



USAID
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ

ПРОЕКТ “СПРАВЕДЛИВЕ ПРАВОСУДДЯ”

ЛЮСТРАЦІЯ В УКРАЇНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ:

ФОРМУВАННЯ ДЕМОКРАТІЇ, СПРОМОЖНОЇ СЕБЕ ЗАХИСТИТИ ¹

Контракт № AID-121-C-11-00002

Автор:

Роман Давид

професор, кафедра соціології та соціальної політики,
університет Ліньяну, Гонконг

Електронна адреса: roman.328@gmail.com

24 лютого 2015 р.

¹ Неофіційний переклад Проекту USAID «Справедливе правосуддя»

Погляди автора, висловлені у цій публікації, не обов'язково відображають погляди Агентства Сполучених Штатів Америки з міжнародного розвитку чи Уряду Сполучених Штатів.

ЗМІСТ

I. ВСТУП	4
II. ЗАКОНИ ПРО ЛЮСТРАЦІЮ	4
III. ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ	6
IV. ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМУ СЕБЕ ЗАХИСТИТИ	6
V. ЗАСТОСОВНІСТЬ ІДЕЇ “ДЕМОКРАТІЇ, СПРОМОЖНОЇ САМУ СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” ДО СИТУАЦІЇ В УКРАЇНІ	7
VI. “ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМУ СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” І ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ЗАКОНУ ПРО ЛЮСТРАЦІЮ	8
VII. “ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМА СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” І ВІДСУТНІСТЬ ОСНОВНИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ ПРО ЛЮСТРАЦІЮ	12
VIII. “ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМА СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” І ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ПРО ЛЮСТРАЦІЮ	12
IX. РЕКОМЕНДАЦІЇ	14
X. ВИСНОВКИ	15

I. ВСТУП

За ініціативою Проекту Агентства Сполучених Штатів Америки з міжнародного розвитку (USAID) «Справедлива, незалежна та відповідальна судова влада України» (FAIR) 10-14 лютого 2015 р я відвідав Україну в якості незалежного експерта з питань люстрації.

В рамках візиту відбулися зустрічі з іншими експертами, членами організацій громадянського суспільства, юристами та державними службовцями, які залучені до проведення процедури люстрації та до її перегляду: із членами Київської міської адвокатури, Тимчасової спеціальної комісії з перевірки суддів, Департаменту з питань люстрації Міністерства юстиції, Громадською радою з питань люстрації при Міністерстві юстиції, а також зустріч із авторами проекту закону про очищення влади у Верховній Раді. Взяв участь й у публічній дискусії за круглим столом з питань люстрації в Україні. На цих зустрічах йшлося про необхідність усунення від влади певного категорії посадових осіб, проведення люстрації в Україні, її історичний та політичний контекст, а також про відповідність такого процесу міжнародним та європейським стандартам з прав людини. Чимало учасників виявили бажання здійснити реформу кадрів у державному апараті України, але, зауважували, наскільки важливо це зробити так, щоб врахувати європейські стандарти.

Основне питання стосовно люстрації, на яке Україна намагається дати відповідь станом на сьогоднішній момент, полягає в тому, як ефективно втілювати політику щодо люстрації у відповідності до європейських стандартів з прав людини. Це питання також стосується зміни балансу основних положень закону про очищення влади таким чином, аби вони відповідали цим стандартам, реагували на юридичні та конституційні виклики, а також враховували занепокоєння міжнародної спільноти щодо окремих його положень.

У цьому звіті подано короткий огляд цілей законів про люстрацію та змісту європейських стандартів, які стосуються законів про люстрацію. Зокрема, розглянуто питання про те, чи поняття “демократії, спроможної себе захистити” – яке ввів Карл Льовенштайн і яке застосовує Європейський суд з прав людини – можна застосовувати до українського закону про очищення влади (люстрацію) у контексті нинішньої історичної та політичної ситуації. Далі зосередимося на підтексті означеного у світлі основних положень закону.

II. ЗАКОНИ ПРО ЛЮСТРАЦІЮ

Закони про люстрацію – це спеціальні, перехідні закони про умови найму державних службовців, які традиційно ухвалюються в результаті повалення недемократичних режимів правління та громадянських воєн.² Часто, хоча й не завжди, вони призводять до звільнення із державного апарату скомпрометованих державних службовців і запобігають їхньому поверненню упродовж певного періоду до моменту вкорінення нової демократії.³

Закони про люстрацію застосовувалися опісля комуністичних режимів у деяких європейських країнах, наприклад, у Чеській Республіці, Угорщині, Польщі, Румунії, Албанії, Литві, Латвії та інших.

