Страсбург, 13 жовтня 2009 р.

CDL-AD(2009)044

Висновок № 524/2009 Ориг. англ.

ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ «ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО» (ВЕНЕЦІАНСЬКА КОМІСІЯ)

КОНСУЛЬТАТИВНИЙ ВИСНОВОК

ЩОДО ЗАКОНУ ПРО ЧИСТОТУ ВИСОКОПОСАДОВЦІВ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ ТА ВИБОРНИХ ОСІБ АЛБАНІЇ

Прийнятий Венеціанською Комісією
на 80-ому пленарному засіданні
(Венеція, 9-10 жовтня 2009 р.)

На основі коментарів

Пана Серджіо БАРТОЛЕ (член, Італія)
Пана Вольфґанґа ГОФФМАНН-РІМА (член, Німеччина)
Пана Лучіана МІХАЯ (член, Румунія)
Пані Ганни СУХОЦЬКОЇ (член, Польща)

Цей документ не розповсюджуватиметься на зборах. Просимо взяти з собою цю копію.
www.venice.coe.int

ЗМІСТ

I. Вступ.....3

II. Історія люстрації в Албанії.....4

III. Керівні принципи Ради Європи щодо законів про люстрацію.....6

IV. Відповідне прецедентне право Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).....8

V. Відповідне прецедентне право європейських конституційних судів.....8

VI. Попередні зауваження щодо Закону Албанії про люстрацію.....8

VII. П'ять запитань, які Конституційний суд Албанії поставив перед Венеціанською комісією.....13

VIII. Висновки.....26

I. Вступ

1. 20 лютого 2009 Конституційний суд Албанії попросив Венеціанську Комісію надати консультативний висновок щодо відповідності Закону Албанії "Про чистоту високопосадовців державних органів та виборних осіб" (надалі – "Закон пор люстрацію" – CDL(2009)124) Конституції Албанії (надалі – "Конституція").

2. Комісії поставили п'ять запитань:

1) Чи порушує цей закон повноваження Президента Республіки, членів Конституційного суду, членів Верховного суду, депутатів, членів Ради Міністрів та Генерального Прокурора? Якщо так, то чи є обґрунтованим припинення повноважень? Чи порушуються принцип верховенства права?

2) Чи порушує цей закон (затверджений простою більшістю голосів) конституційні та законні гарантії, передбачені відповідними конституційними законами (законами, затвердженими кваліфікованою більшістю голосів – 3/5 від кількості депутатів, у відповідності до Статті 81§2 Конституції) суддям, прокурорам, державним службовцям? Якщо так, то чи можна таке порушення вважати обґрунтованим?

3) У відповідності до процедури створення, функціонування та прийняття рішень Органу з перевірки осіб, чи гарантують положення цього Закону дотримання вимоги верховенства права? Чи існує конфлікт повноважень між деякими конституційними органами та органом з перевірки осіб? Якщо так, то чи є виправданим таке ущемлення і чи відповідає воно вимогам конституційності та верховенства права?

4) Чи обґрунтовані обмеження політичних конституційних прав, права на працю та права доступу до державної служби? Чи пропорційні ці обмеження?

5) Виникає проблема, яка полягає у тому, що деякі члени Конституційного суду, через те, що вони є потенційними суб'єктами цього Закону, не можуть брати участі в обговоренні конституційності цього Закону, аби уникнути конфлікту інтересів. Чи буде це мати місце навіть у випадку абстрактного контролю за законом (затвердженого простою більшістю)? Якщо самовідвід чи відвід деяких суддів може привести до неможливості прийняття рішення і, таким чином, до інституційної блокади, то чи можна таку ситуацію вважати виправданою?

3. Пані Сухоцька та панове Бартоле, Гоффманн-Рім та Міхай діяли у цьому питанні як доповідачі.

4. 29-30 квітня 2009 р. доповідачі здійснили поїздку до Албанії, аби отримати більше інформації. Вони зустрілися, з-поміж інших, із: Прем'єр-міністром, спікером Парламенту Албанії, заступником спікера (як представником опозиції), Міністром юстиції, Головою Комітету з правових питань та Головою Комітету з виборчих питань.

5. Цей висновок, який було складено на основі коментарів доповідачів (CDL(2009)132, 133, 134 and 154), був прийнятий Венеціанською Комісією на її 80-ому пленарному засіданні (Венеція, 9-10 жовтня 2009 р).

II. Історія люстрації в Албанії[1]

6. У 1989/1990рр. в Албанії відбулась антикомуністична революція. З 1991р. було зроблено кілька спроб декомунізації. В преамбулі до закону 7514, прийнятому наприкінці вересня 1991, парламент вибачився перед особами, яких "обвинуватили, судили, засудили та ув'язнили, ізолювали чи переслідували протягом 45 років порушень політичного характеру, порушуючи їхні громадянські, соціальні, моральні та економічні права", заявляючи, що "для першого плюралістичного парламенту республіки Албанія це є честю, як для вищого представницького органу народу, … вибачитися перед цими людьми за політичні покарання і страждання, яких вони зазнали в минулому".[2] В 1992р., після виборів 22 березня, які зі значною перевагою виграла Демократична партія, цей процес став важливим політичним питанням в програмі дій нового уряду.

7. Перший закон про люстрацію (Закон № 7666 від 26 січня 1993р.) стосувався приватних адвокатів. Він передбачав створення комісії для перегляду ліцензій, які дають право на заняття адвокатською практикою, що були видані до набуття законом чинності. Цю комісію очолював міністр юстиції, який пропонував інших членів комісії, які мали бути затверджені Верховним судом юстиції. Цей закон додав до закону про адвокатуру положення, згідно якого "ліцензії, що дозволяють займатися адвокатською практикою, не видаватимуться: а) колишнім співробітникам органів Держбезпеки і тим, хто з ними співпрацював; б) колишнім членам Комітетів Албанської партії праці, а також їхнім працівникам в центральному офісі, округах і регіонах; колишнім головам державних органів в центрі і в округах (міністрам, заступникам міністрів, головам відділів, а також начальникам, заступникам начальників і секретарям виконавчих комітетів в округах і регіонах); в) колишнім працівникам в'язниць і таборів для інтернованих осіб; г) випускникам факультету права закладу вищої освіти в спеціальній партійній школі, а також колишнім головам чи працівникам на всіх рівнях; д) тим, хто брали участь як слідчі, обвинувачі чи судді в спеціальних чи інсценованих політичних судових процесах, а також тим, хто займав високі керівні посади в центральних органах юстиції; е) тим, хто застосовував фізичну силу чи психологічний тиск під час розслідувань чи інших дій, а також тим, хто брав участь у вбивствах на кордоні". Рішення про дискваліфікацію забороняє займатися адвокатською практикою протягом п'яти років. Можна було подавати апеляцію до Вищої ради юстиції щодо рішення, прийнятого за цим законом.

8. Засідання Комісії з перегляду ліцензій відбулося 20 квітня 1993р., та на ньому було прийнято рішення відкликати ліцензії 47 адвокатів. 30 квітня 1993р. Парламентська група Соціалістичної партії подала скаргу до Конституційного суду про те, що цей закон є неконституційним.

9. 21 травня 1993р. Конституційний суд визнав такий закон неконституційним і повністю скасував його[3]. Серед іншого, Суд постановив, що створення Комісії з перегляду ліцензій суперечить конституційному закону про судову систему, згідно якого адвокатська практика є вільною професією, яка повинна бути самоврядною. Можливі помилки у видачі ліцензій повинна виправляти рада суддів. Крім того, Суд постановив, що ставлячи надання ліцензій в залежність виключно від дій адвокатів протягом визначеного періоду часу, закон виключає застосування демократичного

[1] *Robert C. Austin/Jonathan Ellison*, Post-Communist Transitional Justice in Albania, East European Politics & Societies 22 (2008), p. 373 *et seq.; Mark S. Ellis,* Purging the past: the current state of lustration laws in the former communist bloc, Law and Contemporary Problems, Vol. 59, no. 4, 1997, p.185 et seq.

[2] *Kathleen Imholz*, The experience in Albania, in: Past and Present: Consequences for Democratisation, 2004, pp. 35-36.

[3] *Kathleen Imholz*, A Landmark Constitutional Court Decision in Albania, East European Constitutional Review, Vol. 2, Number 3, Summer 1993, pp. 23-25.

критерію індивідуальної оцінки якостей адвокатів, що є порушенням конституційного права на працю. Крім того, застосовуючи дискваліфікацію на підставі вчинення злочинів, закон тим самим порушує принципи розподілу влади і презумпції невинуватості.

10. Наступними спробами розпочати правовий процес люстрації в Албанії були Закон про геноцид і злочини проти людяності, вчинені під час комуністичного режиму з політичних, ідеологічних і релігійних мотивів ("Закон про геноцид") (вересень 1995р.) і Закон про перевірку моральної репутації посадовців та інших осіб, причетних до захисту демократичної держави ("Закон про перевірку") (листопад 1995р.). Метою "Закону про геноцид" була допомога у і прискорення процесу переслідування винних в "злочинах проти людяності", вчинених за сприяння комуністичного режиму.

11. На підставі цього закону Генеральний прокурор видав наказ заарештувати 24 колишніх вищих комуністичних посадовців.[4] Цей закон також передбачав деякі люстраційні заходи. Особам, яких було засуджено за організацію, співучасть чи виконання злочинів проти людяності і які займали певні посади до 31 березня 1991р., було заборонено бути обраними чи призначеними на посади на будь-яких високих рівнях в уряді, судовій системі і засобах масової інформації до 2002р.

12. Відповідно до "Закону про перевірку" було створено комітет, відповідальний за перевірку потенційних і дійсних членів уряду, поліції, судових органів, системи освіти і засобів масової інформації для визначення їхньої причетності до урядових органів і державної поліції ери комунізму. Комітет з перевірки діяв незалежно, парламент міг змінити лише його склад.[5] Кожна особа, яка хотіла взяти участь у виборах на важливу посаду (посади були перераховані у статті 1), спершу повинна була пройти перевірку в цьому комітеті і могла бути недопущеною до такої посади до 2002р. Результати перевірки і рішення не оприлюднювалися, що призвело до певної критики.

13. Парламентська група Соціалістичної партії Албанії подала скарги стосовно цих двох законів, але Конституційний суд майже повністю відхилив їх 31 січня 1996р. (за винятком положень, згідно яких журналісти приватних газет підлягали перевірці і положення, згідно якого міністр юстиції мав право вимагати перевірки керівництва політичних партій та асоціацій).[6] Суд постановив, що вищезазначений закон встановлював розумні обмеження, які відповідають вимогам законів моралі демократичного суспільства Албанії.

14. Комітет з перевірки заборонив 139 кандидатам (45 членам Соціалістичної партії, 23 соціал-демократам, 11 членам Демократичного альянсу, 13 членам Республіканської партії, 3 членам Демократичної партії, решта – з другорядних партій) брати участь в парламентських виборах 26 травня 1996р. 57 з них подали скарги до касаційного суду, який скасував сім з цих рішень.

15. Соціалістична партія, яка до того була в опозиції, виграла вибори 26 травня 1996р.; згодом, дію "Закону про перевірку" було кардинально скорочено від його попередньої версії.[7] Соціалістична партія також виграла вибори 24 червня 2001р. Дія "Закону про перевірку" закінчилась 31 грудня 2001р.

16. Парламентські вибори 3 липня 2005р. виграла Демократична партія. 22 грудня 2008р. парламент прийняв Закон № 10034 "Про чистоту високопосадовців державних органів та виборних осіб".

---

[4] *Austin/Ellison*, див. зноску 1, ст. 384.
[5] *Там само,* ст. 387.
[6] Короткий виклад цього рішення можна знайти в CODICES, ALB-1996-2-001.
[7] *Austin/Ellison*, див. зноску 1, ст. 393.

17. 31 січня 2009р. група депутатів Асамблеї, Хельсінкського комітету Албанії і Національної асоціації прокурорів звернулась до Конституційного суду з вимогою призупинити дію цього закону.

18. 16 лютого 2009р. Конституційний суд постановив призупинити дію закону, відклавши рішення щодо його конституційності.

