



Страсбург, Варшава, 21 грудня 2015 року

CDL-AD(2015)041
Or.Eng

Висновок Венеціанської комісії №823/2015
Висновок БДІПЛ № FOE-UKR/280/2015

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

БЮРО ДЕМОКРАТИЧНИХ ІНСТИТУТІВ ТА ПРАВ ЛЮДИНИ ОБСЄ
(ОБСЄ/БДІПЛ)

СПІЛЬНИЙ ПРОМІЖНИЙ ВИСНОВОК

ЩОДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ

**ПРО ЗАСУДЖЕННЯ КОМУНІСТИЧНОГО ТА НАЦІОНАЛ-
СОЦІАЛІСТИЧНОГО (НАЦИСТСЬКОГО) ТОТАЛІТАРНИХ
РЕЖИМІВ В УКРАЇНІ ТА ЗАБОРОНУ ПРОПАГАНДИ ЇХНЬОЇ
СИМВОЛІКИ**

**Ухвалено Венеціанською комісією
на 105-му пленарному засіданні
Венеція (18-19 грудня 2015 року)**

Підготовлено на основі коментарів

**п. Серджіо БАРТОЛЕ (заступник члена Комісії, Італія)
п. Вероніки БІЛКОВОЇ (член Комісії, Чеська Республіка)
п. Регіни КІНЕР (член Комісії, Швейцарія)
п. Ханни СУХОЦЬКОЇ (член Комісії, Польща)
п. Бойко БОЄВА (експерт, ОБСЄ/БДІПЛ)**

Зміст

I.	Вступ.....	3
II.	Обсяг аналізу.....	3
III.	Резюме.....	4
IV.	Історія питання.....	5
V.	Попередні зауваження	6
VI.	Національна законодавча база	6
	A. Конституція України.....	6
	B. Закон України № 317-VIII.....	8
	1. Преамбула.....	8
	2. Перша частина Закону № 317-VIII (Статті 1-6)	9
	3. Друга частина закону № 317-VIII (Стаття 7 – прикінцеві та перехідні положення)	11
VII.	Міжнародна правова база.....	12
	A. Міжнародні стандарти	12
	1. Обсяг захисту прав	13
	2. Обмеження	14
	B. Інші міжнародні рекомендації.....	17
	C. Національне законодавство: приклади	18
VIII.	Аналіз	20
	A. Законодавча процедура	20
	B. Загальні цілі Закону № 317-VIII.....	20
	C. Зауваження матеріально-правового характеру	20
	1. Свобода вираження поглядів	20
	2. Свобода об'єднань.....	26
	3. Вибірчі права.....	29
IX.	Висновки	30

I. Вступ

1. 24 вересня 2015 року пан Штефан Шеннах, Голова Комітету Парламентської Асамблеї з дотримання зобов'язань державами-членами Ради Європи, звернувся до Венеціанської комісії з проханням надати правовий висновок щодо Закону № 317-VIII «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» (CDL-REF(2015)045; далі – «Закону № 317-VIII» або «Закону»)¹. Бюро з демократичних інститутів і прав людини Організації з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ/БДІПЛ) приєдналося до Венеціанської комісії у підготовці цього висновку.

2. Доповідачами по цьому висновку для Венеціанської комісії виступили пан Серджіо Бартоле, пані Вероніка Білкова, пані Регіна Кінер та пані Ханна Сухоцька (члени Венеціанської комісії). Від ОБСЄ/БДІПЛ у підготовці висновку брав участь експерт, пан Бойко Боєв.

3. 16 листопада 2015 року до Києва, Україна, прибула делегація у складі доповідача та двох членів Секретаріату Венеціанської комісії, а також представника й експерта ОБСЄ/БДІПЛ. Вони зустрілися з народними депутатами, фахівцями Міністерства юстиції, представниками Офісу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та громадських організацій для обговорення Закону № 317-VIII. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ вдячні українським співрозмовникам за готовність долучитися до обговорення.

4. *Цей висновок ухвалено Венеціанською комісією на її 105-му пленарному засіданні (Венеція, 18-19 грудня 2015 року).*

II. Обсяг аналізу

5. Підготовлений спільний висновок стосується виключно Закону № 317-VIII, наданого для аналізу Парламентською Асамблеєю Ради Європи. Відтак, маючи обмежений об'єкт аналізу, Висновок не є повним і всебічним оглядом усіх законодавчих актів, зміни до яких вносяться Законом № 317-VIII. Автори цього спільного висновку також не аналізували три інші закони², які разом із Законом № 317-VIII утворили так званий «декомунізаційний пакет». Термін «декомунізація» часто застосовується на позначення процесу подолання комуністичного спадку в пост-комуністичних державах.

6. У спільному висновку піднято ключові невирішені та проблемні питання. З міркувань лаконічності, основну увагу у спільному висновку приділено положенням, що потребують перегляду чи удосконалення, радше ніж позитивним аспектам Закону № 317-VIII. Надані рекомендації ґрунтуються на міжнародних стандартах у галузі прав людини та верховенства права, на відповідних зобов'язаннях країн-учасниць ОБСЄ, стандартах Ради Європи й Організації Об'єднаних Націй, а також на прикладах кращого досвіду та практики інших держав-членів Ради Європи та країн-учасниць ОБСЄ. Там, де це видається доречним, у спільному висновку зроблено посилання на

¹ Закон України № 317-VIII «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 26, ст.219.

