстрацію та аналогічних адміністративних заходів вимогам держави, заснованої на принципі верховенства права» (далі: «Керівні принципи, що стосуються люстрації» або «Керівні принципи»), в якості посилання.

19. Венеціанська комісія вже встановлювала й аналізувала ці стандарти у своїх попередніх висновках про люстраційні закони Албанії<sup>11</sup> і Колишньої Югославської Республіки Македонія<sup>12</sup> і посилається на них.

20. Наступні чотири ключові критерії узагальнюють суть стандартів, що стосуються процедур люстрації:

- провина повинна бути доведена в кожному конкретному випадку;
- мають бути гарантовані право на захист, презумпція невинуватості і право на оскарження в суді;
- повинні з одного боку бути дотримані різні функції і цілі люстрації, а саме захист нової демократії, а з іншого боку кримінальне право, тобто покарання людей осіб, вину яких доведено;

<sup>7</sup> CDL-AD(2009)044, § 149.

<sup>8</sup> Право рівного доступу до (або рівних можливостей служити на) державній посаді як таке не гарантується ЄСПЛ, але впливає з права не піддаватися дискримінації за ознакою політичних переконань (стаття 14 у поєднанні зі статтею 10 ЄКПЛ або статтею 1 Протоколу 12). Крім того, право на доступ до державної служби визнається в міжнародному праві (стаття 21 (2) Загальної декларації прав людини - "Кожна людина має право рівного доступу до державної служби в своїй країні", - і статтею 25 літ. с) МПГПП - "Кожен громадянин повинен мати право і можливість, [...] без необґрунтованих обмежень: [...], щоб мати доступ на загальних умовах рівності до державної служби в своїй країні». Право на участь в управлінні державними справами, у всіх всеукраїнських та місцевих референдумів, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органи місцевого самоврядування, а також право на доступ до державної служби та до служби в органах місцевого самоврядування також закріплені у статті 38 Конституції України.

<sup>9</sup> Люстрація розглядалася Європейським судом з прав людини в ряді справ, пов'язаних з відповідним законодавством, ухваленим в Словаччині (ЄСПЛ, Турек проти Словаччини, заява № 57986/00, 14 лютого 2006 року), Польщі (ЄСПЛ, Матіек проти Польщі, заява № 38184/03, 30 травня 2006 року, ЄСПЛ, Лубох проти Польщі, заява № 37469/05, 15 січня 2008 року, ЄСПЛ, Бобек проти Польщі, заява № 68761 / 01, 17 липня 2007 року, ЄСПЛ, Шульц v Польща, заява № 43932/08, 13 листопада 2012 року); Литва (ЄСПЛ, Сідабрас і Джіаутас проти Литви, заяви №№ 55480/00 і 59330/00, 27 липня 2004 року, ЄСПЛ, Райніс і Гаспаравічус проти Литви, заяви №№ 70665/01 і 74345/01, 7 квітня 2005 року, ЄСПЛ, Жичкус проти Литви, заява № 26652/02, 7 квітня 2009 року); Латвія (ЄСПЛ, Жданок проти Латвії, заява № 58278/00, 16 березня 2006 року, ЄСПЛ, Адамсонс проти Латвії, заява № 3669/03, 24 червня 2008 року) і нещодавно в Румунії (ЄСПЛ, Найдин проти Румунії, заява № 38162/07, 21 жовтня 2014 року).

<sup>10</sup> Посилання для пошуку прецедентного права про люстрацію в базі даних «CODICES» Венеціанської комісії: [http://www.venice.coe.int/files/CODICES\\_search\\_Opinion\\_788\\_2014\\_UKR.pdf](http://www.venice.coe.int/files/CODICES_search_Opinion_788_2014_UKR.pdf)

<sup>11</sup> CDL-AD(2009)044.

<sup>12</sup> CDL-AD(2012)028.

- люстрація повинна відповідати суворим часовим рамкам як щодо періоду її дії, так і періоду, на який вона поширюється.

## **V. Аналіз закону про люстрацію**

### **A. Загальне зауваження**

21. У преамбулі закону про люстрацію зазначається, що мета закону полягає в «захисті і підтвердженні 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 і майбутнього від тіні цього минулого. Він має намір зробити це шляхом усунення / виключення осіб, які через свою поведінку в минулому могли б становити небезпеку для «нового й уразливого демократичного суспільства», з посад в центральних і місцевих органах влади. Стаття 1.2 Закону «Про люстрацію» визначає цих осіб як «ті, що ухвалювали рішення, вчиняли дії або проявляли бездіяльність (і/або сприяли їх вчиненню), сприяючи узурпації влади Президентом України Віктором Януковичем, прагнучи підірвати основи національної безпеки і оборони і порушуючи права і свободи людини».

22. Закони про люстрацію завжди є сумішшю правового акту й політичного документу. Необхідно знайти належний баланс між цими двома елементами, якщо Закон про люстрацію має служити своїй важливій функції зі встановлення верховенства права в країні.

23. Ст. 1.2 Закону «Про люстрацію» перераховує загальні принципи, що регулюють процес люстрації: а. верховенство права і законність; б. відкритість, прозорість і громадська доступність; в. презумпція невинуватості, г. індивідуальна відповідальність, д. гарантія права на захист. Цей список принципів, як видається, повністю відповідає європейським рекомендаціям. Проте докладний аналіз закону показує, що закон не відповідає цим керівним принципам.

### **B. Часові рамки застосування закону**

24. Закон «Про люстрацію» набув чинності через 18 років після прийняття демократичної Конституції 28 червня 1996 року (У той час як конституційні поправки від 8 грудня 2004, були скасовані надзвичайно спірним рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 г.). Він охоплює період від радянського комуністичного режиму до подій на Майдані — до 22 лютого 2014 року. Дія люстрації має розтягнутися на десять років після вступу в силу Закону або на п'ять років після того, як відповідні рішення вступають в силу.

#### **1. Періоди у минулому, що підпадають під дію закону**

25. Закон «Про люстрацію» (стаття 1 (2)) прагне охопити два різні періоди недемократичної влади в країні: Радянський комуністичний режим і «період узурпації влади з боку Президента України Віктора Януковича».

##### **a. Комуністичний режим**

26. Перший період, що розглядається в Законі «Про люстрацію» — це комуністичний режим Радянського Союзу, до якого Україна належала до розпаду СРСР в 1991 році. Немає жодних сумнівів, що комуністичний режим був відзначений серйозними порушеннями прав людини і загальною відсутністю свободи і демократії. Це було явно підтверджено в Резолюції 1481 (2006) Парламентської Асамблеї. Всі інші закони про люстрацію, які були ухвалені в країнах Центральної та Східної Європи протягом останніх

трьох десятиліть, охоплюють цей період. Тоталітарний характер режиму, на запобігання поверненню якого спрямована люстрація, не підлягає сумніву.

#### **в. Правління Президента Януковича**

27. Другий період – це період «узурпації влади з боку Президента України Віктора Януковича», що відповідає, згідно зі статтею 3.1 Закону, усьому терміну повноважень Януковича – з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року.

28. Це період, який стався через більш ніж два десятиліття після закінчення тоталітарного комуністичного режиму і майже через двадцять років після вступу України до Ради Європи (1995).