Схожі закони застосовувалися у багатьох інших країнах у різні історичні епохи, включаючи Сполучені Штати, Німеччину, Ірак, Лівію та інші.⁴

Закони про люстрацію будують міст між минулим та майбутнім. З одного боку, вони спрямовані у майбутнє, адже надихають на реформу кадрів і створення державного апарату, який би був вірним демократичному порядку, що формується, і мав би такі якості, як ефективність, дієвість, неупередженість та чесність. З іншого боку, ці закони спрямовані у минуле, адже вони традиційно зумовлені тим, що особи, які обіймають адміністративні посади, можуть залишатися вірними попередньому режимові; вони можуть володіти даними про порушення прав людини, або ж їхні підрозділи, можливо, брали участь у масовому порушенні прав людини; вони можуть не дбати про ефективне забезпечення щоденної діяльності органів державної влади; вони можуть бути корумпованими, а рішення їхні можуть бути не прозорими; і отримали вони ці посади, можливо, не за заслугами, а через приналежність до якоїсь партії, родинні зв'язки та дружбу тощо.

Успадкованим кадрам може не лише об'єктивно бракувати компетентності та доброчесності, їх можуть також сприймати як таких, яким бракує зокрема відданості, неупередженості та авторитетності. Це може негативно впливати на щоденне функціонування державних структур, наприклад, на ефективну роботу правоохоронної системи, надійний збір податків і ухвалення неупереджених

²Кріц концептуалізував закони про люстрацію як не кримінальні санкції, Тайтель – як адміністративне правосуддя, а Давид – як системи кадрів. Див. Neil J. Kritz (ed.), *Transitional justice: How emerging democracies reckon with former regimes* (Washington, DC: U.S. Institute of Peace Press, 1995); Ruti G. Teitel, *Transitional justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Roman David, *Lustration and Transitional Justice: Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary and Poland* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011).

³Vojtech Cepl & Mark Gillis, "Making Amends after Communism," *Journal of Democracy* 7(4): 118–24 (1996); Roman David, "From Prague to Baghdad: Lustration Systems and their Political Effects." *Government & Opposition* 41(3): 347–72 (2006).

⁴Для огляду різних заходів див. Kritz, *примітка вище 1*; Teitel, *примітка вище 1*; David, *примітка вище 1*; Alexander Mayer-Rieckh and Pablo de Greiff, eds., *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies* (New York: Social Science Research Council, 2007); Roman David and Houada Mzioudet, "Personnel Change or Personal Change? Rethinking Libya's Political Isolation Law" Brookings Doha Center, Stanford University "Project on Arab Transitions" Paper Series, No. 4 (March 2014).

адміністративних рішень. Виконання державних функцій тісно пов'язане із людьми, які виконують ці функції.

Парламент України ухвалив два закони, які загалом можна вважати законами про люстрацію. Це Закон України «Про очищення влади»⁵[надалі – закон про люстрацію], і Закон «Про відновлення довіри до судової влади в Україні».⁶ Подальший текст стосується першого з них.

⁵ Закон України «Про очищення влади», 16 вересня 2014 р.

⁶ Закон України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні», 8 квітня 2014 р.

III. ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ

Впровадження законів про люстрацію традиційно аналізується крізь призму таких європейських стандартів: Європейської конвенції про права людини та її Протоколів, юриспруденції Європейського суду з прав людини, і Резолюції 1096 «Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних режимів». В рамках національної юриспруденції європейських країн, юриспруденція Федерального конституційного суду Німеччини заслуговує на увагу у зв'язку з особливістю ситуації в країні, яка мала справу з двома тоталітарними системи. За межами національних правових систем країн Європи можна посилатися на юриспруденцію Верховного суду Сполучених Штатів Америки, який мав справу із законодавством епохи МакКарті та справами щодо політичного покровительства.⁷

Європейська конвенція про права людини та її тлумачення Європейським судом з прав людини – це найважливіші джерела європейських стандартів.

Жодне із цих джерел, по суті, не забороняє проводити люстрацію в Україні чи у будь-якій іншій країні. Європейською конвенцією не захищено право на зайнятість у державному секторі. Інші права, обумовлені Європейською конвенцією, які традиційно стосуються законів про люстрацію, у демократичному суспільстві можуть зазнавати обмежень у захисті, якщо необхідно, для прикладу, заради захисту національної безпеки, для збереження територіальної цілісності, заради суспільної безпеки чи для забезпечення прав інших людей.