² Закон № 314-VIII «Про правовий статус та вшанування пам'яті борців за незалежність України у XX столітті»; Закон № 315-VIII «Про увічнення перемоги над нацизмом у Другій світовій війні 1939-1945 років»; та Закон № 316-VIII «Про доступ до архівів репресивних органів комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років».

дотичні рекомендації, надані у попередніх висновках і звітах Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ.

7. Спільний висновок підготовлено на основі неофіційного перекладу Закону № 317-VIII. Відтак, можливі неточності, пов'язані з перекладом.

8. З огляду на вищевикладене, цей спільний висновок жодним чином не обмежує змісту та не применшує значення будь-яких письмових або усних рекомендацій чи коментарів стосовно відповідних нормативно-правових актів або спорідненого законодавства, що їх Венеціанська комісія та/чи ОБСЄ/БДІПЛ можуть зробити в майбутньому.

III. Резюме

9. Перш за все, слід зазначити, що Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ визнають право України забороняти чи навіть криміналізувати використання певної символіки та пропаганди тоталітарних режимів. Подібне законодавство існує в низці країн регіону ОБСЄ та членів Ради Європи. Водночас, запроваджене Законом регулювання зачіпає права людини, зокрема права на свободу вираження поглядів, на свободу об'єднань і зібрань та виборчі права, тому воно має відповідати вимогам, установленим Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод (далі – «Європейська конвенція») та іншими регіональними та міжнародними правовими документами у галузі прав людини. Закон № 317-VIII можна вважати таким, що переслідує законну мету, проте його положення недостатньо конкретні та чіткі для того, щоб особа могла, з достатньою впевненістю, завчасно передбачити законність або незаконність своїх дій, та для того, щоб запобігти свавільному втручання органів державної влади. Відтак, він не витримує трискладового тесту щодо виправданості втручання держави у здійснення права (свободи), згідно з яким це втручання повинне ґрунтуватися на законі, переслідувати обумовлену законом мету і бути необхідним у демократичному суспільстві. Закон має занадто широку сферу дії та запроваджує санкції, що є непропорційними законній меті, яку він переслідує. Будь-яке об'єднання, яке не дотримується вимог Закону № 317-VIII, може бути заборонене, що є проблематичним з огляду на право кожної особи на свободу об'єднань. Проблема постає особливо гостро, коли йдеться про політичні партії, які відіграють ключову роль у забезпеченні плюралізму та належного функціонування демократії. Заборона політичним партіям брати участь у виборчому процесі чи їх розпуск мають розглядатись лише як крайній захід, до якого вдаються у виключних випадках. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ закликають українську владу застосовувати «багаторакурсний» підхід до історії України, що сприяє спільному баченню її минулого задля зміцнення соціальної згуртованості, миру та демократії.³

10. Ураховуючи викладене вище, Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ надають такі рекомендації, спрямовані на удосконалення Закону № 317-VIII:

- a) *Символіка*: для забезпечення ясності та конкретності, Закон має містити менш розлогий і виключний перелік забороненої символіки;
- b) *Пропаганда*: це поняття має бути чітко визначеним, особливо коли воно застосовується у цілях криміналізації певних дій;

³ Багаторакурсний підхід в історії визначають як процес оцінювання «історичних подій під різними кутами зору». Див.: Енн Лоу-Бір, Рада Європи та викладання історії у школах, Страсбург, Рада Європи (1997), С. 54-55.

- с) *Заперечення злочинів*: відповідні положення мають бути пов'язані з конкретними злочинами, а не просто вказувати на «злочинну природу» режиму в цілому, що є надто розпливчастим;
- д) *Санкції*: лише ті дії, що становлять дійсну загрозу суспільству, повинні тягти за собою кримінальну відповідальність, яка має бути пропорційною тяжкості вчиненого злочину. Просте демонстрування символіки чи використання назви не повинне каратись позбавленням волі; та
- е) *Заборона об'єднань (зокрема політичних партій)*: у Законі слід чітко зазначити, що заборона будь-якого об'єднання є крайнім заходом, до якого можна вдаватись лише у виключних випадках, пропорційно до тяжкості злочину. Це стосується, в першу чергу, політичних партій у світлі їхньої важливої функції в демократичному суспільстві.

IV. Історія питання

11. Ухвалення Закону України № 317-VIII є частиною процесу «декомунізації», який триває в Україні. У ході цього процесу було підготовлено низку законопроектів щодо «декомунізації», жодний з яких не було ухвалено. Між тим, у квітні 2015 Парламент ухвалив Закон № 317-VIII у пакеті з трьома іншими законами, а саме:

- а) Законом № 314-VIII «Про правовий статус та вшанування пам'яті борців за незалежність України у ХХ столітті»;
- б) Законом № 315-VIII «Про увічнення перемоги над нацизмом у Другій світовій війні 1939-1945 років»; та
- с) Законом № 316-VIII «Про доступ до архівів репресивних органів комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років».