29. Керівні принципи передбачають, що люстрація «може бути використана тільки для усунення або суттєвого зменшення загрози, яку становить суб'єкт люстрації, створенню життєздатної вільної демократії шляхом використання суб'єктом службового становища з метою порушення прав людини або блокування процесу демократизації».<sup>13</sup> Таким чином, люстрація «не може бути використана для покарання, відплати або помсти; покарання може бути винесене тільки за минулу злочинну діяльність на основі Кримінального кодексу і у відповідності з усіма процедурами і гарантіями кримінального переслідування».<sup>14</sup> Таким чином, «мета люстрації повинна полягати, насамперед, у захисті демократії від відголосів тоталітаризму, в той час як друга її мета, що підпорядкована реалізації головної мети, повинна полягати в індивідуальному покаранні осіб, які співпрацювали з тоталітарним режимом».<sup>15</sup> Тому період, до якого відноситься люстрація, є одним з найважливіших питань. Люстрація як метод боротьби з минулим повинна застосовуватися до періоду колишньої політичної системи, яка порушувала права людини та людської гідності, а не до наступного періоду, коли була створена нова система, заснована на гарантуванні демократії та прав людини.

30. Згідно з думкою ЄСПЛ, особливий історичний і політичний контекст, що впливає на структуру демократичних інститутів, може становити загрозу для нового демократичного порядку (через відродження ідей, які, у разі набрання сили, можуть відновити тоталітарний режим), і тому може виправдати застосування люстраційних заходів щодо дій, вчинених після закінчення тоталітарного режиму.<sup>16</sup>

31. Венеціанська комісія, у зв'язку із застосуванням люстраційних заходів щодо дій, вчинених у період після закінчення комуністичного тоталітарного режиму, раніше підкреслила, що демократичний конституційний порядок повинен захищати себе безпосередньо через демократичне функціонування своїх інститутів, реалізацію принципу верховенства права та гарантії захисту прав людини (в тому числі заборону зловживання правами). По-перше, демократична держава відповідає перед виборцями, які можуть не переобрати її. По-друге, правова держава контролюється юридичними і конституційними нормами. По-третє, злочини, вчинені представниками влади, є предметом кримінального переслідування. Нарешті, кожна демократична держава може зажадати мінімальної лояльності від своїх службовців і може звільнити їх з посад іншим чином, не вдаючись до спеціального інструменту люстрації. В цілому, люстрація має бути інструментом останньої інстанції.

<sup>13</sup> Керівні принципи, літера b).

<sup>14</sup> Керівні принципи, літера c).

<sup>15</sup> Конституційний суд Польщі, рішення K2/07.

<sup>16</sup> ЄСПЛ, Жданока проти Латвії, зазначена робота

32. Партійна приналежність, політичні та ідеологічні причини не повинні використовуватися в якості підстави для люстраційних заходів, через те, що стигматизація та дискримінація щодо політичних опонентів не є прийнятними засобами політичної боротьби в державі, заснованій на принципі верховенства права.<sup>17</sup>

33. У лютому 2010 року, Президент Янукович переміг на президентських виборах в Україні, які відповідали міжнародним стандартам.<sup>18</sup> Ситуація в країні почала погіршуватися поступово.<sup>19</sup> Були вжиті заходи, спрямовані на придушення опозиційних сил, але, незважаючи на них, пан Янукович не отримав повну політичну, ідеологічну та економічну монополію по всій країні. Крім того, деякі з негативних явищ, що характеризують цей період, такі як корупція, були присутніми в українському суспільстві ще до 2010 року. Вищі державні службовці, що працювали під час правління Януковича, ймовірно, вже обіймали свої посади, і, ймовірно, були також лояльними до колишнього уряду. Заходи, спрямовані на боротьбу з корупцією, у тому числі, відповідно до рекомендацій ГРЕКО, нове законодавство щодо боротьби з корупцією, вже було ухвалено. Крім цього, слід зазначити, що Україна є державою-членом Ради Європи з 1995 року і як така пройшла моніторинг на предмет своєї демократичності та відповідності європейським стандартам.

34. Звернутися до широкомасштабних заходів люстрації щодо цього конкретного періоду означатиме поставити під сумнів фактичне функціонування правової та нормативно-правової бази України як демократичної держави, заснованої на принципі верховенства права. Оцінка існування підстав для таких заходів є компетенцією не Венеціанської комісії, а української влади. У всякому разі, люстрація повинна бути доповнена іншими засобами забезпечення правосуддя та зміцнення системи державного управління та верховенства права, наприклад, кримінального переслідування осіб, відповідальних за серйозні злочини, включаючи злочини проти людства, а також структурними реформами, спрямованими на зміцнення верховенства права, боротьбу з корупцією та викорінення куміністичних цінностей. Люстрація може служити доповненням до цих інших способів в екстремальних ситуаціях, але вона ніколи не повинна замінити їх, так як її роль має бути конкретно і точно відповідати меті. У всякому разі, Венеціанська комісія не вважає, що люстраційні заходи є найбільш підходящим засобом для боротьби з корупцією.

## **2. Час ухвалення закону щодо колишніх комуністичних чиновників**

35. Існує ймовірність того, що іноді демократія має захищати себе (концепція «*streitbare/wehrhafte Demokratie*»), що було підтверджено ЄСПЛ.<sup>20</sup> Тим не менш, така необхідність, вочевидь, зменшується з часом. Таким чином, необхідність України у захисті себе від тих осіб, які були залучені в радянсько-комуністичний режим, після більш ніж двох десятиліть, що минули з моменту падіння цього режиму, сумнівна.

---

<sup>17</sup> CDL-AD(2013)028'

<sup>18</sup> «Президентські вибори відповідали більшості зобов'язань ОБСЄ та іншим міжнародним стандартам демократичних виборів і консолідованому прогресу, досягнутому з 2004 року». ОБСЄ, президентські вибори, 17 січня та 7 лютого 2010 року, Варшава: БДПЛ, 28 квітня 2010 стор. 1.

<sup>19</sup> Що стосується ситуації в судовій системі, Європейський суд з прав людини визначив серйозні проблеми структурної незалежності та неупередженості у своєму рішенні у справі «Волков проти України» (ЄСПЛ, Олександр Волков проти України, заява № 21722/11, 9 січня 2013 року). Дивіться також висновки Венеціанської комісії CDL-AD (2010) 026 і 029, і, в більш загальних рисах щодо конституційності, CDL-AD (2010) 044.

<sup>20</sup> ЄСПЛ, Глазенаппа проти Німеччини, заява №9228/80, 28 серпня 1986 року; Фогт проти Німеччини, заява №17851/91, 26 вересня 1995 року, пункт 59; Пеллегрін проти Франції, 8 грудня 1999 року, заява №28541/95, п. 65; ЄСПЛ, Жданок проти Латвії, згаданий документ, пункти 100-101.