Європейський суд з прав людини у багатьох випадках розтлумачував принцип “необхідності у демократичному суспільстві”, коли можна виправдати порушення деяких прав людини, та відповідні умови, в яких можуть відбуватися такі порушення, наприклад, адекватність і пропорційність. У справах, які пов'язані із країнами, що мають спадок недемократичних режимів, суд, при розгляді законів про люстрацію та законів про державну службу, застосовував концепцію “демократії, спроможної самій себе захистити”.

IV. ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМА СЕБЕ ЗАХИСТИТИ

Головна концепція Європейського суду з прав людини при вирішенні справ, що стосуються законів про люстрацію та інших законів про державну службу, – це поняття “wehrhaftedemokratie”, тобто демократії, спроможної самій себе захистити. Будь-які спори стосовно відповідності закону про люстрацію в Україні європейським стандартам слід вибудовувати навколо цього ключового поняття.

⁷ Див., для прикладу, *Рутан (Rutan) проти Республіканської партії Іллінойсу*, 497 США 62 (1990).

Поняття “демократії, спроможної самій себе захистити” ввів Карл Льювенштайн у 1937 році.⁸ Аналізуючи законодавчі та конституційні положення у європейських країнах, що боролися із фашизмом та нацизмом, він дійшов висновку, що Веймарській демократії бракувало законодавчих положень, які би забезпечили їй “військовий захист” від військових груп, що намагалися її знищити. Сучасні демократичні країни, які поважають права людини, вразливі до недемократичної поведінки окремих осіб, груп та політичних партій. Відтак, демократія повинна вживати заходів, спрямованих на підсилення її спроможності до самозахисту від ворога зсередини.

Цю концепцію використано у Федеральній Конституції Німеччини 1949 р.⁹ Для прикладу, у Ст. 9(2) забороняється створювати асоціації, що діють всупереч конституційному порядку; у Ст. 21(2) забороняються неконституційні політичні партії; у Ст. 33 визначаються характеристики, необхідні для державних посад, а за Ст. 132(1) звільняються судді та державні службовці, які обіймали посади під час націонал-соціалізму. Цю концепцію застосовував Федеральний конституційний суд.¹⁰

Концепцію демократії, спроможної саму себе захистити, застосовував Європейський суд з прав людини у справах стосовно люстрації та схожих справах щодо державної служби.¹¹ Для прикладу, в останній справі щодо люстрації Найдін (*Naidin*) проти Румунії, 2014, стосовно колабораціоніста із румунської секретної служби комуністичних часів *Securitate*,

Суд визнав, що відмінність у ставленні до пана Найдіна відповідала легітимним цілям захисту національної безпеки, громадської безпеки та прав і свобод інших осіб. Задля того, аби уникнути повторення минулого, держава Румунії мала ґрунтуватися на демократії, яка спроможна саму себе захистити.¹²

Суд ухвалив одноголосне рішення про відсутність порушень права пана Найдіна на повагу до особистого та сімейного життя (Ст. 8 Конвенції), так само - факту його дискримінації (Ст. 14).

V. ЗАСТОСОВНІСТЬ “ДЕМОКРАТІЇ, СПРОМЖНОЇ САМУ СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” ДО СИТУАЦІЇ В УКРАЇНІ

⁸ Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights, I*, *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3 (Jun., 1937), pp. 417–432; Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights, II*, *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 4 (Aug., 1937), pp. 638–658.

⁹ Базовий закон Федеративної республіки Німеччини, вступив в силу 23 травня 1949 р.

¹⁰ Donald P. Kommers and Russel A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed (Durham, NC: Duke University Press, 2012), pp. 51–52.

¹¹ ЄСПЛ, Фогт (*Vogt*) проти Німеччини, 1995 (Заява № 17851/91).

¹² ЄСПЛ, Найдін (*Naidin*) проти Румунії, 2014 (Заява № 38162/07).

Концепцію демократії, спроможної саму себе захистити, можна застосувати до ситуації в Україні з таких причин:

У травні та жовтні 2014 року в Україні відбулися вільні та чесні президентські й парламентські вибори. За даними звіту Дому свободи 2015 р., "...рейтинг політичних прав України зріс від 4 показника до 3 завдяки покращенням у сфері політичного плюралізму, парламентським виборам та прозорості уряду після відходу президента Віктора Януковича."¹³ Це базово демократична держава, яка, проте, має не реформований державний апарат.