12. Усі чотири закони було винесено на розгляд Парламенту 9 квітня 2015 року й ухвалено того ж дня за прискороною процедурою (з певними змінами), але без громадського обговорення, що дало привід для критики.⁴

13. Після ухвалення цих законів група науковців і експертів з українських питань, що представляють різні країни, направили Президенту П.Порошенку та Голові Верховної Ради В.Гройсману відкритого листа із закликом не підписувати ці закони.⁵ Члени групи вважали, що дух і буква законів «*суперечать одному з основоположних політичних прав: праву на свободу слова*».

⁴ Див.: Український парламент забороняє комуністичну та нацистську пропаганду, *Радіо «Вільна Європа»*, 9 квітня 2015 року, наявна за посиланням: <http://www.ferl.org/content/ukrainian-parliament-bans-nazi-communist-propaganda/26946986.html>; Г.Койнаш, «Декомунізаційні» закони: небезпечний потенціал сіяння розбрату і гарантований судовий розгляд у Страсбурзі, *Права людини в Україні*, 5 травня 2015 року, наявна за посиланням: <http://krytyka.com/en/solutions/opinions/decommunization-laws-deeply-divisive-and-destined-strasbourg>; «Історичні закони» України очищують її від комуністичних символів, але розділяють людей, *The Telegraph*, 30 липня 2015 року, наявна за посиланням: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/ukraine/11674511/Ukraines-history-laws-purge-it-of-communist-symbols-but-divide-the-population.html>.

⁵ Відкритий лист науковців та експертів з українських питань щодо так званого «антикомуністичного закону», *Voxukraine*, травень, 2015 року; *Критика*, квітень 2015 року (наявний за посиланням: <http://voxukraine.org/2015/05/07/de-communization-laws-need-to-be-amended-to-conform-to-european-standards/>; http://krytyka.com/en/articles/open-letter-scholars-and-experts-ukraine-re-so-called-anti-communist-law#footnote1_18lbap2).

14. 15 травня 2015 року Закон № 317-VIII було підписано Президентом України П.Порошенком, разом із трьома іншими законами. Всі чотири закони набрали чинності 21 травня 2015 року.

V. Попередні зауваження

15. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ визнають право України забороняти чи навіть криміналізувати використання певної символіки та пропаганди тоталітарних режимів. Україна – не перша з посткомуністичних країн, що ухвалюють закон про «декомунізацію». Окремі нормативно-правові акти, які засуджують тоталітарні режими та їхню символіку в різній формі, існують у низці інших країн. У деяких державах відповідні положення передбачені на рівні конституції в інших – на рівні законів (див. Розділ VII, С., нижче).

16. Закон № 317-VIII переслідує законні цілі; деякі з них перелічено у Преамбулі. Засудження тяжких злочинів, учинених тоталітарними режимами, підвищення обізнаності громадян про ці злочини та запровадження заходів, спрямованих на запобігання поверненню таких режимів, на загал, повною мірою відповідає принципам демократії, верховенства права та захисту прав людини. Відповідну практику можна розглядати як реалізацію концепції «*демократії, здатної себе захистити*»⁶. Вона є виправданою в світлі рішень Європейського суду з прав людини щодо висловлювань на «заперечення злочинів»⁷ проти людяності, оскільки спрямована на криміналізацію «*наруги над пам'яттю мільйонів жертв*» (див. Статтю 3.1 Закону № 317-VIII).

17. Як зазначила Європейська комісія у звіті «*Пам'ять про злочини тоталітарних режимів у Європі*» перед Європейським Парламентом і Радою, «...кожна держава-член вжила різних заходів (наприклад, забезпечення правосуддя для жертв та правосуддя для винних, розслідування, символічна політика тощо), залежно від своїх національних особливостей. Навіть у тих державах-членах, що мають схожий досвід тоталітарних режимів, застосовувані правові інструменти, заходи та практика можуть відрізнятися, так само як і терміни їх ухвалення й запровадження».⁸

18. Зважаючи на складні обставини, що склались останнім часом в Україні, важливо належним чином проаналізувати й узяти до уваги потенційний вплив законів про «декомунізацію» (перш за все, Закону № 317-VIII) та розробленої на їх основі політики на соціальну згуртованість. Такий вплив набуває великого значення у контексті формування історичної пам'яті для країни. Необхідно, щоб імплементація зазначених законів відбувалась збалансовано, що передбачає їх обговорення на місцевому рівні⁹ в інтересах мирної інтеграції суспільства.

VI. Національна законодавча база

A. Конституція України

19. Розділ I Конституції України визначає загальні конституційні принципи. У цьому Розділі Стаття 3 проголошує, що «*права і свободи людини та їх гарантії визначають*

⁶ Європейський суд з прав людини, *Vogt v. Germany*, скарга №17851/91, 26 вересня 1995 року, п. 59.