III. Керівні принципи Ради Європи щодо законів про люстрацію

19. У Резолюції 1096 (1996) "Про заходи щодо подолання наслідків минулих комуністичних тоталітарних систем", Парламентська Асамблея Ради Європи заявила, що люстрація "може бути сумісною з принципами демократичної держави, заснованої на принципі верховенства права, за умови дотримання кількох критеріїв". Ці критерії в основному такі:

a. вину потрібно довести в кожному окремому випадку;[8]
b. потрібно гарантувати право на захист, презумпцію невинуватості і право на оскарження в суді;[9]
c. потрібно розмежовувати функції і цілі люстрації та кримінального права;[10]
d. люстрація має чіткі обмеження в часі як щодо термінів виконання, так і щодо терміну перевірки.

20. Для того, щоб гарантувати, що будь-які люстраційні заходи не суперечать принципу верховенства права і "зосереджуються на загрозах фундаментальним правам людини і процесу демократизації", Парламентська Асамблея Ради Європи прийняла наступні "Керівні принципи щодо забезпечення дотримання вимог правової держави за допомогою законів про люстрацію та подібних адміністративних заходів" (надалі - "Керівні принципи"):[11]

"Щоб не суперечити законам правової держави, люстраційні закони повинні відповідати певним вимогам. В першу чергу, люстрація повинна зосереджуватися на загрозах фундаментальним правам людини і процесу демократизації; помста ніколи не може бути метою таких законів, також не можна допустити зловживання результатами процесу люстрації. Метою люстрації не є покарання людей, які вважаються винними – це завдання прокуратури із застосуванням кримінального права – а захист новоствореної демократії.

a. Люстрація повинна здійснюватись спеціально утвореною незалежною комісією у складі шанованих суспільством осіб, які пропонуються головою держави і затверджуються парламентом;

b. Люстрація може використовуватись тільки для усунення чи суттєвого зменшення небезпеки, яку становлять суб'єкти люстрації для утворення життєздатної демократії в силу використання свого становища для порушення прав людини або блокування процесу демократизації;

c. Люстрація не може використовуватись для покарання або помсти; покарання може бути призначене тільки за минулі кримінальні дії відповідно до чинного кримінального законодавства із дотриманням всіх процедур і гарантій кримінального процесу;

---

[8] Резолюція 1096 (1996), про заходи щодо подолання наслідків минулих комуністичних тоталітарних систем, п. 12
[9] Там само.
[10] Там само. п. 11.
[11] Доповідь про заходи щодо подолання наслідків минулих комуністичних тоталітарних систем, Док. 7568, 3 червня 1996 р.

d. Люстрація повинна бути обмежена лише такими посадами, щодо яких існують підстави вважати, що особа, яка їх обіймає, може їх використати з метою спричинення суттєвих загроз правам людини або демократії, тобто державними посадами, які відповідають за розробку та впровадження державної політики, а також стосуються внутрішньої безпеки або такими державними посадами, які можуть бути використані для порушень прав людини, такими як посади в правоохоронних органах, службі безпеки, розвідки, в судовій владі та прокуратурі;

e. Люстрація не може застосовуватись до виборних посад, якщо цього не вимагає кандидат на вибори – виборці мають право обирати на власний розсуд (права голосу може бути позбавлений засуджений злочинець за рішенням суду – це не є адміністративна люстрація, а кримінально-правова міра);

f. Люстрація не може застосовуватись до посад в приватних чи напівприватних організаціях, оскільки в таких організаціях є дуже мало, або взагалі немає посад, через які можна було б підірвати або поставити під загрозу фундаментальні права людини і демократичний процес;

g. Дискваліфікація особи на зайняття певної посади внаслідок люстрації не повинна перевищувати п'яти років, оскільки не слід недооцінювати можливість позитивних змін у ставленні та звичках особи; бажано, щоб люстраційні заходи закінчувалися не пізніше 31 грудня 1999р., оскільки до цього часу нова демократична система повинна бути консолідованою у всіх колишніх комуністично-тоталітарних країнах;

h. Особи, які наказували, вчиняли чи суттєво сприяли вчиненню серйозних порушень прав людини можуть бути дискваліфіковані для зайняття певних посад; якщо організація вчиняла серйозні порушення прав людини, член, працівник чи агент вважатимуться такими, що брали участь в цих порушеннях, якщо вони були високопоставленими працівниками такої організації, крім випадків, коли вони покажуть, що не брали участі у плануванні, керівництві чи виконанні таких заходів, методів чи дій;

i. Жодна особа не може бути піддана люстрації виключно на підставі членства в організації або діяльності на користь будь-якої організації, які були правомірними під час існування такої організації або вчинення такої діяльності (за виключенням випадків, зазначених в пункті h) або на підставі особистих поглядів або переконань;

j. Люстрація може застосовуватись виключно до дій, трудової діяльності чи членства в організаціях, що мали місце, починаючи з 1 січня 1980 року і до моменту повалення комуністичної диктатури, оскільки маловірогідним є те, що особи, які не вчиняли порушення прав людини протягом останніх десяти років наразі вчинятимуть такі порушення (цей строк давності, звичайно, не стосується порушень прав людини, які передбачають кримінальну відповідальність);

k. Люстрація "свідомих колабораціоністів" є допустимою лише щодо осіб, які фактично брали участь разом із державними органами (такими як служба безпеки) у вчиненні серйозних порушень прав людини, які заподіяли фактичну шкоду іншим та які знали або повинні були знати, що їх дії завдають шкоду;

l. Люстрація не повинна застосовуватись до осіб, які не досягли 18 років на момент вчинення відповідних дій, добросовісно та добровільно відмовилися та/або залишили членство, працевлаштування або діяльність на користь відповідних організацій до початку переходу до демократичного режиму або які діяли під

примусом;

m. У жодному випадку особу не можна піддавати люстрації без надання всіх гарантій належної правової процедури, включаючи право на захисника, але не обмежуючись ним (який має призначатись, якщо суб'єкт люстрації не може найняти такого захисника), право бути обізнаним із доказами та оспорювати їх, право на доступ до всіх наявних обвинувальних та виправдувальних доказів, право надавати свої докази, право на відкритий процес, якщо цього вимагає суб'єкт, право на оскарження в незалежному судовому органі."

IV. Відповідні рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ)

21. Люстраційні заходи прийняли такі країни як Чехословаччина, Литва, Латвія, Естонія, Болгарія, Угорщина, Німеччина, Албанія, Польща, Румунія і Сербія.

22. Європейський суд з прав людини постав перед необхідністю дати оцінку законодавству (або частині законодавства)[12] деяких з цих держав з кількома положеннями Європейської конвенції з прав людини.

23. Можна виокремити такі справи: Турек (Turek) проти Словаччини (про негативний вплив на особисте життя позивача і його соціальні відносини через збереження секретних матеріалів, негативного допуску до секретних матеріалів і результатів люстраційного судового процесу)[13]; Матиєк (Matyjek) проти Польщі (стосовно конфіденційного характеру люстраційного судового процесу, конфіденційності документів і процедур, що регулюють доступ до матеріалів справи)[14]; Любох (Luboch) проти Польщі (про відмову національних судів викликати трьох головних свідків з боку позивача під час люстраційного судового процесу)[15]; Бобек (Bobek) проти Польщі (справедливість люстраційного судового процесу); Жічкус (Žičkus) проти Литви (справедливість люстраційного судового процесу)[16]; Жданока (Ždanoka) проти Латвії і Адамсонс (Adamsons) проти Латвії (виключення зі списку кандидатів у парламентських виборах)[17].

V. Відповідні рішення Європейських конституційних судів

24. Пошук в базі даних CODICES Венеціанської комісії вказує на шість рішень, що стосуються даного питання, які ухвалили такі Європейські конституційні суди: Чеська республіка (рішення суду 1/92 від 26/11/1992; рішення суду 9/01 від 5/12/2001); Латвія (див. 2005-13-0106, 15/06/2006); Польща (рішення суду P3/2000 від 14/06/2000, рішення суду SK10/99 від 4/12/2000 і рішення суду K 2/07 від 11/05/2007). Короткий виклад цих рішень доступний на вебсайті CODICES[18].

VI. Попередні зауваження щодо албанського закону про люстрацію

---

[12] Відповідні правові положення містяться у рішеннях по справах.

[13] ЄСПЛ, Рішення у справі Турек (Turek) проти Словаччини від 14 лютого 2006р.
[14] ЄСПЛ, Рішення у справі Матиєк (Matyjek) проти Польщі від 24 квітня 2007р. Див. також Ходиніцкі (Chodynicki) проти Польщі (Звернення № 17625/05, рішення 2.9.08
[15] ЄСПЛ, Рішення у справі Любох (Luboch) проти Польщі від 15 січня 2008р.
[16] ЄСПЛ, Рішення у справі Жічкус (Žičkus) проти Литви від 7 квітня 2009р.
[17] ЄСПЛ, Рішення у справі Жданока (Ždanoka) проти Латвії від 16 березня 2006р.; рішення у справі Адамсонс (Adamsons) проти Латвії від 24 червня 2008р.
[18] http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=xhitlist&xhitlist_q=%5BField+E_Alphabetical+Index%3Alustration%5D&xhitlist_x=Advanced&xhitlist_s=&xhitlist_hc=&xhitlist_d=&xhitlist_xsl=xhitlist.xsl&xhitlist_vpc=first&xhitlist_sel=title%3Bpath%3Bcontent-type%3Bhome-title%3Bitem-bookmark&global=hitdoc_g_&hitlist_g_hitindex=

25. Венеціанська комісія вважає, що на початковому етапі два питання заслуговують особливої уваги, тому що відповіді на ці питання обумовлять визначення підстав для вирішення п'яти питань, поданих Конституційним судом. Ці питання стосуються часу прийняття закону та об'єкта права.

А. Час прийняття закону.

26. Албанський закон про люстрацію був оприлюднений 14 січня 2009р. і був опублікований в Офіційній газеті наступного дня. Згідно статті 30 Закону, він мав вступити в дію 30 січня 2009р., а Орган [з перевірки осіб – перекл.] повинен був провести перевірки до 31 грудня 2014р., як було зазначено в статті 29.1 цього Закону. Таким чином, цей Закон мав застосовуватися протягом 18-25 років після розпаду тоталітарного режиму. Крім цього, цей Закон був прийнятий через сім років після того, як перестало діяти попереднє законодавство з цього питання.

27. У Керівних принципах Парламентської Асамблеї (див. абзац 20 вище) вказано, серед інших вимог, що закони про люстрацію не повинні бути чинними понад п'ять років; крім того, вони містять загальне положення про те, що люстраційні заходи в усіх колишніх комуністичних державах мають завершитися не пізніше 31 грудня 1999р. Це пов'язано із загрозою, яку несуть такі колишні режими.

28. У зв'язку з цим, ЄСПЛ заявив, що він "*діє на підставі того, що демократична Держава має право вимагати від держслужбовців дотримання конституційних принципів, які лежать в її основі. У зв'язку з цим він враховує досвід Німеччини часів Веймарської республіки і складного періоду після розпаду цього режиму аж до прийняття Основного Закону в 1949р. Німеччина хотіла уникнути повторення такого досвіду, заснувавши свою нову державу на ідеї, що це повинна бути "демократія, яка здатна себе захистити". Також не можна забувати про становище Німеччини в політичному контексті того періоду. Зрозуміло, що ці обставини додали додаткової важливості цьому базовому поняттю і відповідному обов'язку політичної лояльності, покладеному на держслужбовців*."[19]

29. Стосовно того, чи набуває "постійного характеру" суспільний інтерес в активному захисті демократичних основ держави, позиція Конституційного суду Чеської республіки була такою: *"Демократична держава, і не лише в перехідний період після падіння тоталітаризму, може обмежити прийняття певної особи на посаду в державних органах і на державну службу, а також її перебування та такій посаді у зв'язку із дотриманням певних вимог, а саме дотримання вимоги (політичної) лояльності."*[20]

30. Таким чином, суд Чеської республіки дотримувався іншої позиції, ніж Конституційний суд Чеської і Словацької Федеративної республіки, який у 1992р. постановив, що відповідне федеральне законодавство має містити положення, яке передбачає обмежений період часу для застосування люстраційних заходів, з огляду на те, "що процес демократизації (країни) завершиться за короткий період часу" (до 31 грудня 1996р.)[21]. Натомість, Чеський Конституційний суд зазначив, що часові обмеження дії законів про люстрацію мають встановлюватися з урахуванням вимог безпеки і стабільності демократичних систем: таким чином, Суд прийняв поправки до законів про люстрацію щодо усунення часового обмеження чинності законів. Він зазначив, що "визначення ступеня розвитку демократії в певній державі є соціально-політичним питанням, а не питанням конституційного права, яке він не може розглядати". Проте Суд активно підтримав ідею реформування відповідного

[19] ЄСПЛ, Фогт (Vogt) проти Німеччини, рішення у справі від 2 вересня 1995р, п. 59.
[20] Рішення у справі від 5 грудня 2001р; *див. також* Верховний Суд США, Адлер (Adler) проти Управління освіти.
[21] Рішення у справі 1/92, 26 листопада 1992р.