Україна проходить процес консолідації *держави*. За останні два десятиліття міжнародні організації спостерігали факти частих посадових зловживань, корупції та порушень прав людини. Така практика призвела до невдоволення громадськості, що вилилося у Помаранчеву Революцію та протести Майдану. Повторення не демократичної практики впродовж останніх двох десятиліть можна певною мірою пояснити неспроможністю впоратися з минулим і нездатністю вирішити проблему сталості кадрів у державному апараті. Хоч у 2014 році було проведено вільні та чесні президентські й парламентські вибори, втім демократія залишається нестійкою, а державний апарат – не реформованим. Створення надійного та відданого ідеалам демократії державного апарату є необхідним для захисту національної безпеки, громадської безпеки та прав інших осіб.

Поняття "wehrhaftedemokratie" у Німеччині застосовувалося десятиліттями після Другої світової війни. Відтак, його можна застосовувати й до України, адже країна *на даний момент перебуває у стані війни* із потужними ворогами як всередині, так і ззовні. Станом на 6 лютого 2015 р., статистика ООН зафіксувала кількість загиблих у цій війні як щонайменше 5486 осіб; принаймні 12972 осіб поранено, а 978482 стали внутрішніми переселенцями.¹⁴ Місія ООН з прав людини та ВООЗ вважають, що реальна кількість жертв може виявитися значно вищою.¹⁵

Нинішня ситуація в Україні в плані політичної безпеки суттєво відрізняється від ситуації в інших країнах, що знаходяться під юрисдикцією ЄСПЛ, включаючи Німеччину, Албанію та Македонію. Жодна із цих країн на даний момент не має відкритого військового конфлікту на своїй території, і у жодній з них не було порушено територіальної цілісності. ЄСПЛ традиційно прагне збалансувати однорідність застосування ЄКПЛ у питаннях, які стосуються конкретної країни, тобто оцінює необхідність у конкретному демократичному суспільстві. Справедливо вважати, що Європейський суд з прав людини не ігноруватиме ситуацію в Україні, яка склалася в аспекті політичної безпеки, включаючи анексію

¹³ Freedom House, Свобода у світі 2015: Україна, в режимі доступу:

<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2015/ukraine#.VOaY6odiBbw>

¹⁴ Управління ООН з координації гуманітарних питань (ОСНА). Звіт по ситуації в Україні № 26 від 6 лютого 2015 р., в режимі доступу:

<http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ukraine%20sitrep%2026.pdf>

¹⁵ Ibid., note 1.

частини її території (Криму) та окупацію інших частин (Донецької та Луганської областей).

VI. “ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМА СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” ТА ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ЗАКОНУ ПРО ЛЮСТРАЦІЮ

Концепція демократії, спроможної саму себе захистити, дає нам змогу виокремити рішення законодавця стосовно основних положень закону про люстрацію, що спрямовані у минуле. Основні положення, що спрямовані у минуле, забезпечують усунення деяких категорій кадрів. Сюди входять особи, що перебували на керівних посадах в КПРС та її молодіжної ліги (комсомол), агенти секретних служб, учасники режиму Януковича та корумповані посадовці.

Керівні посади у Комуністичній партії та Комсомолі

Ці організації підпорядковувалися Москві, і, по суті, в минулому складали невід’ємну частину комуністичного апарату. Вірність їхніх лідерів Україні, відтак, можна поставити під сумнів з огляду на нинішній конфлікт із сепаратистами, яких підтримує Москва. Теперішня ситуація в Україні, таким чином, накладає деякі обмеження на застосування Резолюції 1096 «Про заходи щодо ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних режимів». Ця резолюція могла би надати корисні політичні вказівки для України, якби держава зараз не перебувала у стані війни. Конфлікт підсилює потребу у негайному реагуванні у питаннях, що стосуються кадрів комуністичної епохи, чию лояльність можна поставити під сумнів. Йдеться не про ідеологічні переконання. Вірність ідеї комунізму не розглядається як проблема колишньої компартії та лідерів комуністичної молоді, але їх відданість зовнішньому ворогові є проблемою .

В цій частині закону наведено перелік лише керівних посад, тож він не поширюється на переважну більшість партійних функціонерів та звичайних членів партії.¹⁶ Таким чином, він видається , є адекватним заходом , спрямованим на те, аби узгодитися з принципами необхідності та пропорційності.