⁷ Європейський суд з прав людини, *Norwood v. the United Kingdom*, скарга №23131/03, рішення щодо прийнятності (неприйнятності), 16 листопада 2004 року.

⁸ «Пам'ять про злочини тоталітарних режимів у Європі», грудень 2010 року (COM(2010)783).

⁹ Див. посилання п. Астрід Торс, Верховного комісара ОБСЄ у справах національних меншин, на закони щодо «декомунізації»: (Звернення, 19 листопада 2015 року) <https://www.osce.org/pc/201961?download=true>; (Заява, 16 липня 2015 року) <https://www.osce.org/pc/173196?download=true>

зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (частина 2), а Стаття 8 визнає принцип верховенства права. Нормативно-правові акти укладаються на основі Конституції та мають відповідати їй як Основному закону держави.

20. Стаття 11 Конституції стверджує, що *«державою сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України»*. Чотири українські закони про «декомунізацію», в тому числі Закон № 317-VIII, вочевидь, спираються на положення цієї Статті.

21. Відповідно до Статті 15 Конституції, суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності, «жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова» (частина 2), цензура заборонена (частина 3), а держава гарантує «свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України» (частина 4).

22. Перелік прав людини та основних свобод викладено у Розділі II Конституції:

- Стаття 34 гарантує право на свободу вираження поглядів і переконань; відповідно до неї, кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію. Обмеження цих прав можливе лише за умов, передбачених у частині 3 Статті 34. Так, будь-яке обмеження може застосовуватися лише відповідно до закону та із законною метою (а саме: в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя).
- Згідно зі Статтею 36, громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (частина 1). Обмеження щодо членства у політичних партіях встановлюються виключно Конституцією та законами України (частина 2).
- Стаття 37 стосується заборони політичних партій та громадських об'єднань. Утворення та діяльність політичних партій і громадських організацій забороняються, якщо їхні *«програмні цілі або дії спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення»* (частина 1). Відповідно до частини 4 Статті 37, заборона діяльності об'єднань громадян здійснюється лише в судовому порядку.
- Політичні права громадян – тобто право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування – гарантовано Статтею 38.
- За Статтею 140, *«[М]ісцеве самоврядування є правом територіальної громади - жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста - самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України»* (частина 1).

23. Нарешті, відповідно до Статті 9 Конституції України, «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України».

В. Закон України № 317-VIII

1. Преамбула

24. У Преамбулі до Закону № 317-VIII зроблено посилання на Загальну декларацію прав людини (далі – «Загальна декларація»), резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи¹⁰, резолюції та декларації Парламентської Асамблеї ОБСЄ¹¹ та Європейського Парламенту¹², а також на спільну заяву декількох делегацій в ООН з нагоди 70-х роковин *Голодомору* - Великого голоду 1932-1933 років в Україні.¹³ Тут також визначено цілі ухвалення Закону, як-от: забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина; зміцнення незалежної, демократичної, правової держави; сприяння консолідації та розвитку української нації відповідно до Статті 11 Конституції; недопущення повторення злочинів комуністичного та нацистського тоталітарних режимів; недопущення дискримінації, відновлення історичної та соціальної справедливості. Такі формулювання є типовими для законів про «декомунізацію», тобто законів, спрямованих на демонтаж комуністичного спадку в пост-комуністичних країнах.

25. Особливим у формулюванні Преамбули до Закону № 317-VIII є наголос на його націленості також на «усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України», що, зрозуміло, пов'язано з нещодавніми і поточними подіями в країні.

¹⁰ Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1096 (1996) щодо заходів з ліквідації спадку колишніх комуністичних тоталітарних систем, наявна за посиланням: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507&lang=en>, № 1481 (2006) щодо необхідності міжнародного засудження злочинів тоталітарних комуністичних режимів, наявна за посиланням: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17403&lang=en>, № 1495 (2006) щодо боротьби з відродженням нацистської ідеології, наявна за посиланням: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17427&lang=en>, № 1652 (2009) щодо ставлення до пам'ятників, які мають суперечливу історичну інтерпретацію у державах-членах Ради Європи, наявна за посиланням: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17713&lang=en>.

¹¹ Резолюція Парламентської Асамблеї ОБСЄ «Возз'єднання розділеної Європи: забезпечення прав людини та громадянських свобод у регіоні ОБСЄ в XXI столітті», наявна за посиланням: <https://www.oscepa.org/documents/all-documents/annual-sessions/2009-vilnius/declaration-6/261-2009-vilnius-declaration-eng/file>.

¹² Декларація Європейського Парламенту щодо проголошення 23 серпня європейським днем пам'яті жертв сталінізму і нацизму (23 серпня 2008 року), наявна за посиланням: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P6_TA\(2008\)0439&language=EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P6_TA(2008)0439&language=EN), резолюція Європейського Парламенту в пам'ять про *Голодомор* - штучний голод в Україні 1932-1933 років (23 жовтня 2008 року), наявна за посиланням: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0523&language=EN>, резолюція Європейського Парламенту щодо європейської свідомості та тоталітаризму (2 квітня 2009 року), наявна за посиланням: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0213+0+DOC+XML+V0//EN>.