законодавства[22].

31. Обидві вищезгадані справи перед ЄСПЛ і Конституційним судом Чеської республіки стосувалися доступу до державної служби, а не питання невідповідності посаді. Проте, на думку Венеціанської комісії, вимогу лояльності потрібно однаково інтерпретувати і стосовно людей, які займають посаду, і тих, хто прагне цього. ЄСПЛ розділяє такі справи, зважаючи на те, чи мало місце порушення статті 10.1 ЄСПЛ.[23]

32. Конституційний суд Чеської республіки дійшов таких висновків:

> *"1. Просування ідеї про те, що "демократія повинна бути здатною себе захистити", переслідує законну мету законодавства кожної демократичної держави в будь-який період її розвитку.*
> *2. Вимога політичної лояльності осіб в сфері державної влади та державної служби є беззаперечною складовою поняття "держава, яка може себе захистити".*
> *3. Конкретний ступінь лояльності, який вимагається, залежить від історичного, політичного і соціального досвіду кожної окремої держави і від ступеня загрози демократії в цій державі."*[24]

33. В березні 2006р. Європейський суд з прав людини[25] зайняв схожу позицію, погодившись, що в держави може виникнути потреба вжити певних заходів, щоб захистити себе, "*навіть обмеживши виборчі права людей, пов'язаних зі старим комуністичним режимом більш ніж через десять років після падіння Стіни.*" Проте Суд не уникнув аналізу цього питання у світлі принципів і положень ЄСПЛ і не торкався політичного питання.[26]

34. Загально прийнято, що люстраційні заходи повинні відповідати принципу верховенства права (див. резолюцію ПАСЕ 1096(1996)). Конституційний трибунал Польщі заявив, *серед іншого*, що акт люстрації, базований на принципах верховенства права, "повинен визначати період часу на заборону виконувати обов'язки на розумних підставах, оскільки не можна недооцінювати вірогідність позитивних змін у ставленні та поведінці особи. Люстраційні заходи повинні втратити чинність, як тільки система демократичної держави консолідується".[27]

35. Венеціанська комісія дотримується думки, що повинні існувати переконливі причини для впровадження нового закону про люстрацію через вісімнадцять років після падіння комуністичного режиму і через сім років після закінчення чинності попереднього законодавства, а також причини для його тривалого застосування.

36. Албанський уряд пояснив причини такого рішення. Він наголосив, що першийо закон про люстрацію 1993р. було скасовано Конституційним судом, в той час як Закон про геноцид і Закон про перевірку кінця 1995р. застосовувалися дуже обмежено після того, як Соціалістична партія знову прийшла до влади. Коли Демократична партія повернулася до влади в 2005р., розгорнулися широкомасштабні дебати щодо того, чи оприлюднювати всі файли таємної поліції, і було внесено три проекти законів про люстрацію перед тим, як прийнято вказаний закон.

37. На думку албанського уряду, це свідчить про те, що процес люстрації ще не

---

[22] Рішення у справі від 5 грудня 2001р.
[23] ЄСПЛ, Фогт (Vogt) проти Німеччини, рішення у справі, в цитованій праці, п. 44.
[24] Рішення у справі від 5 грудня 2001р.
[25] ЄСПЛ, рішення у справі Жданока (Ždanoka) проти Латвії, в цитованій праці.
[24] [26] Там само.
[27] Рішення у справі від 11 травня 2007р., K 2/07

повністю завершено, водночас албанське суспільство все ще вважає, що необхідно очистити лави держави.

38. Венеціанська комісія хоче наголосити, що оскільки метою люстрації є недопущення до посад осіб з антидемократичними поглядами, період часу для перевірки потрібно обмежити, оскільки минулі вчинки звичайно не є переконливим доказом теперішнього ставлення особи чи навіть її майбутньої поведінки. Це міркування є підставою для основного часового обмеження, зазначеного в розділі j Керівних принципів. Далі зазначено, що чим давніше в минулому відбувалися вчинки, які розглядаються, тим серйознішою повинна бути особиста неправомірна поведінка і особиста провина. Крім цього, потрібно приділити особливу увагу принципам розумності і пропорційності у встановленні існування комуністичної загрози у суспільстві, де на останніх виборах перемогли новообрані, відкрито антикомуністичні партії, і де інші політичні партії відмовляються від будь-якого зв'язку із минулим режимом.

39. Більше того, якщо Албанія хоче втілити на практиці теорію про "демократію, яка себе захищає", албанські законодавчі органи не повинні обмежуватися комуністичною загрозою, а також звернути увагу на сучасні загрози тероризму і транскордонної злочинності.

40. Враховуючи вищезазначене, Венеціанська комісія вважає, що саме Конституційний суд повинен особливо ретельно розглянути існування особливих причин, на які вказує уряд, для прийняття законів про люстрацію через стільки років після падіння комуністичного режиму.

B. Об'єкт права.

41. У статті 2 Закону про люстрацію зазначено, що об'єктом люстраційних заходів є "*визначення суб'єктів і високопосадовців, які є несумісними з публічною діяльністю посадовця через те, що вони були членами, керівниками чи співробітниками структур, які відповідали за формування чи втілення державної політики насилля диктатури пролетаріату чи колишніх органів держбезпеки в період з 29 листопада 1944р. до 8 грудня 1990р*.".

42. Згідно цього положення, у сукупності зі спеціальним положенням Статті 4, під дію люстраційних заходів підпадають головним чином колишні співробітники комуністичного режиму через свою колишню причетність до політичної чи керівної посади комуністичної партії або албанської держави в той час. Стаття 4 a) робить виключення лише для тих осіб, хто діяв всупереч офіційній лінії або хто публічно залишив посаду. Водночас, під дію статті 4 dh) безперечно підпадають особи, щодо яких набрало законної сили рішення в кримінальній справі за вчинення злочинів проти людства або за наклеп, неправдивий донос або неправдиве свідчення під час політичних процесів; стаття 4 e) стосується співробітників органів держбезпеки, які займалися діяльністю політичного характеру, яка стосується політичних кримінальних злочинів; і стаття 4 g) стосується інформаторів або свідків з боку обвинувачення в політичних судових процесах.

43. Проте, решта положень статті 4 не бере до уваги необхідність, на якій наголошує Резолюція 1096 (1996), того, щоб "*вина, що є індивідуальною, а не колективною, повинна бути доведеною в кожному окремому випадку*": "*це підкреслює необхідність індивідуального, а не колективного застосування законів про люстрацію*".

44. У вищезгаданому рішенні Чеського Конституційного суду від 2001р. зазначено, що згідно цього припущення, "*спільною рисою люстраційних законів, прийнятих в Європі*

в 90-х рр., є те, що вони зосереджуються на позиції і/або поведінці окремої особи під час тоталітаризму і призводять до негативних наслідків для неї стосовно її прямої участі в громадському житті в сучасній демократичній державі". На цій підставі суд погодився з люстраційними заходами тимчасового характеру, які пов'язують ставлення особи до демократичних засад з її індивідуальними вчинками і поведінкою.

45. Тому правильно, що в 2007р. Конституційний трибунал Польщі зайняв жорсткішу позицію і заявив, що "*заборона виконувати обов'язки може стосуватися осіб, які віддавали накази виконувати дії, які грубо порушували права людини, виконували такі дії самі або активно підтримували їх*", наголошуючи на потребі точного визначення "свідомих співробітників", які повинні бути об'єктом люстраційних заходів.

46. Індивідуалізація наслідків люстраційного законодавства вимагає, щоб рішення, які стосуються особи, були об'єктом перевірки національними судовими органами, оскільки вони передбачають позбавлення індивідуальних прав, гарантованих Конституцією. Дійсно, у справі Жданока проти Латвії Європейський суд з прав людини відійшов від того, що "*вимога індивідуалізації (…) є (…) передумовою для співставності заходу з ЄКПЛ*.[28] Проте, Суд вважав, що метою латвійського законодавства, про яке йде мова, було не покарання тих, хто брав активну участь в КПЛ, а натомість "*захист цілісності демократичного процесу шляхом виключення участі в роботи демократичного законодавчого органу тих осіб, які відігравали активну і провідну роль у партії, яка була прямо пов'язана*" (не із минулим режимом, а) "*зі спробою насильного повалення новоствореного демократичного режиму*" в 1991р. Тому Суд наголосив на необхідності обґрунтування прийняття люстраційного законодавства, беручи до уваги особливу ситуацію у відповідній державі. У випадку з Латвією, особливої уваги потребують події 1991р. Ці події чітко показали намір деяких політичних сил завадити просуванню країни до національної незалежності, яку підтримала на референдумі переважна більшість населення Латвії.

47. Венеціанська комісія висловлює сумнів, що таке міркування може поширюватися на Албанію, де за минулі роки політична система гарантувала ротацію у владі політичних партій і часту зміну посадовців керівних органів держави.

48. Венеціанська комісія також вважає, що об'єкт права, як визначено в Статті 4, є проблематичним з огляду на необхідність точності термінів, що є вимогою верховенства права. Венеціанська комісія нагадує, що за твердженням ЄСПЛ *"рівень точності, який вимагається від внутрішнього законодавства – яке не може передбачити будь-яку ситуацію – значною мірою залежить від змісту інструменту, про який йде мова, галузі, яку він повинен охопити, а також числа та статусу тих, кому він адресований.*"[29]

49. Оскільки люстраційні заходи значно впливають на певні базові права, тому для того, щоб будь-який закон про люстрацію був конституційним, необхідно обов'язково надати точне визначення оспорюваного зв'язку із тоталітарною системою.[30]

50. Перелік "несумісних функцій" у статті 4 Закону, виглядає таким, що перевершує зазначені межі. Деякі посади і діяльності, подані в цьому положенні, досить точно перераховані. Проте іншим не вистачає необхідної точності. Хоча вони досить точно описані, деякі з них можна досить широко застосувати: терміни "кожен працівник органів Держбезпеки" в статті 4 ç), наприклад, може означати секретаря або прибиральника. Сумніви щодо точності викликають також статті 4 d) і 4 e): частково вони описані точно, хоча й широко, тоді як інші частини описані з використанням

[28] ЄСПЛ, рішення у справі Жданока (Ždanoka), в цитованій праці § 114.
[29] ЄСПЛ, Фогт (Vogt) проти Німеччини, рішення у справі, в цитованій праці, п. 48.
[30] *Marek Safjan*, Transitional Justice: The Polish Example, the Case of Lustration, EJLS 1 (2007), p. 18.

неточних термінів. Якщо обсяг широкий, то це як мінімум викликає питання пропорційності. Більше того, точність терміну "що відноситься" в статті 4 е) Закону дозволяє по різному тлумачити якість такого відношення. Конституційний суд повинен вирішити, чи посади, зазначені в Законі, можуть вважати достатнім припущення щодо тісного зв'язку причетної особи із тоталітарним режимом, для її усунення з посади в зв'язку з невідповідністю, зазначених в статті 4 Закону, в демократичному суспільстві. Формулювання статті 4 ç) і статті 4 е) не можна назвати достатньо точним.