Штатні працівники, секретні агенти служби безпеки і таємні співробітники

Так само, як і апарат комуністичної партії, секретні служби підпорядковувалися Москві, або, якщо точніше, то вони складали частину тієї самої організації, КДБ СРСР і Головного розвідувального управління (ГРУ) Міністерства оборони СРСР. Зв'язок із Москвою може породжувати сумніви щодо їхньої вірності незалежній державі Україна і може перетворювати їх на об'єкт шантажу, оскільки московські установи можуть мати інформацію про них, якої немає в Україні. Така можливість посилюється втечею (ймовірно до Росії) у лютому 2014 колишнього голови

¹⁶ За статтею 3, Частина 4, Розділи 1 і 2, вони стосуються керівних посад у Комуністичній Партії СРСР, Комуністичній Партії України та інших республік СРСР, починаючи від рівня секретаря районного комітету і вище; керівних посад, починаючи від рівня секретаря Центрального комітету ВЛКСМ і вище.

Служби безпеки України (СБУ) Олександра Якименка .р. Він може володіти матеріалами із архівів СБУ та її радянського попередника, які стосуються громадян України .. Стверджують, що Янукович, Якименко та колишній міністр внутрішніх справ Віталій Захарченко брали активну участь у дестабілізації Донбасу і продовжували фінансувати міліцію після своєї втечі.¹⁷

Однак відбудова органів розвідки суттєво відрізняється від відбудови інших секторів державного апарату. Її, можливо, необхідно регулювати окремими законами. Закони про люстрацію повинні обмежуватися недопущенням колишніх агентів КГБ та СБУ і їхніх працівників та колабораціоністів до державної служби. По суті, ЄСПЛ у цитованій справі *Найдін (Naidin) проти Румунії* визнав відсторонення колабораціоніста, який співпрацював із *Securitate*, як обґрунтоване.¹⁸

Посадовці та службовці режиму Януковича

Закон про люстрацію спрямований на посадовців режиму колишнього президента Януковича , чий рішення, доручення та бездіяльність підірвали національну безпеку, оборону, територіальну цілісність і права людини. Режим Януковича можна вважати нелегітимним через низку причин. Хоча президентські вибори 2010 року, на яких було обрано Януковича, і “відповідали більшості міжнародних стандартів”, Янукович

“швидко скасував чимало законодавчих змін , ухвалених внаслідок Помаранчевої Революції, забезпечивши рішення Конституційного Суду, які дали йому можливість усунути Тимошенко з посади прем’єр-міністра і замінити її відданою йому особою, а також анулювати компромісні поправки до Конституції в 2004 році , які обмежували владу президента. Далі він докладав зусиль задля скорочення політичних та громадянських свобод громадян України.¹⁹

“Парламентські вибори в Україні у жовтні 2012 року були дуже нечесними. Колишній прем’єр-міністр Юлія Тимошенко, яка представляла найчисленнішу опозицію до партії президента Віктора Януковича – Партії Регіонів, перебувала у в’язниці, і їй не дали можливості взяти участь у виборах. Виборче законодавство було переглянуте наприкінці 2011 року, що дозволило взяти більше місць правлячій партії, аніж вона змогла би отримати за попередньої системи. Спостерігачі заявляли про численні зловживання на виборах на користь недемократичних фракцій парламенту. Протягом року влада продовжувала чинити тиск на судову владу,

¹⁷ Інтерфакс-Україна, “Голова Служби безпеки стверджує, що колишні посадовці України фінансують поставки сепаратистам,” *Kyiv Post*, 8 липня 2014 р.

¹⁸ *Примітка вище* 11.

¹⁹ Дім свободи , *Свобода у світі 2015: Україна*, в режимі доступу <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2013/ukraine#.VOaaXodiBbw>

зменшилася свобода преси, а можливості для корупції посилилися після скасування вимоги про проведення конкурсу для державних компаній.²⁰

“Вирішальним чинником у тому, що Янукович не підписав Угоди про Асоціацію з ЄС, стало посилення тиску з боку Росії, на тлі фінансової кризи, котра поставила Україну на межі дефолту через іноземні запозичення. Ближче до кінця 2013 року Янукович зустрічався із президентом Росії Владіміром Путіним декілька разів для проведення таємних переговорів, а після того, як він відступив від курсу на інтеграцію в ЄС, 17 грудня Путін пообіцяв позичити Україні 15 мільярдів доларів (внесками по 3 мільярди доларів і всього лише на два роки) і урізав ціни на природний газ на третину (хоча ціна переглядається кожні три місяці). Окрім того, на відміну від ЄС, Путін не висловлював жодних заперечень проти авторитарних замашок Януковича чи ув'язнення Тимошенко, і не вимагав проведення економічних реформ. Жоден із лідерів не пояснив, що Україні доведеться віддати Кремлю в обмін на його допомогу.”²¹