¹³ Термін *Голодомор* вживається на позначення штучного голоду в Україні 1932-1933 років, що, за оцінками експертів, призвів до смерті 2,5-7,5 мільйонів українців; див. Спільну заяву делегацій Азербайджану, Бангладеш, Білорусі, Беніну, Боснії та Герцеговини, Канади, Єгипту, Грузії, Гватемали, Ямайки, Казахстану, Монголії, Науру, Пакистану, Катару, Молдови, Російської Федерації, Саудівської Аравії, Судану, Сирійської Арабської Республіки, Таджикистану, Тимору, України, Об'єднаних Арабських Еміратів та Сполучених Штатів Америки з нагоди 70-х роковин Великого голоду 1932-1933 років в Україні (*Голодомору*), наявна за посиланням: <http://un.mfa.gov.ua/en/documents/holodomor/un>.

26. Відтак, Закон слід сприймати у контексті сучасної української історії. У XX столітті народ України зазнав страждань за двох тоталітарних режимів: радянського режиму 1917-1991 років та нацистського режиму в 1941-1945 роках. Під час Другої світової війни Україна втратила значну частину населення, і ще більше людей померло внаслідок Голодомору 1932-1933 років. Обидва тоталітарні режими були нав'язані Україні ззовні, тому засудження цих режимів влада сприймає як підтвердження права нації на самовизначення та на незалежну державність. У 2006 році Парламент України ухвалив закон, що визнавав Голодомор актом геноциду.¹⁴ Крім того, у 2015 році Верховна Рада України ухвалила постанову про визнання геноциду кримськотатарського народу в 1944 році.¹⁵

27. Закон № 317-VIII має дві основні частини. Перша частина (Статті 1-6) визначає основні терміни (Стаття 1), засуджує комуністичний і нацистський режими як *«злочинні ... та несумісні з основоположними правами і свободами людини і громадянина»* (Стаття 2.1 та 2.2), забороняє пропаганду цих режимів і використання та пропаганду символіки цих режимів (Статті 3-4), а також встановлює норми щодо розслідування та розповсюдження інформації про злочини, вчинені представниками зазначених режимів (Стаття 5). Тут також констатовано, що *«особи, винні у порушенні вимог цього Закону, несуть відповідальність згідно із законом»* (Стаття 6.1).

28. Друга частина Закону містить прикінцеві та перехідні положення. Закон вносить зміни до п'ятнадцяти законодавчих актів, а саме: Кримінального кодексу України, Закону «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», Закону «Про інформаційні агентства», Закону «Про вибори Президента України», Закону «Про місцеві державні адміністрації», Закону «Про політичні партії в Україні», Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців», Закону «Про географічні назви», Закону «Про телебачення і радіомовлення», Закону «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів», Закону «Про інформацію», Закону «Про вибори народних депутатів України», Закону «Про громадські об'єднання» та Закону «Про присвоєння юридичним особам та об'єктам права власності імен (псевдонімів) фізичних осіб, ювілейних та святкових дат, назв і дат історичних подій». Навіть перелік зазначених законів свідчить про надзвичайно широку сферу застосування Закону № 317-VIII та про потенційно далекосяжні наслідки його імплементації.

2. Перша частина Закону № 317-VIII (Статті 1-6)

Стаття 1

29. У цій Статті дано визначення термінів, що вживаються у Законі: *«комуністична партія»* (пункт 1 частини 1); *«пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів»* (пункт 2 частини 1); *«радянські органи державної безпеки»* (пункт 3 частини 1); *«символіка комуністичного тоталітарного режиму»* (підпункти а-ж пункту 4 частини 1) та *«символіка націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму»* (підпункти а-д пункту 5 частини 1).

¹⁴ Закон України № 376-V «Про Голодомор 1932 - 33 років в Україні».

¹⁵ Постанова Верховної Ради України № 792-VIII «Про визнання геноциду кримськотатарського народу» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 49-50, С.469).

30. Визначення символіки є вельми широким і охоплює прапори, герби, гімни, різноманітні зображення й іншу атрибутику, пам'ятники, гасла, географічні назви тощо. Примітно, що визначення комуністичної символіки поширюється не тільки на символи, безпосередньо пов'язані з територією України (наприклад, на прапори та герби інших комуністичних країн), тоді як визначення нацистської символіки чітко обмежено символами Націонал-соціалістичної робітничої партії Німеччини (НСДАП).

31. Закон визначає пропаганду комуністичного та нацистського тоталітарного режимів як *«публічне заперечення, зокрема через засоби масової інформації, злочинного характеру комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років в Україні, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму, поширення інформації, спрямованої на виправдання злочинного характеру комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, діяльності радянських органів державної безпеки, встановлення радянської влади на території України або в окремих адміністративно-територіальних одиницях, переслідування учасників боротьби за незалежність України у ХХ столітті, виготовлення та/або поширення, а також публічне використання продукції, що містить символіку комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів»*. Таким чином, незаконна *«пропаганда»* може здійснюватись у формі трьох різних видів діянь: (1) публічного заперечення злочинного характеру зазначених режимів, (2) поширення інформації, спрямованої на виправдання їх злочинного характеру та (3) виготовлення та/чи поширення, а також публічного використання продукції, що містить символіку цих режимів (див. Розділ VII., С., 1, а) нижче).