51. Точність термінів також повинна досягатися по відношенню до дії закону за колом осіб. Кожен повинен бути здатним зрозуміти, чи цей закон його стосується. Більше того, у кожного повинна бути можливість відрегулювати свою поведінку, щоб не потрапити під дію цього закону.[31] Для цього вимагається, щоб дія закону за колом осіб була точно визначена.

52. Значення статті 3 l) Закону ("*будь-яка інша особа, призначена Президентом Республіки або обрана Народними зборами*") занадто широке.

53. Зрештою, Венеціанська комісія вважає, що дія Закону за колом осіб, передбачена в статті 3, також піднімає важливі питання стосовно потреби обмежити люстраційні заходи "посадами, стосовно яких є серйозні підстави вважати, що суб'єкт становитиме значну загрозу правам людини або демократії" (див. розділ d Керівних принципів).

54. Венеціанська комісія вважає, що є обґрунтовані сумніви щодо того, чи це може застосовуватися до всіх осіб, згаданих у Законі в

- статті 3 dh) ("управляючі, заступники управляючих і директори Банку Албанії"),
- статті 3 j) ("члени Академії наук, ректори, проректори і декани державних університетів, а також директори вищих шкіл і професійно-технічних училищ") і
- статті 3 k) ("генеральний директор, заступники генерального директора, директор і заступник директора Радіо, директор і заступник директора Телебачення і директори відділів Албанського державного радіо-телебачення; директор, заступник директора і директори відділів в АТА [Албанська Телеграфна Агенція], а також члени громадських рад державних засобів масової інформації").

55. Венеціанська комісія також нагадує, що в розділі I Керівних принципів зазначено, що "*люстрація не може застосовуватися до особи, якій не виповнилося 18 років на момент вчинення відповідних діянь*". 18 років – це мінімальний вік для голосування в Албанії, як вказано в статті 45.1 Конституції. Ідея цих положень полягає в тому, що лише дорослі повністю відповідають за свої вчинки. Звільнити когось з посади за вчинки, які він вчинив до повноліття, суперечитиме цьому основному принципу.

56. Розглянувши посади, перераховані в статті 4 Закону, немає підстав вважати, що їх могли займати неповнолітні особи. Але це не стосується статті 4 g) Закону, яка звучить так: "інформатор або свідок з боку обвинувачення в політичних судових процесах". Якщо інформатор або свідок був неповнолітнім, закон повинен гарантувати, що така особа не підлягатиме люстрації на цій підставі. Практично така ж проблема виникає щодо "співробітників органів Держбезпеки" і "добровільних співробітників", зазначених в статті 4 е) Закону.

57. Підсумовуючи, Венеціанська комісія вважає, що сфера застосування закону піднімає важливі питання, пов'язані з відповідністю стандартам верховенства права.

VII. П'ять запитань, які Конституційний суд Албанії поставив перед

[31] ЄСПЛ, рішення у справі Фогт (Vogt) проти Німеччини, в цитованій праці, п. 48.

Венеціанською комісією

A. Чи порушує цей закон повноваження Президента Республіки, членів Конституційного суду, членів Верховного суду, депутатів, членів Ради Міністрів та Генерального Прокурора? Якщо так, то чи є обґрунтованим припинення повноважень? Чи порушуються принцип верховенства права?

58. Конституція займає найвищий щабель в ієрархічній системі правових актів Албанії, як зазначено у статті 4.2: кожен закон повинен відповідати їй.

59. Конституція встановлює певні гарантії для найважливіших державних органів. Ці гарантії, з одного боку, полягають у визначенні конкретних, вичерпних причин припинення їхніх повноважень, а, з другого боку, у спеціальних процедурах припинення повноважень. Венеціанська комісія підкреслює у цьому відношенні, що такі процедури є складовими елементами конституційного статусу державних органів, про які йдеться: це означає, що заміна визначених процедур іншими, менш запобіжними, послаблює статус цих органів.

60. Конституція визначає, що Президент Республіки, який не несе відповідальності за свої дії в рамках виконання своїх повноважень, може бути усунутий з посади лише за серйозні порушення Конституції і за скоєння тяжких злочинів шляхом голосування Народних зборів, за умови підтримання цього рішення не менш, ніж двома третинами кількості усіх його членів на підставі подання, внесеного не менш, ніж однією четвертою кількості депутатів. Рішення перевіряється Конституційним судом, який оголошує про усунення Президента з посади після перевірки наявності його/її вини (стаття 90.2 Конституції).

61. Процедура, передбачена у Законі про люстрацію, однозначно відрізняється і є менш запобіжною, аніж конституційна.

62. Албанський уряд стверджує, що “серйозне порушення Конституції” полягає у неспроможності Президента виконувати свої бов’язки, взяті під офіційною присягою (Стаття 88 пункт 3 Конституції); неспроможності Президента піти у відставку у разі видачі B-сертифікату по відношенню до нього/неї, у якому відзначено, на їхню думку, серйозне порушення Конституції. Відповідно, після процедури люстрації, має дотримуватися процедура, передбачена у Статті 90.2.

63. Венеціанська комісія відзначає, що відповідна конституційна процедура усунення Президента з посади надає гарантії його чи її незалежності лише настільки, наскільки більшість депутатів вважають, що мало місце порушення Конституції, і настільки, наскільки Конституційний суд визначить, що так дійсно було. Ця гарантія буде недійсна, якщо депутати і конституційний суд будуть зв’язані b-сертифікатом. Закон про люстрацію не може позбавляти змісту конституційний захист Президента Республіки.

64. Конституційні положення, що стосуються звільнення суддів Конституційного суду (статті 127-128) та суддів Верховного суду (статті 137 – 140), є значним чином подібними. Їх можуть усунути з посади Народні збори двома третинами кількості голосів усіх членів за порушення Конституції, скоєння злочину, психічну чи фізичну недієздатність, чи дії та поведінку, які серйозно дискредитують чесність суддів та репутацію судової професії. Рішення про усунення з посади повинен в подальшому переглянути Конституційний суд.

65. Генерального прокурора може звільняти лише Президент за поданням Народних зборів з підстав, які пов’язані з діями та поведінкою, які серйозно дискредитують

чесність прокурора та репутацію прокурорської професії; це положення не стосується вимог щодо його призначення: воно стосується періоду його перебування на посаді щодо подій, що сталися протягом його повноважень.

66. Албанський уряд стверджує, на підставі практики Конституційного суду Албанії, що існує конституційна підстава для люстрації по відношенню до суддів Конституційного суду, Верховного суду та Генерального прокурора. Конституційний суд Албанії визначив, що вираз "дії та поведінка, які серйозно дискредитують особу" у Статтях 128, 140 і 149/2 Конституції Албанії включає низку елементів, які може визначити в кожному конкретному випадку відповідний орган, що приймає рішення про звільнення суддів Конституційного суду, Верховного суду та Генерального прокурора. Такі елементи, на думку Суду, пов'язані із неприйнятними та недостойними діями та поведінкою, які ці високопосадовці вчиняють в ході виконання своїх обов'язків, з причин, пов'язаних з ними чи які не пов'язані з ними. Такі дії чи бездіяльність, які аналізуються на підставі вивчення обставин їх вчинення, суб'єктивного моменту, а також збитків, завданих суспільству і державі, повинні бути такого характеру, що робить неможливим продовження виконання конституційних функцій цими особами (Рішення Конституційного суду Республіки Албанії № 75 від 19.04.2002 р.).

67. На думку органів влади Албанського уряду, Закон про люстрацію не додає жодної нової категорії до переліку умов, до ведуть до припинення повноважень державних установ, про які йде мова. Він лише містить конкретне тлумачення і конкретну процедуру щодо підстав для припинення повноважень, що існують у конституції. Закон про люстрацію, відтак, просто реалізує відповідні положення Конституції та конституційних законів, і, як такий, не носить нормативного характеру на рівні конституційного положення, а має лише процесуальний характер, і згідно з ним забезпечується визначення (конституційна підстава) для припинення повноважень.

68. Венеціанська комісія не переконана в правильності такого тлумачення. Вона зважує на конституційний характер процедури звільнення суддів Конституційного суду та Верховного суду. У Конституції чітко зазначено необхідність перегляду Конституційний судом рішення про усунення з посади, прийнятого Народними зборами (див. пункт 64). Закон про люстрацію не може позбавляти такої гарантії. Окрім того, у Конституції визначено, що лише Президент може звільняти Генерального прокурора (див. пункт 65), а це не відповідає Закону про люстрацію. Окрім того, Венеціанська Комісія наголошує на тому, що конституційні підстави для усунення відповідної особи стосуються лише поведінки осіб, про яких ідеться, *під час виконання їхніх повноважень* і не застосовуються до їх попередьої поведінки.

69. Що стосується депутатів Народних зборів, то у статті 71 Конституції, де йдеться про тривалість повноважень, зазначено, що "*Повноваження депутата завершуються чи стають недійсними, залежно від ситуації: a. якщо він не приймає присягу; b. коли він здає повноваження; c. коли підтверджується одна з умов невідповідності чи несумісності, про які йдеться у статтях 69 і 70, пункти 2 і 3; c. коли завершуються повноваження*
Народних зборів; d. у разі його відсутності за засіданнях Народних зборів упродовж більш, ніж шести місяців поспіль без будь-яких причин; dh. в разі набрання законної сили рішення суду щодо нього за скоєння злочину."

70. Стаття 70.2 Конституції передбачає, що "Депутати не можуть одночасно виконувати будь-які інші державні обов'язки, за виключенням обов'язків члена Ради Міністрів. *Інші випадки несумісності визначені у законі* (акцентування додане)." Можна вважати, що останнє речення слід тлумачити в контексті попереднього речення, яке стосується одночасного виконання інших державних обов'язків і обов'язків депутата. Стаття 3.3 Закону "про статус члена Парламенту" визначає, що "інші випадки

несумісності повноважень члена Парламенту, на додаток до тих, які передбачені у Статті 70.2 і 3 Конституції, подібні тим, що передбачені для члена Ради Міністрів у Статті 103 Конституції". Останнє положення містить "будь-яку іншу державну діяльність" і "директора чи члена органів прибуткових підприємств".

71. Навіть якщо припустити, що Стаття 70.2 відкриває шлях до люстраційних заходів, у відповідності до ст. 131 e) "*питання, що стосуються відповідності та несумісності у виконанні обов'язків (Президента Республіки та) депутатів, а також перевірки їхнього обрання, повинен вирішувати Конституційний суд.*" Венеціанська комісія зважує на те, про що вона зазначала у зв'язку із забобіжними процедурами (див. пункт 59 вище).

72. Члени Ради Міністрів, які користають депутатською недоторканістю, можуть бути звільнені Президентом Республіки за поданням Прем'єр-Міністра. Указ Президент повинен бути затверджений Народними зборами (Стаття 98).

73. На думку Венеціанської Комісії, оскільки у Конституції нічого не сказано про вимоги до обрання на цю посаду, то до Міністрів можна застосовувати люстраційні заходи. Однак слід підкреслити, що потрібно дотримуватися процедури, визначеної Конституцією.

74. **Як висновок, Венеціанська Комісія вважає, що стаття 24.5 Закону про люстрацію, яка визначає припинення повноважень Президента Республіки, членів Конституційного суду, членів Верховного суду, Генерального прокурора, депутатів та міністрів у разі "сертифіката про перевірку В", порушує конституційні гарантії їхніх повноважень. Відтак, вона суперечить принципу конституційності та, відтак, верховенства права.**

75**. Аналогічного висновку можна дійти по відношенню до статті 24.4 Закону про люстрацію**, в тому аспекті, що очікується, що особу, яка отримала «сертифікат про перевірку В» буде негайно усунуто від виконання обов'язків. Відставка не є добровільною: якщо людина не йде у відставку, то застосовується стаття 24.5. Хоча відставка є формою припинення повноважень, як визначено у Конституції [наприклад, стаття 71.2 b)], будь-який прямий чи опосередкований примус до відставки суперечить ідеї конституційних гарантій щодо повноважень: Ця гарантія є привілеєм, який захищає осіб, що обіймають посади, заради функціонування демократії. Без внесення поправок до Конституції цей привілей не можна порушувати. Звичайний закон – як от Закон про люстрацію – не є відповідним інструментом внесення поправок до Конституції, за визначенням статті 177 Конституції.