Загалом, режиму Віктора Януковича, хоча його формально й було обрано на виборах, які міжнародні спостерігачі визнали такими, що задовольняють більшість міжнародних стандартів, бракувало змістовної легітимності. Цей режим порушував права людини, підривав політичний процес, незалежність судової влади та принципи вільної преси. Він застосував силу до своїх опонентів, позбавивши життя принаймні 77 осіб під час протестів на Майдані.²²

Корумповані посадовці

У країні, де поширена корупція, необхідно застосовувати санкції до корумпованих посадовців. Їх слід позбавляти впливових посад з трьох причин: вони беруть участь у кримінальній діяльності; суб'єктивно вони компрометують авторитет державного апарату; а об'єктивно вони служать своїм господарям, а не безпосереднім керівникам чи громадськості. У Звіті Дому Свободи за 2013 р. корупція розглядається як сейрозна проблема:

“Корупція, одна із найсерйозніших проблем у країні, продовжує посилюватися. Магнати-підприємці отримують значну фінансову вигоду від тісних зв'язків із провідними політиками. Для прикладу, дослідження Форбс засвідчило, що бізнесмени, які мають стосунок до Партії Регіонів, виграють значну частку державних конкурсів і тендерів. Окрім того, новий закон у 2012 році визначив, що державні підприємства не повинні оголошувати тендер при закупівлі товарів, а це означає, що десятки мільярдів доларів будуть роздаватися щороку без жодної прозорості. Окрім того, Янукович став de

²⁰ Там само.

²¹ Дім свободи, Свобода у світі 2014: Україна, в режимі доступу <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/ukraine#.VOaUIdiBbw>

²² Laura Smith-Spark and Frederik Pleitgen, “Ukraine marks year since Maidan bloodshed amid simmering conflict,” *CNN*, February 20, 2015, в режимі доступу: <http://edition.cnn.com/2015/02/20/europe/ukraine-conflict/index.html>

facto власником величезного маєтку під Києвом , що викликає підозру у незаконному отриманні цього майна, а два його сини накопичили у своїх руках і владу, і величезні особисті статки. Очевидна корупція влади і той прецедент, який створила заполітизована гонитва із обвинуваченнями за Тимошенко та членами її уряду, ще більше стимулювали Януковича залишатися при владі необмежений термін. Малий та середній бізнес продовжує страждати, оскільки його доля перебуває в руках корумпованих бюрократів, податківців і корпоративних рейдерів.”²³

Однак звільнення з державної посади може виявитися неефективною санкцією у випадку корупції. Проблема полягає у тому, що, згідно із законом про люстрацію, одна і та ж сама санкція – звільнення – застосовується і при корупції, і при нечесності у декларуванні майна. Корумпований посадовець може мати мотивацію приховувати відповідну інформацію у своїй декларації, аби уникнути чи відтягнути звільнення. Лише успішне завершення процесу перевірки може, врешті-решт, призвести до його звільнення. Ефективніше було би виставляти нечесним посадовцям обвинувачення у порушенні присяги і порушувати проти них кримінальні провадження.

VII. “ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМА СЕБЕ ЗАХИСТИТИ” І БРАК СУТТЄВИХ ПОЛОЖЕНЬ В ЗАКОНІ ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ

Нинішній закон про очищення влади (люстрацію) в Україні відображає період часу, коли його проект було розроблено вперше – навесні 2014 р. У той час політична ситуація та ситуація з безпекою були інакшими , ніж тепер. Через це закон у такому форматі не містить положень, які би запобігали чи не дозволяли б перебування на державних посадах громадянам України, які брали участь у політичній та військовій підривної діяльності проти країни. На даний момент він стосується лише на тих, хто брав участь в анексії Криму. Загалом, закон також не містить положень, які би запобігали обійманню державної посади особами, котрі підривають демократію, національну чи громадську безпеку і територіальну цілісність країни.

З іншого боку, у нинішньому законі про люстрацію бракує положень, які би запобігали зменшенню операційної спроможності держави до того часу , поки вона сформує ефективні інструменти управління собою та власного захисту . Численні звільнення можуть суттєво вплинути на роботу державного апарату в цілому. За відсутності будь-якого дослідження впливу процесу люстрації, варто подумати про те, аби не допустити значного скорочення урядових відділів. Такі положення повинні визначати порогові рівні для працівників, після яких будь-які потреби у звільненні повинні супроводжуватися аналізом спроможності конкретного відділу знайти кваліфіковану заміну. Для того, аби уникнути

²³ Дім Свободи , Свобода у світі 2014 2013: Україна.