36. Раніше Венеціанська комісія розглядала питання застосування люстрації заходів через довгий час після початку процесу демократизації в країні в контексті албанських і македонських законів про люстрацію, посилаючись на резолюції ПАРЕ, керівні принципи і прецедентне право ЄСПЛ і ряду європейських конституційних судів. За даними Комісії<sup>21</sup>, *«Керівні принципи Парламентської Асамблеї [...] вводять загальне припущення, що люстраційні заходи мають бути завершені в усіх колишніх комуністичних державах не пізніше 31 грудня 1999 року. Це пов'язано із загрозою, що становлять колишні режими»*. Комісія дійшла висновку, що, хоча кожна демократична держава має право вимагати мінімальну лояльність від своїх службовців<sup>22</sup> і може звільнити їх з посад або утримуватися від їх прийому на роботу з причини їх фактичної або недавньої поведінки, застосування люстраційних заходів через довгий час після початку процесу демократизації в країні несе ризик виникнення сумнівів щодо їх фактичних цілей. Необхідно обґрунтувати, чому певна особа, яка не становить загрозу для демократії протягом тривалого часу, може раптово стати такою загрозою, що робить необхідним заборонити займати державні посади. У випадку Албанії й Македонії, ВК попросила надати *переконливі причини*, щоб виправдати ухвалення нового закону про люстрацію через стільки років після падіння комуністичного режиму.<sup>23</sup> Комісія попросила конституційні суди відповідних країн ретельно й з особливою увагою розглянути *конкретні причини*, які були надані владою для ухвалення нового законодавства про люстрацію через багато років після закінчення комуністичного режиму.<sup>24</sup>

37. У випадку з Україною, потрібно надати переконливі підстави, щоб виправдати люстрацію стосовно осіб, які брали участь у комуністичному режимі. За даними українських властей, під час подій Майдану фракція комуністів в українському Парламенті діяла в порушення основних прав, що могло б виправдати бачення цих дій, як реальну загрозу. Проте, навіть якщо припустити, що Закон про люстрацію має на меті цих осіб, Венеціанська комісія вважає, що люстраційні заходи лише на основі їх роботи в колишніх комуністичних органах влади, а не на підставі їх фактичних дій, ставлять під питання схвалення люстраційних заходів.

### **3. Період, протягом якого діють люстраційні заходи**

38. Відповідно до статті 1.3 та 1.4 Закону «Про люстрацію», особи, що обіймали одну з посад, перелічених у статті 3, повинні бути усунені від обіймання будь-яких посад, перелічених у статті 2, строком на 5 або 10 років. Кандидати, які підпадають під останнє, також повинні пройти перевірку (протягом невизначеного періоду часу). Люстраційні заходи можуть бути застосовані до тієї самої особи на різних підставах. Тривалість заборони залежить від займаної посади: 10-річний термін встановлений для високопоставлених посадовців з комуністичної епохи і з часів правління Януковича, для осіб, які обіймали певні посади протягом революції на Майдані і для осіб, замішаних у корупції. Крім того, 10-річна заборона встановлена для осіб, які не подали заяви, як це передбачено статтею 4.1 (декларація щодо того, чи підпадає особа під дію Закону). 5-річний термін встановлений для інших осіб, відповідно до рішення суду.

39. Керівні принципи з люстрації передбачають, що *«заборона обіймати посаду на основі люстрації не повинна бути більшою, ніж п'ять років, через те, що здатність до позитивних змін у ставленні і звичках особи не повинна недооцінюватися; бажано, щоб люстраційні заходи закінчилися не пізніше 31 грудня 1999 року, тому що нова*

<sup>21</sup> CDL-AD(2009)044, пункти 27-33; CDL-AD(2012)028, пункт 15.

<sup>22</sup> ЄСПЛ, Сідабрас і Джіаутас проти Литви, заяви №№ 55480/00 і 59330/00, 27 липня 2004 року, § 57.

<sup>23</sup> CDL-AD(2009)044, пункт 35; CDL-AD(2012)028, пункт 17.

<sup>24</sup> CDL-AD(2009)044, пункт 40; CDL-AD(2012)028, пункт 18.

*демократична система повинна консолідуватися до того часу в усіх колишніх комуністичних тоталітарних країнах» (пункт g).*

40. Кінцевий строк до 31 грудня 1999 року міг бути, очевидно, актуальним тільки стосовно заборони тим особам, що обіймали певні посади під час комуністичного періоду. У вузькому сенсі слова, цей строк повинен був застосовуватися тільки в тих країнах, які вдалися до люстрації безпосередньо або через короткий проміжок часу після падіння комунізму, на початку 1990-х років, як це було у випадку з Чехословаччиною або в країнах Балтії. У країнах, що не почали / не змогли з різних причин розпочати процес люстрації в цей період, строк може бути іншим. Тим не менш, критерії його визначення будуть як і раніше охоплювати рівень консолідації нової демократичної системи і загрози, яку становлять для системи ті особи, які обіймали високі посади в комуністичному режимі.

41. У цьому контексті важливо ще раз нагадати, що «метою люстрації є не покарати осіб, визнаних винними, а захистити новостворену демократію».<sup>25</sup> Таким чином, питання полягає не в тяжкості порушень прав людини, з якими особа була пов'язана в минулому, яке саме по собі має визначати, чи повинна ця особа бути відстороненою від державної служби. Цей фактор відіграватиме вирішальну роль у кримінальному переслідуванні цієї особи і може бути тільки ознакою загрози, яку особа може становити тепер і в майбутньому для визначення необхідності (тимчасової) заборони.

42. Як зазначала Венеціанська комісія у своєму консультативному висновку щодо Албанії, «дії у далекому минулому зазвичай не є переконливим доказом нинішнього або навіть майбутнього ставлення особи».<sup>26</sup> Керівні принципи з люстрації також чітко визначають це питання, підкреслюючи, що «малоймовірно, що будь-яка особа, яка не вчиняла порушення прав людини протягом останніх десяти років, не зробить це у майбутньому (цей строк, звичайно, не застосовується до порушень прав людей, що переслідуються на підставі кримінального законодавства)» (п. j). Хоча малоймовірно не обов'язково означає неможливо, українська влада, забороняючи фізичним особам, пов'язаним з комуністичним режимом, займати державні посади (стаття 3.4 Закону), повинна стежити за тим, щоб заборона поширювалася тільки на тих осіб, які через їх роботу в комуністичних структурах до 1990-х років (Комуністична партія, комсомол або КДБ) все ще можуть становити загрозу нинішній демократичній системі в Україні.

43. Це не означає, що українське суспільство має закривати очі на всі серйозні порушення прав людини, скоєні під час комуністичного періоду, і вибачити осіб, відповідальних за ці порушення. Це просто означає, що у намаганні боротися з комуністичним минулим необхідно, якщо не виконуються умови, зазначені в попередньому пункті, використовувати інші інструменти, ніж люстрацію, такі як індивідуальне кримінальне переслідування.

44. Максимальний термін заборони, встановлений на 5 років в Керівних принципах, не дотримується в Законі «Про люстрацію». Тим не менш, відповідно до рішення Конституційного Суду Чехії від 2001 року, «визначення ступеня розвитку демократії в тій чи іншій державі є соціально-політичним питанням, а не конституційним». Оскільки країни Центральної та Східної Європи обрали неоднакові шляхи розвитку в період після 1990-х років і ризик рецидиву тоталітарного / самодержавного режиму виявився більш реальним в деяких з них, в тому числі Україні, національним органам влади повинна бути залишена свобода розсуду у визначенні періоду, який підпадає під люстрацію.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Керівні принципи, преамбула.

<sup>26</sup> CDL-AD(2009)044, § 38.

<sup>27</sup> ЄСПЛ, Найдин v. Romania, цит. робота

45. У той же час національні органи влади, які вибирають період, більший, ніж рекомендований в Керівних принципах, повинні мати вагомі причини. Те ж саме стосується введення різних періодів заборони, як це має місце в Україні (5 і 10 років). Хоча такий диференційований підхід може бути законним, національні органи влади повинні продемонструвати, що особи, які належать до категорії, які підлягають тривалішій забороні, становлять *разом* більшу загрозу для нового демократичного суспільства, ніж інші люстровані особи.