76. Що стосується обґрунтування люстраційних заходів, то Венеціанська комісія розгляне це питання у зв'язку із четвертим запитанням (див. пункти 105-131 нижче).

B. Чи порушує цей закон (затверджений простою більшістю голосів) конституційні та законні гарантії, передбачені відповідними конституційними законами (законами, затвердженими кваліфікованою більшістю голосів – 3/5 від кількості депутатів, у відповідності до Статті 81§2 Конституції) суддям, прокурорам, державним службовцям? Якщо так, то чи можна таке порушення вважати обґрунтованим?

77. Венеціанську комісію також попросили оцінити, чи Закон про люстрацію, який є звичайним законом, порушує конституційні та законні гарантії, надані конституційними законами суддям, прокурорам та працівникам державних органів.

78. У цьому контексті Венеціанська комісія зважує на те, що зв'язок між

конституційними законами (прийнятими кваліфікованою більшістю Народних зборів) та звичайними законами (прийнятими простою більшістю) можна розглядати двома різними способами: як зв'язок між джерелами права, розташованими на різних рівнях ієрархії норм (закони, прийняті кваліфікованою більшістю, переважають над законами, прийнятими простою більшістю); або як зв'язок, що базується на принципі розподілу законодавчих повноважень: звичайні закони перебирають на себе повноваження конституційних законів, якщо вони мають справу із питаннями, що повинні розглядатися в конституційних законах і якщо вони конфліктують зі змістом останніх. Обидва підходи дозволяється застосовувати, але другому підходу, на думку Венеціанської комісії, слід надавати перевагу, адже вона чітко наголошує, що звичайні закони не можуть розглядати питання, що належать до сфери повноважень конституційних законів, в той час як проста ієрархія джерел права не виключає збігу компетенції різних джерел права з одних і тих самих питань.

79. Стаття 81.2 Конституції Албанії визначає перелік законів, які може затвердити лише більшість із "трьох п'ятих від кількості усіх членів Народних зборів". До них відносяться, згідно зі статтею 81.2 a), "закони про організацію та роботу установ, передбачених конституцією" і статтею 81.2 c) "закон про загальні та місцеві вибори". Це також стосується законів, якими вносяться поправки чи зміни до змісту цих законів. Окрім того, кваліфікована більшість застосовується до закону, що має на меті досягнення цілі, котра не згадана у статті 81.2 Конституції, якщо вона також визначає положення, що значною мірою потрапляє у сферу дії вищевказаних законів. З іншого боку, кваліфікованої більшості не потрібно, якщо запропоновані положення стосуються запровадження процедур в межах, визначених раніше у відповідному конституціному законі.

80. У відповідності до Статті 147 Конституції, суддю може усунути з посади Вища рада юстиції за дії та поведінку, які серйозно дискредитують посаду та імідж судді". У відповідності до закону про організацію судової влади у Республіці Албанії[32] та Закону про організацію та функціонування Вищої ради юстиції[33], звільнення від виконання обов'язків судді можливе лише через серйозні дисциплінарні проступки у відповідності до процедури притягнення до дисциплінарної відповідальності перед Вищою радою юстиції, яка детально регулюється цими законами.

81. У відповідності до закону про організацію та функціонування посади прокурора Республіки Албанії[34], прокурорів можна звільнити з посади, в разі призначення покарання за скоєння кримінального злочину, а також у разі визнання недієздатними чи при застосуванні дисциплінарних санкцій у відповідності до дисциплінарної процедури перед Радою прокурорів.

82. На думку Албанського уряду (див. пункти 67 вище), Закон про люстрацію не створює жодної нової категорії у переліку підстав для припинення повноважень конституційних установ, а лише надає спеціальне тлумачення для однієї з цих підстав, передбаченої в Конституції. Відтак, цей закон просто реалізує відповідні положення Конституції та конституційних законів, і, як такий, не носить нормативного характеру на рівні конституційного положення, а має лише процесуальний характер (конституційну підставу) для припинення повноважень. Уряд також додає, як і у випадку люстрації Президента, що слід належним чином дотримуватися процедури, передбаченої Конституцією та конституційними законами, *після* видачі b-сертифікату.

83. Венеціанська комісія вже зазначала, що її не переконали теоретичні міркування

[32] Закон № 9877 від 18 лютого 2008 р.

[33] Закон № 8811 від 17.05.2001 р., з поправками у вигляді Закону № 9448 від 05.12.2005 р., "Про деякі поправки та доповнення до Закону № 8811 від 17.05.2001 р., "Про організацію та функціонування Вищої ради юстиції".

[34] № 8737 від 12 лютого 2001 р., з поправками у вигляді закону № 9102 від 10 липня 2003 р.

Албанського уряду. Окрім того, вона зазначає, що, навіть якщо припустити, що положення конституційних законів, про які йдеться, можна тлумачити у спосіб, який пропонує Албанський уряд, то конкретні процедури, передбачені конституційними законами, є складовими елементами конституційних та законних гарантій для суддів і прокурорів, яких Закон про люстрацію позбавляє будь-якого значення шляхом заміни рішення Вищої ради юстиції і Ради прокурорів b-сертифікатом. Ліквідовуючи процедури, передбачені конституцією та конституційними законами матеріального права, Закон про люстрацію впливає на захист, який вони надають, і зменшує його.

84. Венеціанська комісія наголошує на тому, що вибір, який зроблено у Конституції Албанії щодо уповноваження двох незалежних органів – Вищої ради юстиції та Ради прокуратури – вирішувати питання притягнення до дисциплінарної відповідальності та усунення з посади суддів і прокурорів з метою забезпечення їхньої незмінності, а, відтак, незалежності, не можна зводити до нуля шляхом нав'язування цим двом органам рішення іншого адміністративного органу, яке має зобов'язуючу силу.

85. Як висновок, на думку Венеціанської комісії, Закон про люстрацію, який є звичайним законом, не можна вважати простим тлумаченням та реалізацією відповідних положень Конституції та конституційних законів. Відтак, Закон про люстрацію зазіхає на компетенцію, закріплену Конституцією за конституційними законами, таким чином, він порушує Конституцію.

86. Що стосується державних службовців, то згідно з відповідним конституційним законом[35], їх може бути усунуто з посади, якщо належні, конкретні дисциплінарні заходи було вжито компетентним органом у зв'язку з невиконанням офіційних обов'язків, порушенням трудової дисципліни чи деонтологічних правил, чи у зв'язку з іншими причинами, передбаченими конституційними законом. Венеціанська комісія недостатньо ознайомлена з тим, чи підстави для звільнення державних службовців можна розширити за межі невиконання їхніх завдань, а також недостатньо ознайомлена з правилами адміністративного провадження, відтак, вона не може висловлювати свою думку щодо того, чи конфліктує Закон про люстрацію з конституційним законом про статус державного службовця.

87. Серед конституційних законів, передбачених Конституцією, можна також знайти "закон про загальні та місцеві вибори". Хоча Венеціанська комісія недостатньо ознайомлена з його положеннями, вона відзначає, що положення Закону про люстрацію, що стосуються виборних посад, можливо, конфліктують із цим конституційним законом.

C. У відповідності до процедури створення, функціонування та прийняття рішень Органу з перевірки осіб, чи гарантують положення цього Закону дотримання вимоги верховенства права? Чи існує конфлікт повноважень між деякими конституційними органами та органом з перевірки осіб? Якщо так, то чи є виправданим таке ущемлення і чи відповідає воно вимогам конституційності та верховенства права?

88. Венеціанська комісія вже з'ясувала, що припинення повноважень деяких державних установ і усунення з посад суддів, державних прокурорів і державних службовців у відповідності до Закону про люстрацію суперечить Конституції і відповідного конституційного законодавства, зокрема, у тій частині, що визначає інші і менш забобіжні процедури. Венеціанську комісію також попросили висловити думку щодо того, чи положення Закону про люстрацію щодо Органу з перевірки осіб суперечать принципу верховенства права. Це запитання тісно пов'язане із двома

[35] Закон № 8549 від 1 листопада 1999 р. щодо статусу державного службовця.

попередніми.

89. Дійсно, повноваження Органу з люстрації збігаються і конфліктують із повноваженнями органів, яким надано за конституцією право вирішувати питання, пов'язані зі статусом тих, хто обіймає посади у конституційних органах держави. Більше того, норми Закону про люстрацію збігаються і конфліктують з процедурними правилами, визначеними Конституцією та відповідним конституційним законодавством щодо рішень стосовно статусу цих осіб.

90. Венеціанська комісія, зокрема, відзначає, що цей Закон може загрожувати розподілу та балансу влади, гарантованих статтею 7 Конституції, оскільки Орган, тобто виконавчий орган, має повноваження застосовувати люстрацію до членів і законодавчої влади, і судової влади.

91. Розподіл влади не зазначений в ЄКПЛ, або, як його визначає ЄСПЛ:

"Хоча поняття розподілу влади між політичними урядовими органами та судовою владою стає все важливішим у практиці Суду (див. Стаффорд (Stafford) проти Сполученого Королівства [GC], № 46295/99, § 78, ЄСПЛ 2002-IV), але ані Стаття 6, ані будь-яке інше положення Конвенції не вимагає від Держав дотримання будь-яких теоретичних конституційних концепцій стосовно допустимих меж взаємодії владних повноважень. Питання завжди полягає у тому, чи у кожному конкретному випадку виконуються вимоги Конвенції."[36]

92. Хоча й існує консенсус щодо того, що принцип розподілу влади є обов'язковим у правовій державі, однак його можна реалізовувати різними способами. Верховенство права не вимагає чіткого розподілу влади, а лише "існування окремих законодавчих, виконавчих та судових повноважень, які би взаємно контролювали і збалансовували одні одних".[37] Збіг повноважень має вважатися конституційним, якщо рішення щодо прийняття законів приймає парламент, а на розсуд виконавчого органу залишається відносно обмежене коло питань.[38] Цей розсуд повинен обмежуватися "тим, що стосується організації та виконання, за умови, що він діє у відповідності до Конституції".[39]

93. Створення "незалежної комісії видатних громадян", а не спеціального люстраційного суду, коли її членів "призначає голова держави і затверджує парламент", передбачено у розділі a) Керівних принципів. Однак, з огляду на те, що люстраційні заходи застосовуються відносно суддівської або законодавчої гілок влади, необхідно гарантувати контроль за цими рішеннями з боку незалежного суду.

94. Склад Органу (у відповідності до статті 6.4, він складається із двох представників парламентської більшості і двох представників парламентської меншості, а голова обирається шляхом досягнення консенсусу) більше схожий на склад арбітражного органу, аніж на нейтральний та незалежний напівсудовий орган. Однак, у відповідності до Статті 6.5 Закону про люстрацію, членів Органу затверджують Народні збори. Вони повинні відповідати критеріям, переліченим у статтях 7 a) - 7 dh), аби гарантувати їхню чесність.

95. Далі Венеціанська комісія відзначає, що, з одного боку, розсуд Органу обмежений: він стосується міркувань про докази, надані у конкретній справі, а також тлумачення деяких нечітких термінів (наприклад: колабораціоніст, політичний процес). З іншого

[36] ЄСПЛ, *Кляйн (Kleyn) та інші проти Нідерландів*, рішення від 6 травня 2003 р., пункт 193.
[37] CDL (2000)088, п 2.
[38] Рішення Федерального конституційного суду Німеччини, 21 грудня 1977 р., Офіційний дайджест 47, с. 46 (78).
[39] CDL-AD (2006)032, п. 17.

боку, рішення з основних питань, наприклад, визначення цільових заходів, визначення осіб, що підлягають перевірці, та результати процедури люстрації, приймають Народні збори.