зловживання цими положеннями, слід визначити конкретний період часу для найму нових працівників.

Основні положення щодо винятків у застосуванні закону про люстрацію є недостатніми. Слід брати до уваги послужний список та дії осіб, які захищали державність, демократію та верховенство права в Україні. Відданість людей не вимірюється діями чи зв'язками лише у минулому .. Для прикладу, події останнього року дали можливість членам комуністичної партії у різний спосіб продемонструвати відданість своїй країні та демократичній системі. Не поширення на таких осіб винятків закону є не виправданим. Відповідно, це може зменшити потенціал демократії захищати саму себе і позбавити країну кваліфікованих кадрів. Більше того, незаконні звільнення можуть підвищувати кількість людей, які будуть вороже ставитися до демократії.

VIII. “ДЕМОКРАТІЯ, СПРОМОЖНА САМА СЕБЕ ЗАХИСТИТИ ” І ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ

Зведення до мінімуму виключної природи закону про люстрацію

Демократія передбачає якомога ширше залучення різних осіб та учасників до процесу. Закон України про очищення влади (люстрацію), по суті, не є таким за своєю природою. З одного боку, добре, що цей закон не впливає на виборні посади; відтак, він і не обмежує обсягів політичної конкуренції .

З іншого боку, існує загроза, що застосування цього закону може посилити його виключний характер. Зокрема, звільнення, що супроводжуються публікацією імен люстрованих осіб, можуть мати непередбачувані соціальні та політичні наслідки ..

Викриття звільнених осіб ефективно вказує на їх офіційне сприйняття як групи, що непридатна для демократії. Це підсилюється назвою закону – «Про очищення....». Якщо наслідком очищення стає звільнення, то звільнені, ймовірно, будуть сприйматися як “заплямовані”. Звільнені можуть зіткнутися із дискримінацією на ринку праці і почуватимуться вигнанцями у соціальній сфері.²⁴

Важливо, аби звільнення кадрів у відповідності до закону про люстрацію проводилося гідно і з повагою до них . Звільнені особи втрачають свої засоби до існування а також можуть почуватися приниженими. Масштабні звільнення загрожують тим, що може з'явитися велика кількість ображених громадян із однаковим соціальним статусом, які стануть працювати проти крихкої демократичної системи. Якщо ж до кадрів, яких звільняють, поставитися з повагою та гідно, то це знизить загрозу виникнення бажання помсти з їхнього боку.

²⁴ David, *Lustration and Transitional Justice*, примітка вище 1.

Коли звільняється значна кількість кадрів, слід враховувати руйнівний вплив процес де-басифікації в Іраці та дії Закону про політичну ізоляцію в Лівії. За очікуваннями на даний момент застосування закону, призведе до звільнення 2554 працівників служби безпеки.²⁵ Постає питання: яка на даний момент політика, якщо вона взагалі існує, стосовно поглинання цих кадрів ?

Швидка реформа і стандарти щодо прав людини

Закон про люстрацію слід застосувати без зволікань. Зосередженість державного апарату і його внесок у забезпечення порядку, безпеки, надійності та поваги до прав людини гарантує негайне проведення реформи кадрів. І справді, Управління Верховного комісара ООН з прав людини визнає потребу у тому, аби *“швидко та ефективно працювати над відновленням верховенства права та здійсненням правосуддя у постконфліктних місіях ..”*²⁶

На швидкість здійснення реформи персоналу може вплинути потреба дотримуватися стандартів доведення. В той час, як докази у більшості випадків, пов'язаних із працевлаштуванням та зайнятістю у державному секторі, повинні відповідати стандартам “балансу ймовірностей”, Венеціанська Комісія у своєму Проміжному висновку щодо люстрації наводить стандарти кримінального права,²⁷ які передбачають належні процедурні гарантії і строгий критерій доведення вини “за відсутності розумного сумніву”. Вочевидь, такі стандарти вказуватимуть на передову практику Європейського суду з прав людини. Однак заявлене дотримання таких високих стандартів може привести до загрози затримок і нових порушень прав людини не реформованим державним апаратом .. Процедурні стандарти слід збалансувати із цілями та необхідністю проведення реформи кадрів. Для прикладу, потреба у швидкому проведенні звільнення дискредитованих членів поліції, якого добивалася місія ООН у Боснії та Герцеговині, не дозволила їй застосувати право бути почутим і привела до послаблення стандартів доведення.²⁸

Тим не менше, акцент на швидкості реформування кадрів та нижчих стандартів доведення на противагу кримінальному праву не дає новим політичним елітам використати цей процес для досягнення власних політичних цілей. Законодавець повинен застосовувати вимірюваний підхід. За словами Кріца:

²⁵ Кількість звільнених державних службовців, за даними Закону «Про очищення влади в Україні», починаючи з 16 жовтня 2014 р. (станом на 24 листопада 2014 р.), USAID «Справедливе правосуддя».