46. 5-річний період, передбачений в Керівних принципах, повинен застосовуватися не тільки до заборони окремим особам обіймати керівні посади, а й до всього процесу люстрації як такого. Тим не менш, в той час як 10-річний період триває «протягом десяти років після набрання чинності цього закону» (стаття 1.3), до 15 жовтня 2024 року, 5-річний період триває «протягом п'яти років після набрання чинності відповідного рішення суду» (стаття 1.4). Через те, що немає і навряд чи може бути встановлений крайній термін для завершення судових процедур, пов'язаних з недавніми подіями в Україні, і оскільки ці процедури можуть тривати роками, процес люстрації є потенційно необмеженим в часі. Крім того, особам, які підпадають під 5-річний період заборони, може бути де-факто заборонено займати державні посади протягом більш тривалого періоду, ніж 10 років. Закон про люстрацію повинен забезпечувати встановлене закінчення всього процесу люстрації (з можливістю скоротити тривалість конкретних люстраційних заходів, якщо вони будуть виходити за рамки офіційної дати закінчення процесу).

47. Крім того, люстрація стосується не тільки осіб, що на даний час обіймають посади, які охоплює люстрація, але й тих, які збираються зайняти їх. У Законі «Про люстрацію» не вказується певний строк перевірки кандидатів (відповідно до української влади процес перевірки повинен бути здійснений в період з листопада 2014 року по грудень 2016 року.).

48. Проте, як вже було зазначено вище, ясно, що з плином часу після падіння тоталітарного або авторитарного режиму, необхідність люстрації повинна зменшуватися, оскільки нова демократична система зміцнюється, а особи, пов'язані з минулим режимом, втрачають свій вплив і владу. У якийсь момент часу люстрація може стати контрпродуктивною, запобігаючи нормалізації ситуації в країні і гальмуючи процес примирення, а не сприяючи йому.

49. Крім того, як визначив Європейський суд з прав людини у справі Жданок, національні органи влади «повинні постійно контролювати встановлене законом обмеження з метою його найшвидшого закінчення».<sup>28</sup> Однак, жодна така процедура в законі не передбачена.

### **С. Особи, до яких застосовується закон**

#### **1. Посади, що підпадають під люстрацію**

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 в даний час займають ці посади, будуть перевірені в найближчі місяці згідно з графіком, затвердженим Кабінетом Міністрів України.

51. Керівні принципи надають рекомендації стосовно осіб, щодо яких мають застосовуватися люстраційні заходи.

<sup>28</sup> ЄСПЛ, Жданок проти Латвії, цит., § 135.

52. Закон «Про люстрацію» відповідає вимозі, що *«люстрація не повинна застосовуватися до виборних посад»*, ці посади мають бути виключені в статті 1.1.

53. Що стосується вимоги, що *«люстрація не повинна застосовуватися до посад в приватних або напівприватних організаціях»*, у статті 2.9 зазначаються *«керівники вітчизняних підприємств, включаючи державні компанії оборонної промисловості і державні компанії, підконтрольні адміністративним службам»*.

54. Ще однією вимогою є те, що *«люстрація повинна обмежуватися посадами, щодо яких є всі підстави вважати, що особи, які їх обіймають, будуть становити значну небезпеку для прав людини і демократії»*. Список люстрованих посад 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, й адміністративні посади, такі як Голова адміністрації Президента, Голова фонду державного майна, Голова Державного комітету з питань телебачення і радіомовлення, Голова та члени Національної комісії з державного регулювання природних монополій, зв'язку та інформатизації; а також дуже широка категорія інших посадових і службових осіб центральних і місцевих органів влади. Поки не ясно, чому законодавчі органи можуть обґрунтовано вважати, що всі ці посади можуть становити значну небезпеку і бути дійсно «державними посадами, що несуть значну відповідальність за розроблення або виконання державної політики та практики, що стосуються внутрішньої безпеки, або державними посадами, на яких можуть бути вчинені порушення прав людини, наприклад, правоохоронні органи, служба безпеки і розвідки, судова система та прокуратура» відповідно до пункту (d) Керівних принципів. Венеціанська комісія вже висловила сумніви у відношенні обґрунтування принципу презумпції небезпеки щодо деяких з цих посад.<sup>29</sup> Список люстрованих посад повинен бути обмежений.

55. Включення до статті 2 «осіб, що мають намір зайняти посади, зазначені в пунктах 1-10» (стаття 2.11), очевидно, є помилковим. Цей пункт повинен бути у статті 3.

## 2. Критерії для люстрації

56. У статті 3 Закону «Про люстрацію» перераховані критерії для люстрації і введено заборону займати державні посади (тобто посади, перелічені у статті 2) на п'ять чи десять років, залежно від обійманої раніше посади, з числа довгого списку, протягом періодів у минулому, які будуть перевірені.

57. Перша категорія передбачає заборону на десять років (стаття 1.3) і включає в себе:

- Осіб, що обіймали високі посади в державному апараті принаймні рік з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року (стаття 3.1);
- Осіб, що обіймали певні посади, в основному у військових, поліцейських, судових або медіа-секторах, з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року (стаття 3.2);
- Осіб, які обіймали високі посади в Комуністичній партії чи комсомолі в радянський час або працювали в якості найманих працівників або таємних агентів КДБ в цей період (стаття 3.4);
- Осіб, які збагатилися при порушенні Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» (стаття 3.8);
- Співробітників правоохоронних органів, прокурорів і суддів, які вживали певні дії відносно осіб, які підпадають під дію законів про амністію.

<sup>29</sup> CDL-AD(2009)044, § 54.

58. Друга категорія передбачає заборону на п'ять років (стаття 1.4) і включає в себе:
- a) Суддів, прокурорів, співробітників міліції та інших співробітників правоохоронних органів, які брали активну участь у переслідуванні за діяльність, спрямовану проти Януковича та демонстрантів Майдану (стаття 3.3);
  - b) Посадових осіб та співробітників центральних і місцевих органів влади, які обіймали високі посади в державному апараті в період з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року, не включених до категорії 1а) вище, і які зробили внесок в узурпацію влади паном Януковичем і прагнули підірвати основи національної безпеки, оборони та територіальної цілісності України, порушивши права і свободи людини (стаття 3.5).
  - c) Посадових осіб та співробітників центральних і місцевих органів влади, чиї рішення, дії мали на меті запобігти реалізації конституційного права на свободу мирних зібрань і проведення мітингів, демонстрацій, ходів або могли зашкодити життю, здоров'ю або майну в період між 21 листопада 2013 року та 22 лютого 2014 року (Стаття 3.6).
  - d) Посадові особи та співробітники центральних і місцевих органів влади, щодо яких рішенням суду, яке вступило в силу, встановлено, що вони співпрацювали в якості таємних інформаторів зі спецслужбами інших країн з метою надання цінної інформації, ухвалювали рішення, вчиняли дії або проявляли бездіяльність і/або сприяли таким заходам, приймали рішення або бездіяли з тим, щоб підірвати національну безпеку, оборону чи територіальну цілісність України, публічно закликали до порушення територіальної цілісності й суверенітету України, підбурювали міжнародну ворожнечу, ухвалювали незаконні рішення, вживали заходів або бездіяли, що порушувало права людини та основні свободи, якщо порушення були доведені рішенням Європейського суду з прав людини (стаття 3.7).

59. Деякі з цих положень неясні й туманні. Наприклад, які критерії повинні приймати до уваги суди при визначенні, чи будь-яка особа «сприяла узурпації влади ... Віктором Януковичем» відповідно до статті 3.5? У зв'язку з широкою сферою застосування люстрації і децентралізованою реалізацією, неточні формулювання можуть призвести до нерівномірного застосування Закону, а також можуть сприяти його використанню в особистих або політичних цілях. Ці положення слід переглянути.