96. Що стосується процедурних гарантій, то Венеціанська комісія відзначає, що проведення процедури перед Органом не вимагає присутності чи заслуховування зацікавлених осіб. Навіть у випадку статті 20.2 Закону, посадовець, не згодний з результатами перевірки, прийнятими Органом, не має можливості пояснити свою позицію у присутності членів люстраційного органу. У цьому відношенні Венеціанська комісія зважує, що можливість для зацікавленої особи з'явитися до цього органу з метою надати свої пояснення, по суті, була б відповідним засобом забезпечення пропорційності стосовно втручання у права цієї особи (зокрема, за відсутності можливості зупинення рішення в зв'язку з оскарженням: див. нижче). Однак, у випадку із Законом про люстрацію, проблемним видається більш фундаментальне питання: люстраційні заходи застосовуються як наслідок формальної прив'язки до політичної чи керівної посади у комуністичній партії чи в державі Албанії у той час: за таких умов можливий вплив на рішення про появу зацікавленої особи перед цим Органом явно зменшується.

97. Дійсно, що право на оскарження рішення в незалежному суду забезпечується статтею 22 Закону про люстрацію. Однак у Законі не зазначено можливі підстави подання скарги. Далі Венеціанська комісія зазначає, що, за винятком осіб, які вже перебувають на посаді, подання скарги не зупиняє дії рішення. Закон містить спеціальне положення про неможливість цього, таким чином, виключається можливість для суду оголосити про зупинення рішення, навіть якщо він вважає це доречним. Як наслідок, рішення Народних зборів може бути дійсним упродовж тривалого періоду часу до того, як суд прийме рішення. На думку Венеціанської комісії, це є проблемним питанням.

98. Як висновок, Венеціанська комісія вважає, що положення Закону про люстрацію щодо компетенції Органу не відповідають принципу верховенства права.

D. Чи обґрунтовані обмеження політичних конституційних прав, права на працю та права доступу до державної служби? Чи пропорційні ці обмеження?

a. Загальні принципи

99. Венеціанська комісія нагадує, що, у відповідності до європейських та міжнародних стандартів, обмеження (не абсолютних) основоположних прав є можливими за умови, що вони переслідують законну ціль і є пропорційними по відношенню до неї.

100. Потреба у законності та пропорційності законній меті передбачена також Статтею 17 Конституції Албанії, якою передбачено:

1. Обмеження прав та свобод, гарантованих Конституцією, можна встановити лише законом, у суспільних інтересах чи заради захисту прав інших. Обмеження повинні бути пропорційні до ситуації, яка їх обумовила.

2. Ці обмеження не можуть порушувати суть прав та свобод і у жодному разі не можуть перевищувати обмежень, визначених Європейською конвенцією з прав людини.

101. Санкції, що накладаються на підставі Закону про люстрацію як наслідок видачі b-сертифікату, можуть призводити до втручання у деякі основоположні права,

гарантовані Конституцією, а також Європейською конвенцією з прав людини та іншими міжнародними угодами. Венеціанську комісію попросили оцінити, чи є такі втручання обґрунтованими, зокрема, чи є вони пропорційними. У цьому відношенні вона зважує, що, як зазначив Європейський суд з прав людини, "кожного разу, як Держава має намір покладатися на принцип *"демократії, спроможної захистити себе", аби обґрунтувати втручання у права окремої людини, вона повинна ретельно оцінити обсяги та наслідки такого заходу, про який ідеться, і гарантувати, що буде досягнуто зазначеного вище балансу*".[40]

102. Венеціанська комісія проведе аналіз стосовно прав, про які порушено питання в зверненні Конституційного суду, при цьому вона підкреслює, що порушення основоположних прав можуть також стосуватися свободи викладання, свободи засобів масової інформації та права на інформаційне самовизначення щодо даних про особу, а також рівності перед законом.

103. Що стосується законності втручання, то Венеціанська комісія посилається на свою позицію, висловлену вище, про те, що Закон про люстрацію суперечить Конституції: цієї підстави достатньо, аби зробити висновок, що такі втручання не є легітимними, оскільки вони не відповідають закону.

104. Що стосується законності мети, то Венеціанська комісія нагадує, що Європейський суд з прав людини висловив свою думку про те, що захист незалежності Держави, її демократичного порядку та національної безпеки – це легітимна мета, сумісна із принципом верховенства права і загальними цілями Конвенції.[41]

105. Що стосується пропорційності, то тут Венеціанська комісія нагадує, що оцінку пропорційності втручання слід здійснювати крізь призму конкретних обставин кожного випадку. Відтак, Комісія виділяє лише загальні елементи, які потрібно враховувати при здійсненні конкретної оцінки пропорційності.

106. По-перше, Венеціанська комісія вже зазначала, що Закон про люстрацію не повинен тлумачитися окремо для кожного конкретного випадка, а має розглядатися з огляду на усі випадки загалом, без розмежування. Санкції накладаються на основі формальних критеріїв, і єдине звільнення від відповідальності, яке можливо згідно із Законом про люстрацію, – це коли особа, про яку йдеться, "діяла всупереч офіційній лінії чи публічно звільнилася з посади ": лише того факту, що особа обіймала одну із перелічених посад, достатньо, аби отримати "сертифікат про перевірку В". Це означає, що "вину" не потрібно доводити у кожному окремому випадку, а вона передбачається. У Розділі h Керівних принципів зазначено, що презумпція вини може застосовуватися лише до посадових осіб організацій, які скоїли серйозні порушення прав людини. І навіть у них є право довести свою невинуватість, довівши, що вони "не брали участі у плануванні, керівництві чи виконанні таких заходів, методів чи дій". Жодна особа нижче посадової особи такої організації не може бути предметом люстраційних заходів, якщо її особиста вина не доведена справедливим судом. Доведенню підлягають як мотивація особи (розділ I Керівних принципів), так і її конкретна участь у порушенні прав людини.

107. З огляду на наведене, втручання у права, наприклад, "кожного працівника органів Державної безпеки" (стаття 4 ç), стаття 4 d)) і "особи, засудженої на підставі остаточного рішення у кримінальній справі (…) за кримінальні злочини наклепу, доносу чи завідомо неправдивих показань у політичних процесах" (стаття 4 dh), а також стаття 4 e), 4 f) та 4 g)), може бути непропорційним, якщо воно базується на презумпції вини.

[40] ЄСПЛ, рішення у справі Жданока (Ždanoka) проти Латвії, op. cit. п. 100

[41] ЄСПЛ, рішення у справі Жданока (Ždanoka) проти Латвії, op. cit. пункт 118.

Те ж саме стосується застосування люстрації до “свідомих колабораціоністів”, зокрема, в разі доведення індивідуальної участі “у серйозних порушеннях прав людини”.

108. Такий недолік Закону про люстрацію не можна виправити шляхом подання скарги до суду (стаття 22 Закону). У Законі про люстрацію немає положень, які би давали суду право визнавати сертифікат про перевірку недійсним у зв’язку з конкретними обставинами конкретної справи. Оскільки це спеціально не передбачено, суд може приймати рішення лише щодо того, чи рішення про видачу сертифікату було прийняте у відповідності до положень Закону про люстрацію: суди не мають права застосовувати додаткові критерії чи стандарти.[42]

109. По-друге, принцип пропорційності вимагає того, щоб брався до уваги час, що минув між осудною поведінкою і оцінкою загрози чи небезпеки для держави такої поведінки.[43] Як зазначено у статті 1, Закон про люстрацію зважає на значний проміжок часу у минулому, охоплюючи “період з 29 листопада 1944 р. до 8 грудня 1990 р”. Венеціанська комісія відзначає, що хоча в Албанії загально визнавалося існування загрози та небезпеки в минулому для створення життєздатної вільної демократії безпосередньо після повалення комуністичного режиму, в теперішній час, за спливом багатьох років та після проведення численних політичних і місцевих виборів, наявність загроз та небезпек видається більш сумнівним, а причини, якими можна обґрунтувати загальну люстрацію, вже не є такими очевидними, особливо якщо люстрація пов’язана лише з формальною участю зацікавлених осіб у заходах комуністичного режиму і не передбачає наявності особистої відповідальності за порушення прав людини та іншої кримінальної поведінки. Теперішня політична ситуація в Албанії, де більшість, яка значним чином підтримує антикомуністичну політичну лінію, залишається при владі завдяки підтримці виборців, може свідчити про те, що присутність колишніх комуністичних діячів у політичному житті, мабуть, більше не складає загрози та небезпеки для демократії. Окреме обґрунтування у цьому відношенні повинні надавати органи влади.

110. По-третє, принцип пропорційності повинен передбачати, аби тривалість недопущення до посади або роботи була обмежена в часі і пропорційна відносно індивідуальних обставин. По-третє, Венеціанська комісія зазначає, що санкції за Законом про люстрацію накладаються на невизначений період. Однак тривалість усунення від державних посад повинна залежати, з одного боку, від прогресу у заснуванні демократичної правової держави, а, з іншого боку, від здатності особи, що підлягає люстрації, змінювати своє ставлення та звички у позитивному напрямку.

111. Дійсно, у Розділі g Керівних принципів рекомендується встановлювати максимальний період недопущення до посади або роботи у п’ять років. Хоча в окремих випадках цей ліміт можна перевищувати у зв’язку з серйозними причинами, наприклад, вкрай неналежною поведінкою особи чи серйозною особистою виною, однак таке продовження строку у кожному окремому випадку має бути обґрунтувано. Навіть у таких випадках, безстрокове недопущення до посади або роботи без можливості її повторного зайняття викликає значні умніви щодо його пропорційності.

b. Право бути обраним

112. Положення статті 23.2 Закону, спрямовані на недопущення суб’єктів, що мають сертифікат В, до виборчих процедур, становить втручання у право бути обраним, гарантоване статтею 45 Конституції та статтею 3 Протоколу № 1 ЄКПЛ, які

[42] ЄСПЛ, Адамсон (Adamson) проти Латвії, op.cit.,пункт 116.
[43] Там само.

передбачають суб'єктивні права голосувати і бути обраним на виборах. Право бути обраним на виборах також гарантоване статтею 25 b) Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (надалі – МПГПП).

113. Таке втручання вбачається значно серйозним, оскільки оскарження в суді результатів роботи комісії не призупиняє дії сертифікату про перевірку у відповідності до статті 23.3 Закону до моменту, поки "судове рішення не буде остаточним". Таким чином, до прийняття судом остаточного рішення у справі особі може бути відмовлено у праві бути обраним на виборах.

114. Право голосувати та право бути обраним на виборах – це основоположні права, але не абсолютні. Втручання можуть бути виправданими на підставі статті 17.1 Конституції за умови їх відповідності закону, застосовуються "у державних інтересах чи спрямовані на захист прав інших" і якщо такі втручання є пропорційними до ситуації, яка їх викликала. Більше того, вони повинні відповідати ЄКПЛ (стаття 17.2 Конституції). Стосовно цього питання ЄСПЛ зазначає:

"У своєму внутрішньому законодавстві Держави-учасниці ставлять право голосувати та право бути обраним в залежність від дотримання певних умов, що, по суті, не заперечується Статтею 3. Вони мають широкі межі визначення у цій сфері, але саме Суд вирішує як остання інстанція, чи дотримано вимоги Протоколу № 1; він повинен упевнитися в тому, що такі умови не обмежують відповідних прав настільки, щоб порушувати їхню сутність і позбавляти їх сили; що вони застосовуються для досягнення законної мети; і що застосованізасоби не є непропорційними."[44]

115. І все ж ЄСПЛ визначає "менш суворий стандарт, аніж ті, що застосовуються у відповідності до статей 8-11" ЄКПЛ:

"Аналізуючи дотримання Статті 3 Протоколу № 1, Суд зосередився головним чином на двох критеріях: чи мали місце довільність чи брак пропорційності, і чи обмеження завадило вільному висловленню думки людей. У цьому відношенні завжди підкреслювалися широкі межі визначення, які мають Держави-учасниці. Окрім того, Суд підкреслив необхідність оцінювати будь-яке виборче законодавство крізь призму політичної еволюції відповідної країни, коли характеристики, неприйнятні для контексту однієї системи, можуть бути виправданими у контексті іншої. (…) Судова перевірка "пасивного" аспекту зазначеного вище положення значною мірою обмежується перевіркою відсутності довільності у внутрішніх процедурах, що ведуть до недопущення особи до участі у виборах як кандидата."[45]

116. Втручання на підставі Статті 23.2 Закону буде узгоджуватися з цим застереженням, якщо воно відповідатиме конституції та закону, і буде пропорційним. Як зазначалося раніше, усунення цих осіб від виборних посад, якщо їм не можна довіряти виконання обов'язків у відповідності до принципів демократичної правової держави, і, таким чином, заснування демократії, очевидно застосовується "у державних інтересах" у розумінні Статті 17 Конституції, і переслідує законну мету у розумінні Європейської конвенції з прав людини.