Стаття 2

32. Ця Стаття засуджує комуністичний тоталітарний режим 1917-1991 років в Україні та нацистський тоталітарний режим.

Стаття 3

33. Ця стаття забороняє пропаганду комуністичного та нацистського режимів та їх символіки (частина 1). Така пропаганда є підставою для відмови в реєстрації та/чи припинення діяльності юридичної особи, політичної партії, іншого об'єднання громадян чи засобу масової інформації (частина 2). Діяльність юридичних осіб, політичних партій, інших об'єднань громадян, (друкованих) засобів масової інформації, що не виконують вимоги Закону, підлягає припиненню в судовому порядку. Випуск таких ЗМІ забороняється (частина 3). Однак рішення про недотримання ними вимог Закону приймає центральний орган виконавчої влади. Порядок ухвалення такого рішення має визначити Кабінет Міністрів України (частина 4). У випадку недотримання вимог Закону з боку політичних партій або їх осередків, таке рішення тягне заборону бути суб'єктом виборчого процесу (частина 5).

Стаття 4

34. Ця Стаття забороняє використання та пропаганду символіки комуністичного та нацистського режимів. Відповідно, виготовлення, поширення та публічне використання такої символіки (у тому числі у вигляді сувенірної продукції), публічне виконання гімнів СРСР, Української РСР (УСРР), інших союзних та автономних радянських республік або їх фрагментів заборонено на всій території України (частина 1). Винятки з цього правила передбачено у частинах 2 та 3 Статті 4 (наприклад: демонстрація забороненої символіки в експозиціях музеїв, на тематичних виставках тощо; у творах мистецтва, створених до набрання чинності цим Законом; на намогильних спорудах,

розташованих на території місць поховань, місць почесних поховань; у приватних колекціях та приватних архівних зібраннях або як об'єктів антикварної торгівлі). Крім того, заборона не поширюється на використання зазначеної символіки у посібниках, підручниках та інших матеріалах наукового, освітнього і навчального характеру й у творах мистецтва, створених після набрання чинності цим Законом, за умови, що це не призводить до пропаганди злочинного характеру двох тоталітарних режимів (не пронумерована частина).

Стаття 5

35. Ця Стаття зобов'язує державу: розслідувати злочини геноциду, злочини проти людства та людяності, воєнні злочини, вчинені в Україні представниками комуністичного чи нацистського режимів у 1917-1991 роках; вживати заходів для підвищення поінформованості громадськості про ці злочини та заохочувати та підтримувати діяльність неурядових установ і організацій, які проводять дослідницьку та просвітницьку роботу стосовно таких злочинів. Архівні документи, пов'язані зі злочинами тоталітарних режимів, не належать до інформації з обмеженим доступом і мають оприлюднюватись.

Стаття 6

36. Ця Стаття встановлює правила щодо відповідальності, згідно з якими «особи, винні у порушенні вимог цього Закону, несуть відповідальність згідно із законом», тобто Кримінальним кодексом.

3. Друга частина закону № 317-VIII (Стаття 7 – прикінцеві та перехідні положення)

37. Стаття 7.2.1 вносить зміни до Кримінального кодексу України, визначаючи новий вид кримінального правопорушення, а саме виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганду комуністичного та нацистського тоталітарних режимів (нова Стаття 436¹). Правопорушення полягає у виготовленні, поширенні, а також публічному використанні символіки комуністичного чи нацистського режимів, у тому числі у вигляді сувенірної продукції, публічному виконанні гімнів СРСР, Української РСР, інших союзних та автономних радянських республік або їх фрагментів, крім випадків, передбачених частинами другою і третьою Статті 4 Закону. Вчинення таких дій карається обмеженням або позбавленням волі на строк до п'яти років (на строк від п'яти до десяти років, якщо ті самі дії вчинені особою, яка є представником влади, або вчинені повторно, або організованою групою, або з використанням засобів масової інформації) з конфіскацією майна або без такої.

38. Частини 2.6 та 2.9 Статті 7 встановлюють вимогу про перейменування географічних об'єктів, у назві яких використані імена або псевдоніми осіб, що обіймали керівні посади за комуністичного режиму, та демонтувати пам'ятники та пам'ятні знаки, пов'язані з цими особами та певними подіями в історії України. Завдання з перейменування географічних об'єктів та демонтажу пам'ятників покладено на сільські, селищні, міські ради або сільських, селищних, міських голів та має бути виконано у шестимісячний строк з дня набрання чинності цим Законом. У разі невиконання цієї вимоги зазначеними відповідальними органами таке перейменування здійснюється розпорядженням голови відповідної обласної державної адміністрації у тримісячний строк, який обчислюється з моменту закінчення першого строку (пункт 6 частини 2 Статті 7). Згідно з даними Українського інституту національної пам'яті, вимога про перейменування географічних назв торкається 84 міст, у тому числі Дніпропетровська,

третього за розміром міста України, та понад 900 сіл і селищ.¹⁶ Ця вимога також поширюється на назви районів, парків, вулиць і площ, мостів і подібних об'єктів.