60. У випадку осіб, згаданих у § 58, необхідне рішення суду щодо них, що стосується фактів, зазначених у відповідному положенні, і що вступило в силу.

61. В інших випадках, умовою для застосування люстраційних заходів є сам факт обіймання певної посади протягом певного часу, без оцінки суду.

62. Відповідно до Керівних принципів, люстрація має бути спрямована тільки проти осіб, які відіграли важливу роль у вчиненні серйозних порушень прав людини або які обіймали керівну посаду в організації, відповідальній за серйозні порушення прав людини; ніхто не може бути предметом люстрації виключно через особисті думки і переконання; свідомі співробітники можуть бути люстровані тільки якщо їх дії насправді нанесли шкоду іншим, і вони знали або повинні були знати про це. Крім того, особи, які були молодшими за 18 років під час відповідних дій, добровільно відмовилися від членства, зайнятості або представництва у відповідній організації до переходу до демократичного режиму, або які діяли з примусу, повинні бути звільнені від люстрації.

63. Нарешті, як зазначено в статті 1.2 Закону «Про люстрацію», «люстрація має бути заснована на принципі індивідуальної (не колективної) відповідальності».

64. Закон про люстрацію не відповідає цим вимогам. За винятком осіб, зазначених у статтях 3.5, 3.6 та 3.7, встановлення індивідуальної провини незалежним органом не вимагається. Заборона доступу до державних функцій, що застосовуються до цих осіб, заснована на простому факті обіймання певної посади з подальшою презумпцією винності. У той час, як цей підхід може бути прийнятним щодо осіб, що обіймали високі посади в комуністичний період і деяких найважливіших державних установах під час правління пана Януковича (вищі посади), у всіх інших випадках вина має бути доведена на основі індивідуальних вчинків. Якщо сам факт належності до партії, організації або адміністративного органу старого режиму є підставою для заборони обіймати державні посади, то така заборона зводиться до форми колективного та дискримінаційного покарання, яка несумісна з нормами в галузі прав людини. Тому люстрація ризикує стати політичним інструментом для придушення опонентів.

65. За законом про люстрацію особи, які підпадають під люстрацію, не мають можливості довести, що, незважаючи на посаду, яку вони обіймали, вони не брали участь в будь-яких порушеннях прав людини і не вживали або не підтримували антидемократичні заходи. Мабуть, немає жодної можливості посилатися на час, що минув з моменту обіймання посади, або на подальшу поведінку і ставлення. Європейський суд з прав людини визнав, що дуже серйозна колишня поведінка, а саме - співробітництво з Секурітате - може стати критерієм постійної дискваліфікації на державній службі. На думку Комісії, однак, той факт, що Закон «Про люстрацію» виключає фактор часу в цілому, незалежно від тяжкості минулої поведінки, вступає в конфлікт з принципом «індивідуальної відповідальності», на якому має бути заснована люстрація (стаття 1.2). Навіть добровільна відставка з посади до 22 лютого 2014 року не буде достатньою, щоб звільнити особу від люстрації. На думку Комісії, особі повинна бути надана можливість добровільно піти у відставку: це зберегло б урядові фінансові та людські ресурси й одночасно захистило відповідну особу від розкриття його або її особистості.

66. Відсутність вимоги індивідуального рішення є особливо проблематичною у випадку посад відповідно до статті 3.8. Це положення передбачає, що заборона згідно статті 1.3 повинна бути встановлена «для осіб, перевірка яких виявила недостовірну інформацію про володіння майном (майнові права) в декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за попередній рік, підготовленій за формою, встановленою Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» та/або невідповідність між вартістю майна (майнових прав), отриманих ними під час їх перебування на посадах, зазначених у статтях 2.1.1 – 2.1.10 цього документу (якщо вартість вказується в декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру), і доходами, отриманими із законних джерел».

67. Не зрозуміло, як перевірка в рамках люстрації може виявити недостовірну інформацію щодо фінансових даних, оскільки у Законі не вказується, що такі дані повинні бути оцінені в ході перевірки. Насправді, перевірка цих даних буде складнішою, ніж просто оцінка того, чи особа обіймала певну посаду в минулому, що вимагає спеціальних знань, якими особи, що організують процес перевірки, не завжди володіють. За даними української влади, український Уряд дав мандат податковим органам проводити цю перевірку. Тим не менш, спеціалізовані процедури і органи по боротьбі з корупцією вже існують в антикорупційному законодавстві України. Нарешті, Венеціанська комісія погоджується, що корупція, звичайно, підриває (віру в) демократичний лад і верховенство права. Проте, важко сприйняти, що особа, яка виявляється замішаною в корупції в цілому, таким чином створює ризик з точки зору серйозних порушень прав людини виправдовуючи введення люстрації заходів (на відміну від застосування кримінальної відповідальності за кримінальні справи).

68. Закон про люстрацію передбачає виключення тих осіб, які були звільнені з відповідної посади (стаття 3.2). Жодних винятків, навпаки, не передбачено для тих осіб, які пішли у відставку з посади за власним бажанням. В той же час, особи, які підпадають під інші категорії посад, наприклад, статті 3.1, не повинні підпадати під жодні винятки. Оскільки «метою люстрації є не покарання людей, що вважаються винними, а захист нової демократії» (Керівні принципи про люстрацію), зміни в думках і ставленні особистості є факторами, які повинні бути прийняті до уваги.

69. Відповідно до статті 1.7, люстраційна заборона «не повинна застосовуватися щодо осіб, зазначених у статті 3.2 - 3.4 цього Закону, які були визнані учасниками військових дій під час антитерористичної операції на сході України в установленому законом порядку». Положення застосовується до цілого ряду державних посад, в тому числі багатьох посад у судовій системі. Оскільки особи, що займають такі посади, як правило, не беруть участь у військових діях, не зовсім зрозуміло, що змусило законодавців включити одні й виключити інші посади.

70. Закон «Про люстрацію» не встановлює жодних винятків для осіб, які були молодшими за 18 років, коли вони брали участь у відповідних діях. Беручи до уваги характер підозрюваних посад, досить мало ймовірно, що особи молодші за 18 років могли обіймати їх. Тим не менш, такий варіант не може бути повністю виключений і тому було б краще, щоб у Законі чітко зазначалося вікове обмеження у 18 років.

### **3. Люстрація суддів**

71. Люстрація суддів заслуговує окремого аналізу. Українська судова система вже є об'єктом люстраційних заходів відповідно до Закону «Про відновлення довіри до судової системи», який був ухвалений 8 квітня 2014 року. Цим законом була створена «Особлива спеціальна комісія з перевірки суддів». Висновки цієї Комісії, пов'язані з порушенням присяги суддею, передаються до Вищої ради юстиції для розгляду та прийняття рішення з приводу того, чи пропонувати зняти з посади суддю, чи ні. Дисциплінарна процедура може бути ініційована, якщо факти не свідчать про порушення присяги.