117. Що стосується пропорційності втручання, то Венеціанська комісія посилається на свої аргументи, наведені вище. Окрім того, слід зазначити, що у Розділі е Керівних принципів передбачено заборону здійснювати заходи з люстрації по відношенню до виборних посад, "якщо цього не вимагає кандидат на виборах". Право виборців

[44] Там само.
[45] ЄСПЛ, рішення у справі Жданока (Ždanoka) проти Латвії, op. cit. пункт 115.

обирати, кого вони захочуть, – це основа демократії. Будь-який виняток із цього визначного принципу повинен бути спеціально мотивований у кожному конкретному випадку на підставі конкретних обставин.

118. Підсумовуючи, Венеціанська комісія вважає, що існує декілька елементів, які вказують на те, що Закон про люстрацію може ущемляти у непропорційний спосіб у право бути обраним для осіб, котрі хочуть обійняти виборні посади.

c. Право на працю

119. Право на працю гарантується статтею 49 Конституції, а також статтею 6.1 Міжнародного пакту про громадянські та культурні права і декількома конституціями держав-членів[46]. Обмеження права працювати повинен встановлювати закон і вони повинні бути пропорційними.

120. Право на працю визначене ЄСПЛ як *"вибір професії, місця роботи і системи професійної кваліфікації, з метою забезпечення засобів існування у законний спосіб. Вибір професії, за конституційним положенням, – це право особи у тому розумінні, що вона обирає вид діяльності, аби забезпечити собі засоби існування. (…) Право на працю та свободу професії передбачає кожен законний вид діяльності, який приносить дохід і який не має визначеного часового періоду, окрім випадків, коли є спеціальні законні положення. У цьому розумінні, дії державних органів, які мають безпосередні наслідки, що заважають професійній діяльності, – це порушення цієї свободи дій. Гарантія, яку Конституція надає особі у зв'язку із правом на працю і свободу професії, має на меті захистити їх від необґрунтованих обмежень з боку держави."*[47]

121. Заборона для осіб із сертифікатом В виконувати функції, зазначені у статті 3 Закону про люстрацію, як визначено статтями 24.4 і 24.5 закону, впливає на це право, оскільки недопущення до роботи чи посади є результатом "сертифікату про перевірку В". Більше того, усунення від процедур призначення та обрання, як зазначено у статті 23.2 Закону про люстрацію, – це порушення цього права. Хоча більшість функцій, зазначених у статті 3, – це функції державних службовців, інші стосуються посад в університеті, вищій школі та середніх професійно-технічних закладах чи у засобах масової інформації (статті 3 j, k): наразі не зрозуміло, чи слід вважати ці посади частиною державної служби. Оскільки такі функції не складають частину державної служби, в даному випадку Закон про люстрацію може вплинути на право на працю. Наступні міркування щодо права на працю стосуються саме таких посад.

122. Що стосується юрисдикції Суду, то існує спеціальна доктрина щодо порушень права на працю, яка, по суті, визначає пропорційність і розглядалася Федеральним конституційним судом Німеччини[48]:

"У відповідності до цієї доктрини, зайняття професійною діяльністю може обмежуватися прийнятними нормативними актами, які запроваджуються з міркувань загального блага. Ситуація змінюється, коли держава починає контролювати об'єктивні умови прийому на роботу. У таких випадках обмеження дозволяються лише у дуже вузькому значенні та за чітко визначених умов. Загалом, законодавець може передбачити такі умови лише в разі необхідності вказати на ризики для фундаментальних суспільних інтересів, щодо яких існує висока

[46] *Наприклад, стаття* 12 Основного закону Німеччини; стаття 19.16 Конституції Республіки Чилі; Розділ 1 *глава* 18 Конституції Фінляндії; стаття 30 Конституції Грузії.
[47] Рішення від 11 липня 2006, пункт 1.
[48] Рішення від 11 червня 1958 р., Офіційний дайджест 7, п. 377 (400 *et seq.*).

ймовірність виникнення."[49]

123. Необхідність "сертифіката про перевірку А" не є положенням про порядок зайняття професійною діяльністю, а натомість є об'єктивною умовою прийняття на конкретне місце роботи. Отже, вимагаються переконливі підстави державних інтересів. Мета люстрації полягає у тому, аби забезпечити віддане служіння суспільству у демократичній державі, таким чином, сприяння у запровадженні такого нового порядку – це нагальна підстава загальних інтересів.[50]

124. Пропорційність такого обмеження також залежить від характеру зв'язку чи співробітництва, і від функції, яку виконує конкретний суб'єкт. Чим більш серйозними були дії по співробітництву і чим більш важливою була функція, то імовірніше, що обмеження буде розглядатися як пропорційне.

125. Зважаючи на ці особливі вимоги, аналіз пропорційності, зазначений вище, може застосовуватися тут *mutatis mutandis*. Зокрема, це стосується необхідності доведення вини і забезпеченні балансу у кожному окремому випадку.

d. Право доступу до державної служби

126. Більшість посад, зазначених у статті 3 Закону про люстрацію, пов'язані із державною службою в широкому розумінні. Що стосується державної служби, то чимало конституцій стосуватимуться не загального права на працю, а права доступу до державної служби на рівних умовах. Таке право не можна прямо знайти у Конституції, хоча у статті 107.2 Конституції передбачає, що: *" Державні службовці обираються за конкурсом, окрім випадків, де законом визначено інше."*

127. Це положення слід розуміти як посилання на конкурсний відбір, що є справедливим, і за якого на посаду призначаються найкращі. Така норма дорівнює гарантії доступу до державної служби на рівних умовах.

128. ЄКПЛ не гарантує права доступу до державної служби, але таке право визнається міжнародним законодавством. ЄСПЛ зазначає:

> *"Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. і Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., відповідно, забезпечують, що "кожна людина має право рівного доступу до державної служби в своїй країні" (Стаття 21 пункт 2) і що "кожний громадянин повинен мати… право і можливість… допускатися в своїй країні на загальних умовах рівності до державної служби" (Стаття 25). На відміну від них, ані Європейська Конвенція, ані жоден із її Протоколів не передбачають будь-якого такого права. Окрім того, як правильно зазначив Уряд, Країни-підписанти навмисно не включили такого права: історія складання Протоколів № 4 і 7 (P4, P7) недвозначно вказує на це. Зокрема, перші версії Протоколу № 7 (P7) містили положення, подібне Статті 21 пункт 2 Загальної декларації і Статті 25 Міжнародного пакту; але надалі це положення було вилучено."*[51]

129. У відповідності до статті 23.2 Закону про люстрацію доступ до державної служби залежить від "сертифікату про перевірку А" в тих випадках, коли відповідна функція зафіксована у статті 3 Закону. Відповідно до цієї умови, особа, що підпадає під дію цієї норми, усувається з конкурсного відбору, і таким чином, порушується право доступу до

[49] Рішення від 11 липня 2006 р., пункт 3.
[50] ЄСПЛ, рішення у справі Фогт проти Німеччини, op. cit., п. 51; Федеральний конституційний суд Німеччини, рішення від 21 лютого 1995 р., Офіційний дайджест 92, п. 140 (151).
[51] ЄСПЛ, Ґлязенапп (Glasenapp) проти Німеччини, рішення від 28 серпня 1986 р., п. 48.

державної служби. Особи із сертифікатом В виключаються *a priori*.

130. З іншого боку, Стаття 25 МПГПП лише передбачає заборону "необґрунтованих обмежень". Хоча це залишає широкий простір для тлумачення, однак вимога обґрунтованості не задовольняється Законом про люстрацію через широке коло осіб, яких позбавляють права обіймати державну посаду без посилання на обставини індивідуальної справи чи доведення вини особи на підставі статті 4.

131. Більше того, стаття 107.2 Конституції дозволяє обмеження конкуренції, якщо вони визначені законом. У правовій державі ці юридичні положення повинні бути пропорційними. Аналіз обґрунтованості, наведений вище, може застосовуватися тут *ceteris paribus*.

E. Виникає проблема, яка полягає у тому, що деякі члени Конституційного суду, через те, що вони є потенційними суб'єктами цього Закону, не можуть брати участі в обговоренні конституційності цього Закону, аби уникнути конфлікту інтересів. Чи буде це мати місце у випадку абстрактного контролю за законом (затвердженого простою більшістю)? Якщо самовідвід чи відвід деяких суддів може привести до неможливості прийняття рішення і, таким чином, до інституційної блокади, то чи можна таку ситуацію вважати виправдано?

132. Неупередженість суддів (*nemo iudex in causa sua*) – це один із найважливіших принципів правової держави.[52] Конфлікти інтересів слід виключати. Питання упередженості можуть виникати і у зв'язку з конкретними випадками, і у зв'язку з абстрактним контролем за законом. Якщо є докази серйозної упередженості судді, він повинен заявити відвід у відповідній справі, як зазначено у статті 36 Закону № 8577, Про організацію та функціонування Конституційного суду Республіки Албанії (надалі – CCL). Якщо він/вона не заявляють самовідводу, то на прохання сторін, що беруть участь у справі, йому/їй буде заявлено відвід Судом, як зазначено у статті 37 CCL.

133. Стаття 5 Закону про люстрацію містить спеціальне положення, що стосується суддів: "*В разі несумісності функцій, як передбачено в статті 4 цього закону … особа не може … брати участь в діяльності судових органів, які проводять аналіз цього закону чи розглядають справи, пов'язані з його реалізацією*." На підставі цього положення суддю має бути усунуто без застосування процедури його/її самовідводу чи відводу. Суддя, якого згідно закону вже усунуто від розгляду справи, не може приймати рішення щодо свого самовідводу, і Суд не має можливості приймати рішення про його/її відвід.

134. Як зазначалося вище, Стаття 5 Закону про люстрацію піднімає серйозні питання конституційності. Оскільки Закон про люстрацію було прийнято простою більшістю, ним не можуть вноситися зміни чи поправки до CCL, який є конституційним законом. Оскільки стаття 5 Закону суперечить статтям 36/37 CCL, то вона є неконституційною і, таким чином, не може застосовуватися. Таким чином, питання щодо упередженості суддів слід вирішувати виключно на підставі статей 36/37 CCL.

135. Під час політичних дискусій в Албанії лунають заяви про те, що деякі судді Конституційного суду підпадають під дію статті 4 Закону про люстрацію. Виявляється, що окремі судді з числа дев'яти в минулому працювали прокурорами, проте невідомо, чи брали вони участь у "політичних процесах" (див. статтю 4 Закону про люстрацію).

136. Законність рішення Конституційного суду стосовно Закону про люстрацію може викликати сумніви в частині неупередженості одного чи більше суддів.

[52] ЄСПЛ, Кипріану (Kyprianou) проти Кіпру, рішення від 15 грудня 2005 р., п. 11.

137. Під “доказами”, про які йдеться в статті 36.1 b CCL, не маться на увазі докази того, що суддя безперечно підпадає під одну із категорій статті 4 Закону; достатнім буде, аби деякі ознаки викликали питання щодо неупередженості. Такі норми, як стаття 36/37 CCL, направлені не на захист окремого судді від упередженості, а на забезпечення легітимності Конституційного суду як неупередженого органу. Таким чином, вирогідна підозра відносно неупередженості буде достатньою підставою для самовідводу чи відводу.

138. Незважаючи на публічні дискусії стосовно неупередженості, Суд прийняв рішення щодо призупинення Закону про люстрацію після того, як на слуханні 14 квітня 2009 р. він вирішив, що всупереч заявам Народних зборів, конфлікт інтересів у суддів Конституційного суду при аналізі конституційності Закону про люстрацію був відсутній. Оскільки Суду не заборонено знову піднімати це питання і оскільки жодній зацікавленій стороні не заборонено заявляти про відвід у ході слухання в майбутньому, то це питання ще остаточно не вирішено.