VII. Міжнародна правова база

39. Закон № 317-VIII проаналізовано й оцінено на його відповідність застосовним європейським і міжнародним стандартам, викладеним у документах, що мають зобов'язальну силу, та документах «м'якого» права на міжнародному та європейському рівнях, а також на рівні ОБСЄ.

A. Міжнародні стандарти

40. У чинній редакції Закон № 317-VIII може позначитись на реалізації особами права на свободу вираження поглядів (Стаття 10 Європейської конвенції, Стаття 19 Загальної декларації та Стаття 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (далі – «Міжнародний пакт»)¹⁷, права на свободу об'єднань (Стаття 11 Європейської конвенції, Стаття 20 Загальної декларації та Стаття 22 Міжнародного пакту) та виборчих прав (Стаття 3 Протоколу I до Європейської конвенції та Стаття 25 Міжнародного пакту). Всі зазначені права охоплено також зобов'язаннями у межах ОБСЄ, котрі держави-учасниці, в тому числі Україна, зобов'язались виконувати. Особливої ваги у цьому контексті набувають параграфи 9 та 10 Документу Копенгагенської наради НБСЄ.¹⁸

41. Стаття 7 Європейської конвенції, Стаття 11.2 Загальної декларації та Стаття 15 Міжнародного пакту закріплюють принцип *nullum crimen sine lege* (немає злочину без закону, що його передбачає), який має безпосереднє відношення до обговорюваної проблеми. Цей принцип означає, що «ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні будь-якого кримінального злочину внаслідок якоїсь дії чи бездіяльності, що, згідно з діючим на момент його вчинення національним законодавством або міжнародним правом, не були кримінальним злочином» (Стаття 15.1 Міжнародного пакту). Згідно зі Статтею 15 Європейської конвенції та Статтею 4.2 Міжнародного пакту, відступ від цього принципу не дозволяється.

42. Нижче розглянуто міжнародні стандарти щодо забезпечення свободи вираження поглядів, зокрема передбачені Статтею 10 Європейської конвенції, оскільки положення Закону № 317-VIII, найімовірніше, вплинуть на реалізацію саме цього права. Право на свободу об'єднань та виборчі права будуть предметом аналізу пізніше, у розділі,

¹⁶ Наявні за посиланням: <http://www.memory.gov.ua/page/dekomunizatsiya-0>.

¹⁷ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права у Статті 20 додає, що «будь-який виступ на користь національної, расової чи релігійної ненависті, що являє собою підбурювання до дискримінації, ворожнечі або насильства, повинен бути заборонений законом» (п. 2).

¹⁸ Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру НБСЄ 1990 року, наявний за посиланням: <http://www.osce.org/de/odihr/elections/14304>; у відповідних частинах параграфів 9 та 10 зазначено: «кожна людина має право на свободу вираження поглядів, у тому числі право на спілкування. Це право включає свободу дотримуватися своєї думки, отримувати та поширювати інформацію та ідеї без втручання з боку органів державної влади та незалежно від державних кордонів. Здійснення цього права може бути предметом лише таких обмежень, які встановлені законом і відповідають міжнародним стандартам.» (9.1); «право на об'єднання є гарантованим» (9.3) «Підтверджуючи своє зобов'язання ефективно забезпечувати право окремої особи знати права людини й основні свободи та діяти відповідно до них та самостійно чи спільно з іншими робити активний внесок у їх розвиток і захист, держави-учасниці заявляють про своє зобов'язання поважати право кожного, самостійно чи разом з іншими, запитувати, одержувати та передавати вільно погляди та інформацію про права людини й основні свободи, включаючи право поширювати та публікувати такі погляди й інформацію» (10.1).

присвяченому потенційно проблематичним аспектам Закону 317-VIII (див. п. 82, нижче).

1. Обсяг захисту прав

43. Стаття 10 Європейської конвенції захищає не лише сутність виражених ідей та інформації, а й форму, в якій вони передаються.¹⁹ Таким чином, сфера дії Статті 10 Європейської конвенції охоплює невербальне донесення ідей і вражень, у тому числі шляхом носіння чи демонстрування символіки²⁰ або вчинення символічних дій.²¹ Наприклад, Європейський суд з прав людини визнав, що демонстрація атрибуту, асоційованого з політичним рухом або організацією – наприклад, прапора – може розглядатись як вираження прихильності особи до певних ідей чи їх викладення і, відтак, підпадає під визначення «вираження», право на яке захищене Статтею 10 Європейської конвенції. В одній із нещодавно розглянутих справ Суд знову підтвердив, що дія Статті 10 Європейської конвенції поширюється *«не лише на більш загальні форми вираження, як от усні висловлювання чи письмові тексти, а й на інші, менш очевидні засоби, за допомогою яких люди іноді можуть доносити погляди, послання, думки та критику»*.²² Особливий захист надано політичному мовленню як передумові та необхідній складовій демократії. Зазвичай, свобода вираження політичних поглядів отримує вищий рівень захисту з огляду на її важливість у демократичному суспільстві.²³