²⁶ Верховний комісар ООН з прав людини, Інструменти забезпечення верховенства права для постконфліктних держав, Перевірка: операційна основа” (Нью-Йорк та Женева: Об'єднані Нації, 2006), курсив додано.

²⁷ Європейська Комісія «За демократію – через право» (Венеціанська Комісія), Попередній висновок щодо Закону України «Про очищення влади» (Закон про люстрацію). Прийнято Венеціанською Комісією на 101-ому пленарному засіданні (Венеція, 12-13 грудня 2014 р.), пункт 103.

²⁸ Alexander Mayer-Rieckh, “Vetting to Prevent Future Abuses: Reforming the Police, Courts, and Prosecutor’s Offices in Bosnia and Herzegovina.” In Mayer-Rieckh and de Greiff eds., примітка вище 3, сс. 181-220, на 190.

“[Закони про люстрацію] можна використовувати для швидкої обробки великої кількості справ, уникаючи перевантаження процесуальними обмеженнями кримінального процесу. Вони коштують набагато менше, ніж судові розгляди, в плані і фінансових, і людських ресурсів. Вони складають вимірювану відповідь, що дає можливість тим, хто менше винний, уникнути суду чи в'язниці. Саме тому, що вони менш помітні, аніж судові процеси, і зазвичай приховані від громадської уваги, і не підпадають під ті самі гарантії правильного розгляду справи, виключно із політичних причин для переслідування, помсти чи звільнення від бюрократії з метою установа на посадах власних прихильників, найімовірніше, частіше застосовуватимуться не кримінальні санкції .”²⁹

ІХ. РЕКОМЕНДАЦІЇ

“Демократія, спроможна сама себе захистити” – це, власне, позаюрідичне поняття, яке дозволяє враховувати поточну ситуацію в країні, зокрема, проблеми з її територіальною цілісністю, національною безпекою та громадською безпекою, а також потенційні майбутні ризики, які виникають на цій основі. З цією метою закони про люстрацію повинні містити преамбулу, яка обумовлює політичну ціль цього закону, що полягає у створенні державного апарату, який буде дотримуватися таких принципів та цінностей, як вірність, чесність, надійність, неупередженість, ефективність та дієвість.

Закон про люстрацію повинен супроводжуватися парламентським меморандумом, який обумовлював би його законодавчий намір і пояснював окремі положення. Такий меморандум повинен бути затверджений парламентом чи його відповідним(и) комітетом (комітетами).

Очевидно, на відповідальності керівництва української держави лежить врахування рекомендацій Венеціанської Комісії на максимальному рівні і продовження діалогу з Венеціанською Комісією. Концепція демократії, спроможної самій себе захистити, не дає жодному урядові карт-бланшу для ігнорування прав людини. Водночас, обране керівництво несе відповідальність за народ України в плані швидкого формування державного апарату, який буде спроможний захистити розквітаючу демократію і забезпечувати дотримання прав людини.

Х. ВИСНОВКИ

Значення і цілі закону України про очищення влади (люстрацію) відмінні від значення та цілей інших законів про люстрацію, які затверджувалися у країнах

²⁹ Neil J. Kritz, “Dealing with the Legacy of Past Abuses: An Overview of the Options and their Relationship to the Promotion of Peace.” In M. Bleeker & J. Sisson (eds.) *Dealing with the Past: Critical Issues, Lessons Learned, and Challenges for Future Swiss Policy* (Swisspeace, 2004), сс. 15-32, на 25.

Центральної та Східної Європи. В той час, як інші закони про люстрацію стосувалися спадщин тоталітарних режимів, то люстрація в Україні спрямована на запобігання загрози, яка з'явилася, існує з і ставить під сумнів саме виживання країни. Ситуація в Україні, територію якої нещодавно анексували і в інших частинах якої зараз ведеться війна, відрізняється від ситуації в інших країнах Ради Європи.

При застосуванні європейських стандартів слід враховувати обидва ці факти. Невизнання відмінності у значенні та цілях законів про люстрацію і воєнної ситуації в Україні суперечить духові Європейської конвенції з прав людини, яку було розроблено внаслідок Другої світової війни.