72. Відповідно до статті 3 Закону «Про відновлення довіри до судової системи», «судді в судах загальної юрисдикції повинні бути перевірені, якщо він/вона ухвалила наступні рішення самостійно або в якості члена судової колегії:

- a) рішення про обмеження громадянських прав на збори, мітинги, вуличні походи і демонстрації в Україні, які були ухвалені між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону;
- b) рішення про досудове утримання під вартою, задоволення клопотань про досудове утримання під вартою, подовження періоду утримання під вартою, накладання обвинувальних вироків, а також постанови судів апеляційної чи касаційної інстанції про розгляд обвинувальних вироків без їх скасування, застосовуваних до осіб, визнаних політв'язнями за дії, пов'язані з їх політичною та громадською діяльністю;
- c) рішення про досудове утримання під вартою, задоволення клопотань про досудове утримання під вартою, подовження терміну утримання під вартою і накладання обвинувальних вироків стосовно учасників масових протестів між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону через їх участь в таких діях;
- d) рішення про адміністративне призупинення дії водійських посвідчень осіб, які брали участь у масових акціях протесту між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону відповідно до статті 122-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, через невиконання водіями вимоги зупинитися на вимогу співробітника міліції, а також ухвали апеляційних судів про

- підтвердження рішення, ухвалені між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону;
- e) рішення про накладання адміністративних штрафів щодо осіб, які брали участь у масових акціях протесту між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону відповідно до статті 185 Кодексу України про адміністративні правопорушення, за злісну непокору законному наказу або прохання співробітника міліції, членів громадянських організацій з охорони громадського порядку і національних кордонів і військовослужбовців, а також ухвали апеляційних судів про підтвердження рішень, ухвалених між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цим Законом;
  - f) рішення про накладання адміністративних штрафів щодо осіб, які брали участь у масових акціях протесту між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону відповідно до статті 185-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення, за порушення порядку організації і проведення зібрань, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, а також постанови апеляційних судів про підтвердження рішень, ухвалених між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону;
  - g) рішення про накладання адміністративних штрафів щодо осіб, які брали участь у масових акціях протесту 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 зібрань, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, а також постанови апеляційних судів про підтвердження рішень, ухвалених між 21 листопада 2013 року та набранням чинності цього Закону;
  - h) рішення у справах, пов'язаних з виборами депутатів Верховної Ради України сьомого скликання, анулювання їх результатів або позбавлення статусу члена парламенту особи, обраної до парламенту сьомого скликання (партія, чії права або інтереси були порушені безпосередньо, ініціює перевірку суддів заявою);
  - i) ордери на слідчі і таємні слідчі дії проти учасників масових протестів між 21 листопада 2013 року і 21 лютого 2014 року через їх участі в таких акціях протесту.

73. Новий Закон про люстрацію також застосовується до суддів.

74. Відповідно до статті 3.2.13, суддям повинно бути заборонено обіймати посади, люстровані відповідно до нового закону, протягом 10 років (стаття 1.3), якщо вони «ухвалювали рішення про примусову появу в суді з утриманням під вартою в якості запобіжного заходу або ухвалювали 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 стосовно подій, що сталося під час мирних зібрань»*, і Закону України № 743-VII від 21 лютого 2014 року *«Про запобігання переслідування і покарання осіб стосовно подій, що відбулися під час мирних зібрань, і визнання певні закони України недійсними»*.

75. Відповідно до статей 3.3, 3.6 та 3.7 відповідно, суддям повинно бути заборонено обіймати посади, люстровані відповідно до нового закону, протягом 5 років (стаття 1.4), якщо судді:

- a) ухвалювали рішення про примусову появу в суді з утриманням під вартою в якості запобіжного заходу, ухвалювали або залишали в силі обвинувальні вироби стосовно осіб, що підпадають під повну особисту амністію відповідно до Закону України № 792-VII від 27 лютого 2014 року *«Про внесення змін до Закону України» «Про надання амністії в Україні» щодо повної реабілітації політ'язнів»*,



- b) чії рішення, дії або бездіяльність, які доведені рішенням суду стосовно них, що вступило в силу, мали на меті перешкодити здійсненню конституційного права громадян України на свободу мирних зібрань і проведення мітингів, демонстрацій, вуличних походів чи зашкодити людському життю, здоров'ю або майну, були ухвалені між 21 листопада 2013 року і 22 лютого 2014 року (стаття 3.6)
- c) якщо рішенням суду стосовно судді, що вступило в дію, встановлено, що суддя:
- ухвалював рішення, вживав чи не вживав заходів і/або сприяв таким діям, ухвалював рішення або чинив бездіяльність з метою підірвати національну безпеку, оборону чи територіальну цілісність України;
  - підбурював міжнародну ворожнечу;
  - ухвалював незаконні рішення, вживав чи не вживав заходів, що порушували права людини та основні свободи, якщо порушення було доведено рішеннями Європейського суду з прав людини (стаття 3.7)

76. Існує паралелізм між Законом «Про люстрацію» і Законом «Про відновлення довіри до судової системи» стосовно подій на Майдані. Українська влада пояснила, що включення суддів в новому законі було виправдано з двох причин: по-перше, попередній закон виявився неефективним (число заявок, оброблених спеціальною комісією є незначним); по-друге, попередній закон не дозволяє заборонити зайняття державної посади люстрованим суддею. Венеціанська комісія вважає, що якщо попередній закон вважається неефективним, його мають скасувати і замінити новими, більш ефективними положеннями, які, однак, належним чином будуть поважати конституційні норми про незалежність суддів. Нинішня перекривання створює проблеми правової визначеності та ставить питання про координацію: якщо суддя вже був предметом процедури відповідно до Закону «Про відновлення довіри до судової системи», він чи вона повинні бути захищені від застосування Закону «Про люстрацію» у відповідності з принципом «*ne bis in idem*» (не двічі за одне й те ж саме). Якщо жодна процедура ще не була проведена, поки неясно, яка процедура переважає. Люстрація суддів повинна бути врегульована лише одним законом.

77. У зазначених законах про амністію зазначається, що для деяких злочинів, перелічених у законі, кримінальна справа не має бути розпочата або, якщо вона знаходиться на розгляді, повинна бути припинена, а відповідні рішення, вже ухвалені, повинні бути оголошені недійсними. Таке «звільнення від кримінальної відповідальності» включає 25 видів злочинів, до яких повинна бути застосована амністія. Серед цих злочинів є «насильство щодо державних службовців» і «умисне знищення майна». Звідси випливає, що кримінальна відповідальність буде скасована більш-менш автоматично у справах, які в той час, коли суддя ухвалив рішення, не представляли кримінальні злочини. Це означає, що дії судді у багатьох випадках можуть бути повністю виправдані. Тому дуже важливо не звинувачувати суддів за такі законні дії. Люстраційні заходи відповідно до статті 3.3 не слід вживати автоматично в таких випадках.

78. Люстраційні заходи повинні застосовуватися тільки в подальшому до рішення суду; це передбачено в статтях 3.5, 3.6 і 3.7, але слід уточнити, що таке рішення повинно виникнути в результаті процедури, спрямованої проти люстрованої особи, а не в результаті процедури, ініційованої обвинуваченою особою згідно з одним з двох законів про амністію. Рішення суду також необхідне для люстраційних заходів відповідно до статті 3.3.

79. Неясно, чи терміни «особи, які підлягають повній індивідуальній амністії» стосуються осіб, які вже скористалися амністією або можуть скористатися у майбутньому.

80. У тій мірі, що судді також можуть стати об'єктом люстрації відповідно до загальних положень статей 3 § 4, 3 § 7 і 3 § 8, застосовуються зауваження, зроблені в цьому висновку щодо цих положень.

81. Люстрація суддів також викликає певні питання, що стосуються процедури люстрації, яка буде розглянута далі.