139. Проблеми виникнуть в разі, якщо члени Суду, які потенційно є суб’єктами Закону про люстрацію, добровільно заявлятимуть про самовідвід, або якщо Суд заявлятиме їм відвід на прохання сторін, що беруть участь у справі. У Статті 133.2 Конституції визначено, що для прийняття рішення Суду вимагається більшість його членів. У відповідності до статті 32 CCL, на пленарному засіданні Суду мають бути присутніми принаймні дві третини з числа його дев’яти членів.

140. Якщо усунення суддів призведе до відсутності у Суду необхідного кворуму, Суд виявиться заблокованим від прийняття рішення щодо конституційності Закону про люстрацію. Вирішення цієї проблеми має базуватися на урахуванні важливості питання упередженості суддів та необхідності контролю за діями парламенту з боку Конституційного суду.

141. Зважаючи на включення Суду до переліку “суб’єктів, що підлягають перевірці” згідно статті 3 d) Закону, а також необхідності уникнення інституційної блокади, законодавець повинен був надати можливість Суду приймати рішення щодо Закону про люстрацію конституційним та законним шляхом. На жаль, Народні збори не запровадили жодного рішення, аби уникнути такого можливого блокування, оскільки завчасно чи принаймні одночасно не внесли поправки до CCL (на зразок положення, яке би давало право замінювати членів, наприклад, суддями Верховного суду). Народні збори були зобов’язані запровадити таке рішення, особливо з огляду на статтю 5 Закону про люстрацію: Народні збори ризикували заблокувати прийняття Конституційним судом рішення щодо конституційності закону. Таке блокування “наділяє імунітетом” Закон про люстрацію від розгляду питання щодо його конституційності. Це суперечить статті 124.2 Конституції.

142. Якщо Народні збори не запроваджують рішення шляхом внесення змін до CCL чи до Конституції, то сам Суд повинен знайти рішення шляхом тлумачення відповідних норм. Такі повноваження Суду визначаються необхідністю забезпечити, щоб жоден закон не був звільнений від перевірки його конституційності, включаючи закони, які стосуються посади судді. При опрацюванні рішення необхідно зважити на мотиви усунення упереджених суддів. Основним мотивом цього є такий: якщо має місце відносна свобода дій у вирішенні справи, суддя не повинен відчувати спокусу використати її на свою користь. При вирішенні питання стосовно конституційності Закону, відносно деяких частин припускаються різні думки щодо конституційності, в той час як інші є очевидними настільки, що не потребують оціночного судження.

143. Що стосується рішення про припинення повноважень конституційних органів, в

даному випадку відсутня будь-яка свобода дій. Судді Конституційного суду є членами одного з органів, захищених Конституцією. Таким чином, Закон про люстрацію безперечно суперечить Конституції (див. вище, пункти 68, 74 і 74). Вирішення питання щодо неконституційності відповідного положення Закону про люстрацію не віддається на власний розсуд чи на особисте оціночне судження. Отже, потенційна упередженість судді не може вплинути на рішення. Як наслідок, відсутні підстави значної упередженості. Від судді не вимагається заявляти самовідвід від розгляду справи; Суд не має права заявляти йому відвід, якщо він сам, на власний розсуд, не заявить про самовідвід. У такому випадку переважним над будь-якими іншими пов'язаними інтересами є намір завадити ситуації блокування Суду від вирішення питання щодо закону (див. *mutatis mutandis* Венеціанська комісія, Висновок щодо двох законопроектів, що вносять зміни до Закону № 47/1992 про організацію та функціонування Конституційного суду Румунії, CDL-AD(2006)006, § 7).

144. Що стосується інших положень, тут відсутній навіть конфлікт інтересів, оскільки суддя не є потенційним суб'єктом цієї частини Закону про люстрацію.

145. Як висновок, на думку Венеціанської комісії, законодавець не виконав своє зобов'язання щодо забезпечення, з допомогою конституційного положення, здатності Суду перевіряти конституційність Закону про люстрацію навіть у випадках, коли люстрація веде до конфлікту інтересів деяких суддів. Народні збори не можуть не зважати на Конституційний суд створюючи потенційні конфлікти інтересів, що можуть вплинути на суддів Конституційного суду. Система конституційних гарантій Суду та гарантій особистої позиції суддів, передбачена Конституцією (ст. 126-128) та CCL (ст. 9-10, 16, 25, 34-35, 36-37), запроваджена з метою недопущення "блокування" Суду і надання конституційним органам Держави повноважень втручатися у разі виникнення ускладнень. Що стосується обґрунтування доцільності нормативних актів, що регулюють усунення упереджених суддів від розгляду справ, прийнятним є єдине рішення: жодному члену Суду не заборонено вирішувати питання конституційності Закону про люстрацію, з огляду на те, що він/вона можуть бути його потенційним суб'єктом, адже ця частина Закону про люстрацію є очевидно неконституційною. Судді не потрібно робити оціночних суджень чи застосовувати власний розсуд, аби дійти такого висновку. Таким чином, відсутній ризик значної упередженості.

VIII. Висновки

146. Захист незалежності держави, демократичного порядку та національної безпеки переслідують законну мету, що відповідає принципу верховенства права та загальним цілям Європейської конвенції з прав людини.

147. Демократична держава має право вимагати від державних службовців відданості конституційним принципам, на яких вона базується.

148. Венеціанська комісія усвідомлює те, що потреба у люстрації – це одне із найважливіших питань в Албанії, як і у багатьох пост-комуністичних країнах. Незважаючи на двадцятирічний період, що минув з початку перехідного періоду до демократії, це питання все ще залишається дуже актуальним у багатьох нових демократичних країнах, де процес люстрації вважався одним із засобів відновлення історичної справедливості, спрямованих на подолання недемократичного минулого і внесення прозорості у суспільне життя.

149. Однак Венеціанська комісія нагадує, що процедури люстрації, незважаючи на їхній політичний характер, слід розробляти і проводити лише законними способами, у відповідності до Конституції і з урахуванням європейських стандартів у сфері верховенства права та поваги до прав людини. Якщо цього досягнуто, процедури

люстрації можуть узгоджуватися з демократичною правовою державою.

150. Закон Албанії "Про чистоту високопосадовців державних органів та виборних осіб" приймався не у конституційному вакуумі, а в контексті, де існуюча Конституція становить ґрунтовну основу демократичної правової держави та визначає значні гарантії захисту прав людини. Закон про люстрацію слід аналізувати у цьому контексті.

151. Венеціанська комісія, розмірковуючи над п'ятьма запитаннями, які їй поставив Конституційний суд Албанії, особливо зважила на дві характеристики Закону про люстрацію: по-перше, це той факт, що його було прийнято приблизно за двадцять років після закінчення дії комуністичного режиму у зв'язку з тим, що попередні спроби провести люстрацію припинялися або Конституційним судом, або – після короткого періоду застосування закону – новим урядом.

152. Друга характеристика Закону про люстрацію, на яку зважала Венеціанська комісія, – це те, що мета та дія Закону про люстрацію за колом осіб є дуже широкими і неточно окресленими, тому існує мало можливостей розглядати кожен випадок окремо або й взагалі не існує таких можливостей. Тут виникає питання як стосовно принципу законності, так і стосовно спеціальних конституційних процедур, які забезпечують статус найважливіших органів Держави.

153. Венеціанська комісія також вважає доцільним вирішувати загально прийнятим способом та завчасно питання конституційних та юридичних гарантій повноважень найважливіших державних органів, а також суддів та прокурорів. Ці гарантії полягають, з одного боку, у конкретних, вичерпних підставах припинення їхніх повноважень, а, з іншого боку, у спеціальних процедурах такого припинення. Такі процедури є складовими елементами конституційного статусу відповідних державних органів: це означає, що при заміні визначених процедур іншими, менш запобіжними, послаблюється статус органів. Аналогічно, скасування процедур, передбачених у конституції та конституційних законах матеріального права, шляхом заміни рішень відповідних органів рішенням, прийнятим відповідно до Закону про люстрацію, впливає на конституційний та юридичний захист, який вони надають, і зменшує його.

154. Перше запитання, яке поставив Конституційний суд, було таким:

> 1) Чи порушує цей закон повноваження Президента Республіки, членів Конституційного суду, членів Верховного суду, депутатів, членів Ради Міністрів та Генерального Прокурора? Якщо так, то чи є обґрунтованим припинення повноважень? Чи порушуються принцип верховенства права?

155. Венеціанська комісія вважає, що положення Закону про люстрацію щодо припинення повноважень Президента Республіки, членів Конституційного суду, членів Верховного суду, Генерального прокурора, депутатів та міністрів у випадку "сертифіката про перевірку В", порушують конституційні гарантії їхніх повноважень і, таким чином, суперечать принципу верховенства права.

156. Друге запитання, яке поставив Конституційний суд, було таким:

> 2) Чи порушує цей закон (затверджений простою більшістю голосів) конституційні та законні гарантії, передбачені відповідними конституційними законами (законами, затвердженими кваліфікованою більшістю голосів – 3/5 від кількості депутатів, у відповідності до Статті 81§2 Конституції) суддям, прокурорам, державним службовцям? Якщо так, то чи можна таке порушення вважати обґрунтованим?

157. Відповідаючи на це запитання, Венеціанська комісія вважає, що Закон про люстрацію, який є звичайним законом, не можна вважати простим тлумаченням та реалізацією відповідних положень Конституції та конституційних законів. Звідси випливає, що Закон про люстрацію зазіхає на компетенцію, яку Конституція закріплює за конституційними законами, таким чином, порушуючи Конституцію.

158. Третє запитання, яке поставив Конституційний суд, було таким:

> 3) У відповідності до процедури створення, функціонування та прийняття рішень Органу з перевірки осіб, чи гарантують положення цього Закону дотримання вимоги верховенства права? Чи існує конфлікт повноважень між деякими конституційними органами та органом з перевірки осіб? Якщо так, то чи є виправданим таке ущемлення і чи відповідає воно вимогам конституційності та верховенства права?

159. Відповідаючи на це запитання, яке чітко пов'язане із першими двома запитаннями, Венеціанська комісія вважає, що положення Закону про люстрацію щодо компетенції Органу розходяться із Конституцією і принципом верховенства права.

160. Четверте запитання, яке поставив Конституційний суд, було таким:

> 4) Чи обґрунтовані обмеження політичних конституційних прав, права на працю та права доступу до державної служби? Чи пропорційні ці обмеження?

161. Відповідаючи на це запитання, Венеціанська комісія вважає, що існує декілька елементів, які вказують на те, що Закон про люстрацію може втрутитися непропорційним чином у право бути обраним на виборах осіб, які намагаються отримати виборні посади, у право на працю і у право доступу до державної служби.

162. П'яте запитання, яке поставив Конституційний суд, таке:

> 5) Виникає проблема, яка полягає у тому, що деякі члени Конституційного суду, через те, що вони є потенційними суб'єктами цього Закону, не можуть брати участі в обговоренні конституційності цього Закону, аби уникнути конфлікту інтересів. Чи буде це мати місце навіть у випадку абстрактного контролю за законом (затвердженого простою більшістю)? Якщо самовідвід чи відвід деяких суддів може привести до неможливості прийняття рішення і, таким чином, до інституційної блокади, то чи можна таку ситуацію вважати виправданою?

163. На думку Венеціанської комісії, законодавець не спромігся виконати своє зобов'язання із надання, з допомогою конституційних положень, можливості суду перевірити конституційність закону навіть у випадках люстрації, що ведуть до конфлікту інтересів деяких суддів. Однак слід забезпечити, аби Конституційний суд як гарант Конституції міг функціонувати як демократична установа: можливість усунення суддів не повинна вести до неспроможності Суду приймати рішення. Оскільки в даному випадку питання стосовно того, чи припинення повноважень суддів Конституційного суду на підставі Закону про люстрацію є достатньо очевидним, існує невеликий ризик прийняття упередженого рішення: звідси випливає, що суддям Конституційного суду Албанії не забороняється приймати рішення у цьому питанні.