#### **D. Процесуальні гарантії для осіб, до яких застосовуються процедури люстрації**

82. Усталеною судовою практикою ЄСПЛ є застосування статті 6 Конвенції в її кримінальній частині до процедури люстрації.<sup>30</sup> У Резолюції 1096 (1996) вимагається дотримання права на захист, презумпцію невинності, поки вина не доведена, а також право на оскарження в суді.<sup>31</sup>

83. Відповідно до вимоги м) Керівних принципів, *«особа не може бути люстрована в жодному разі без надання повного належного процесуального захисту, в тому числі, але не обмежуючись, права на захист (призначається, якщо суб'єкт не може дозволити собі оплатити послуги), права на очну ставку і оскарження доказів, що використовуються проти неї, право мати доступ до всіх наявних обвинувальних і виправдувальних доказів, право представити свої власні докази, право мати відкрите слухання, якщо особа просить про це, і право на оскарження в незалежному суді».*

84. Венеціанська комісія також вимагає, що звільнення з посади має бути призупинено під час апеляції і що суд повинен бути уповноважений скасувати рішення люстраційної комісії у зв'язку з обставинами кожного конкретного випадку.<sup>32</sup>

85. Стаття 1.1 Закону «Про люстрацію» підтверджує, що люстрація має бути заснована, зокрема, на презумпції невинуватості і гарантіях права на захист. Тим не менш, вона не забезпечує повноцінних процесуальних гарантій для осіб, які підпадають під люстрацію.

86. Згідно Керівним принципам (а), *«люстрація повинна контролюватися спеціально створеною незалежною комісією, що складається з авторитетних громадян, висунутих главою держави і затверджених парламентом».* Мета цієї вимоги полягає в забезпеченні об'єктивності та незалежності відомства, уповноваженого здійснювати процедури люстрації.

87. Стаття 5 Закону «Про люстрацію» визначає Міністерство юстиції в якості «органу, уповноваженого забезпечувати переревірку, передбачену в цьому законі». Не існує незалежного органу контролю за процесом. Замість цього, рішення ухвалюються Міністерством юстиції на основі проведених перевірок керівництвом державних органів, де конкретна особа працює. Українська влада підкреслила, що Міністерство юстиції може прийняти рішення провести ревізію перевірки, проведеної агентством. Вони також вважають, що громадський контроль цього процесу забезпечує прозорість.

<sup>30</sup> ЄСПЛ, рішення від 30 травня 2006 року, Матиск проти Польщі, заява № 38184/03, пункти 48 і сл., рішення від 24 жовтня 2006 року, Бобек проти Польщі, заява № 68761/01, пункт 2.

<sup>31</sup> Рез. 1096 (1996) ПАРЕ, пункт 12, див. також ЄСПЛ, Турек проти Польщі, цит. робота, пункт 115.

<sup>32</sup> CDL-AD(2009)044, пункти 97 і 108.

88. Відповідно до статті 5.2 Закону, Міністерство юстиції має створити «консультативну громадську раду з люстрації, яка повинна включати в себе представників засобів масової інформації та широкої громадськості з метою забезпечення громадського контролю над очищенням влади». У той час як мета цього положення, безумовно, позитивна, недостатньо представляти гарантію демократичного контролю над процесом. У Законі насправді не вказується, як ця Рада має працювати і які повинні бути її компетенції. Крім того, призначення членів Ради залишили у компетенції Міністра юстиції, замість того, щоб надати її парламенту. Це підриває незалежність цього органу. Нарешті, рекомендаційний характер Ради робить її досить слабким інститутом. Ці положення повинні бути ретельно переглянуті.

89. Відповідно до статті 4, процес перевірки діючих чиновників і службовців починається на дату, зазначену в графіку, затвердженому Кабінетом Міністрів України. Протягом 10 днів після початку, усі особи, що займають люстровані посади, повинні представити заяву про те, чи підлягає він/вона забороні чи ні відповідно до статей 1.3 та 1.4 Закону. Неподання такої заяви, а також подання заяви про те, що особа підпадає під дію статті 1.3 або 1.4, є підставою для автоматичного відсторонення особи протягом трьох днів з моменту закінчення строку або з дати подання звіту.

90. Негативні заяви підлягають перевірці відомством, в якому працюють відповідні особи. Таке делегування створює проблеми передбачуваності та підзвітності. Через те, що в Україні ніколи не проходила люстрація, існує ризик того, що практика відповідно до Закону «Про люстрацію», яка повинна бути застосована широким колом різних відомств, буде різною і, можливо, навіть дозволить врегульовувати приватні чи політичні суперечки.

91. Хоча стаття 8 Закону передбачає «парламентський контроль» з точки зору дотримання закону, у ній не вказується, до якої міри такий контроль може виконуватися. Тому неясно і навіть сумнівно, чи парламент - Верховна Рада - зможе відвернути всі потенційні ризики, пов'язані з децентралізованим здійсненням перевірки.

92. Відповідно до статті 5.3, фізичним та юридичним особам пропонується направляти інформацію про введення заборони щодо осіб, які пройшли перевірку, протягом одного місяця з моменту початку перевірки. З перекладу Закону англійською не ясно, чи повинна така інформація стосуватися тільки заборони, яка вже була накладена на особу, чи вона може містити будь-що важливе для процедури перевірки. Якщо вірне останнє, українська влада повинна вживати належні заходи, щоб гарантувати, що процедура перевірки не стане платформою для зведення особистих рахунків між приватними особами.

93. Якщо в результаті перевірки виявляється, що заява була недостовірною, особа інформується про це і отримує право надати пояснення та підтверджуючі документи. У Законі не вказується, що ця особа повинна мати повний доступ до свого люстраційного файлу і всіх матеріалів, пов'язаних з його/її справою.

94. Особи, які визнають, або встановлено, що вони належать до будь-якої з посад, перелічених у статті 2, повинні негайно бути звільнені з посад, які вони в даний час обіймають. Вони не можуть бути призначені на будь-які інші захищені посади. Строк звільнення — протягом трьох днів після подання позитивного висновку (стаття 4.3) або після отримання доповіді про перевірку, за результатами якої встановлена недостовірність наданої інформації (стаття 5.14) — дуже короткий. Негайне звільнення протягом трьох днів також відноситься і до тих осіб, які не подають заяву (в межах зазначеного 10-денного періоду). Це правило дуже суворе, не передбачає винятків для особливих випадків (за станом здоров'я і т.д.). Нарешті, всі альтернативні варіанти,

такі як звільнення з посади за власним бажанням, не передбачаються в законі і не ясно, чи є місце для таких варіантів.

95. Особливі проблеми виникають у зв'язку зі звільненням суддів відповідно до Закону «Про люстрацію» в тому сенсі, що строк повноважень суддів захищений Конституцією в цілях забезпечення їх незалежності. Відповідно до Конституції України, звільнення суддів покладається або на президента, або на Верховну Раду, залежно від посади судді (статті 126 і 127 Конституції). Пропозиції щодо звільнення знаходяться виключно в компетенції Вищої ради юстиції. Закон «Про люстрацію» покладає відповідальність за перевірку суддів на голів відповідних судів. Заради розподілу повноважень, процедура перевірки децентралізованими контролюючими органи не повинна застосовуватися до суддів. Однак, якщо виявляється недостовірність інформації, наданої суддею, відповідно до статті 5.13 Закону орган повинен відправити звіт Міністру юстиції, який передає його до Вищої ради юстиції та Вищої кваліфікаційної комісії суддів і пропонує зняти суддю з посади. Однак, відповідно до Конституції, Вища рада юстиції може не бути зобов'язана цією пропозицією і повинна оцінити самостійно суть кожного випадку. Закон «Про люстрацію» повинен прояснити ці питання з дотриманням належної поваги до конституційних норм захисту незалежності суддів.

96. У статтях 5.11 і 1.8 відкрито визнається, що звіт про перевірку контролюючого органу, а також будь-яке рішення, дія чи бездіяльність державних адміністративних органів у ході застосування Закону «може бути оскаржене в суді» (ймовірно, у судах загальної юрисдикції, але це слід уточнити). Тим не менш, у них не передбачаються будь-які конкретні процедури і гарантії для люстрованих осіб; зокрема, право люстрованих осіб бути присутніми та брати участь у цій процедурі мають бути чітко визначені. Закон «Про люстрацію» не в змозі забезпечити те, що дія звіту про перевірку повинна бути припинена до розгляду апеляції і до ухвалення остаточного і безповоротного рішення компетентним судом.

97. Нарешті, зв'язок між люстрацією та кримінальним переслідуванням, а також між санкціями, введеними в цих процедурах, незрозумілий. Відповідно до статті 1.5 Закону, люстраційна заборона «може бути призначена особі тільки один раз». Стаття 3.10 Закону, однак, передбачає, що на осіб, засуджених в кримінальному порядку, ця заборона може бути накладена як первинне, так і додаткове покарання. В останньому випадку, заборона накладається на 5 років. Відповідно до статті 55 Кримінального кодексу України<sup>33</sup>, заборона на певні види діяльності може застосовуватися в якості основного кримінального покарання (2-5 років), додаткового кримінального покарання (1-3 роки) або додаткового покарання відповідно до Закону «Про люстрацію» (5 років, зверніться до статті 3.10). Зв'язок між цими різними концепціями незрозумілий. У Законі також нічого не говориться про те, що заборона в якості кримінального покарання і додаткової люстраційної санкції не можуть бути накладені кумулятивно, таким чином, викликаючи певні сумніви щодо принципу «*ne bis in idem*» (*не двічі за одне й те саме*). У відповідні положення закону про люстрацію мають бути внесені поправки.

#### **Е. Публікація імен люстрованих осіб**

98. Відповідно до статті 7 Закону «Про люстрацію», відомості про осіб, які підлягають люстрації, вносяться до Єдиного реєстру осіб, які підпадають під дію Закону «Про люстрацію». Цей реєстр створений і ведеться Міністерством юстиції. Крім того, інформація про заборони відповідно до статті 1.4 також публікується на веб-сайті

<sup>33</sup> Закон України, Кримінальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст. 131.

Міністерства юстиції, якщо інформація, що включає особисті дані і результат перевірки особи, надається для вільного користування.

99. Це положення є проблематичним. Раніше Венеціанська комісія заявляла, що «публікація до ухвалення рішення суду є проблематичною у зв'язку зі статтею 8 ЄКПЛ. Негативний вплив такої публікації на репутацію особи навряд чи може бути усунений пізніше вилученням її імені з реєстру, а потерпілий не має засобів, щоб захистити себе від такого негативного впливу. Останнє може бути адекватним заходом, необхідним у демократичному суспільстві, коли співпраця встановлюється остаточно, а не раніше. Тому, публікація повинна відбуватися тільки після ухвалення рішення суду».<sup>34</sup>

100. У Законі «Про люстрацію» не гарантується, що публікація дозволяється тільки після остаточного рішення суду; як така, вона піднімає очевидні проблеми сумісності зі статтею 8 ЄКПЛ. З цієї причини, у відповідні положення повинні бути внесені зміни.

## **VI. Висновки**

101. Венеціанська комісія проаналізувала Закон України «Про люстрацію». Нам не вдалося здійснити візит в Україну в період після парламентських виборів у жовтні 2014 року, тому ця оцінка детально не обговорювалася з українською владою, і також через відсутність пояснювальної доповіді, вважається проміжною.

102. Венеціанська комісія нагадує, що люстрація не є порушенням прав людини як таких, а демократична держава вправі вимагати від державних службовців бути лояльними до конституційних принципів, на яких вона заснована. Тим не менш, для того, щоб поважати права людини, верховенство права і демократії, люстрація повинна встановити справедливий баланс між захистом демократичного суспільства, з одного боку, та захисту індивідуальних прав з іншого. Люстраційні процедури, незважаючи на їхній політичний характер, повинні бути розроблені і проведені тільки юридичними засобами, відповідно до Конституції і з урахуванням європейських стандартів, що стосуються верховенства права і поваги до прав людини. Якщо це буде зроблено, то процедура люстрації може бути сумісна з демократичною державою, яка керується верховенством права.

103. Венеціанська комісія оцінила Закон «Про люстрацію» у світлі чотирьох основних принципів, що впливають з відповідних міжнародних стандартів, а саме, що:

- провина повинна бути доведена в кожному конкретному випадку;
- право на захист, презумпція невинності і право на оскарження в суді мають бути гарантовані;
- повинні бути дотримані різні функції і цілі з однієї сторони люстрації, а саме захист нової демократії, та з іншої сторони кримінальне право, тобто покарання осіб провину яких доведено;
- люстрація повинна відповідати суворим часовим рамкам як в період її виконання, так і в період перевірки.

104. Комісія дійшла наступних основних висновків:

- a) Застосування люстраційних заходів до періоду правління радянської комуністичної влади через стільки років після закінчення цього режиму і вступ в силу демократичної конституції в Україні потребують переконливих причин, щоб обґрунтувати наявність конкретної загрози для демократії, яку колишні

---

<sup>34</sup> CDL-AD(2012)028, § 74.

комуністи становлять на даний час; Комісія вважає, що важко виправдати таку пізню люстрацію.

- b) Застосування люстраційних заходів стосовно недавнього періоду, протягом якого пан Янукович був Президентом України, в кінцевому рахунку поставить під сумнів реальне функціонування конституційних і правових рамок України як демократичної держави, заснованої на верховенстві права.
- c) Закон «Про люстрацію» містить кілька серйозних недоліків і потребує перегляду, принаймні, наступних положень:
- Люстрація повинна стосуватися тільки посад, які можуть дійсно становити значну загрозу для прав людини та демократії; перелік посад, які підлягають люстрації, повинен бути переглянтий.
  - Провина повинна бути доведена в кожному конкретному випадку і не може припускатися на підставі лише приналежності до категорії державних установ; критерії для люстрації повинні бути переглянуті;
  - Відповідальність за проведення процесу люстрації повинна бути знята з Міністерства юстиції та покладена на спеціально створену незалежну комісію, за активної участі громадянського суспільства.
  - Процедура люстрації повинна поважати гарантії справедливого судового розгляду (право на адвоката, рівність сторін, право бути вислуханим особисто); судові розгляди повинні призупинити адміністративне рішення про люстрацію до ухвалення остаточного рішення; Закон «Про люстрацію» повинен конкретно передбачати ці гарантії.
  - Люстрація суддів повинна регулюватися лише одним законом а не тими, які перекриваються і здійснюються тільки при повній повазі конституційних положень, що гарантують їх незалежність, і тільки Вища рада юстиції повинна нести відповідальність за будь-яке звільнення судді.
  - Інформація про осіб, що підлягають люстраційним заходам, повинна оприлюднюватися тільки після остаточного рішення суду.

105. Українська влада погодилася, що Закон «Про люстрацію» вимагає вдосконалення з метою відповідності міжнародним стандартам і звернулася за допомогою до Венеціанської комісії. Комісія вітає прихильність української влади і готова надати свою підтримку у внесенні поправок до Закону «Про люстрацію».