44. На думку Європейського суду з прав людини, комунікація підлягає захисту незалежно від її змісту. У своєму відомому рішенні у справі *Handyside* Суд зазначив, що свобода вираження поглядів *«стосується не лише тієї "інформації" або тих "ідей", котрі прихильно сприймаються чи вважаються необразливими чи нейтральними, але також і тих, що ображають, шокують або збурюють Державу чи певні верстви населення»*.²⁴

45. Європейська комісія з прав людини (колишня Комісія) та Європейський суд з прав людини розглядали чимало справ у зв'язку зі Статтею 10 Європейської конвенції, що стосувались заперечення Голокосту та інших заяв щодо злочинів нацизму. Колишня Комісія та Суд визнали більшість таких скарг неприйнятними; у тих небагатьох випадках, коли вони все ж розглядали справи по суті, вони або встановлювали, що втручання Держави у здійснення заявником права на свободу вираження поглядів було *«необхідним у демократичному суспільстві»*,²⁵ або посилались на Статтю 17

¹⁹ Європейський суд з прав людини, *Oberschlick v. Austria* (no. 1), 23 травня 1991 року, Серія А, № 204, п. 57.

²⁰ Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року: порушення Статті 10 Європейської конвенції, заявник носив п'ятикутну червону зірку; Європейський суд з прав людини, *Fáber v. Hungary*, скарга № 40721/08, 24 липня 2012 року, п. 36. Див. також Комітет з прав людини ООН, *Shin v. Republic of Korea*, 926/2000 (2004), п. 7.2.

²¹ Європейський суд з прав людини, *Shvydka v. Ukraine*, скарга № 17888/12, рішення від 30 жовтня 2014 року.

²² Європейський суд з прав людини, *Murat Vural v. Turkey*, скарга № 9540/07, рішення від 21 жовтня 2014 року, п. 44.

²³ Європейський суд з прав людини, *Lingens v Austria*, скарга № 9815/82, рішення від 8 липня 1986 року, п. 42: «[С]вобода політичних дискусій лежить в самій основі концепції демократичного суспільства, якою проінята вся Конвенція»; див. також Європейський суд з прав людини, *Wingrove v United Kingdom*, скарга №17419/90, рішення від 25 листопада 1996 року, п. 58: «[В]ідповідно до Статті 10 ч. 2 Конвенції (Ст. 10-2), майже не залишається можливостей для обмеження свободи слова у сфері політичних дискусій або обговорення питань, що мають суспільний інтерес».

²⁴ Європейський суд з прав людини, *Handyside v. the United Kingdom*, скарга № 5493/72, рішення від 7 грудня 1976 року (Пленарне засідання), п. 49.

²⁵ Європейський суд з прав людини, *Witzsch v. Germany* (no. 1) (dec.), скарга № 41448/98, 20 квітня 1999 року; *Schimanek v. Austria* (dec.), скарга № 32307/96, 1 лютого 2000 року; *Gollnisch v. France* (dec.), скарга № 48135/08, 7 червня 2011 року.

Європейської конвенції, визнаючи скарги несумісними *ratione materiae* (в силу обставин, пов'язаних із предметом розгляду) з положеннями Європейської Конвенції з прав людини.²⁶

46. Окрім тих випадків, коли йдеться про злочини, вчинені нацистським режимом, Європейський суд з прав людини досі вкрай неохоче визнавав порушення права на свободу вираження поглядів у справах, пов'язаних з історичними дискусіями. Визначаючи, чи було втручання Держави у реалізацію свободи особи роботи заяви з проблемних питань історії «необхідним у демократичному суспільстві», Суд завжди розглядає низку чинників: спосіб, у який були висловлені оскаржувані заяви та в який вони могли б бути висловлені, конкретні інтереси чи права, зачеплені такими заявами, можливий вплив зроблених заяв та тривалість часу, що спливає після відповідних історичних подій.²⁷

2. Обмеження

47. Відповідно до Статті 10.2 Європейської конвенції, здійснення свобод, визначених у параграфі 1, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що «встановлені законом». У своїх рішеннях Європейський суд з прав людини поуюточнює, що закон має бути доступним і передбачуваним, тобто викладеним із достатньою точністю, щоб особа могла регулювати свою поведінку.²⁸ Крім того, у національному законодавстві має бути передбачено «засіб правового захисту від свавільних втручань органів держави у реалізацію прав, гарантованих Конвенцією».²⁹

48. У випадку кримінально-правових санкцій, недостатня конкретність, тобто брак чіткості та точності у формулюваннях, може призвести до порушення принципу *nullum crimen sine lege*, закріпленого у Статті 7 Європейської конвенції.³⁰ Відповідно до цього принципу, «нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом» (Стаття 7 Європейської конвенції). Цей принцип є абсолютним і не підпадає під жодне обмеження чи відступ.

49. Закон № 327-VIII встановлює новий вид кримінального правопорушення, а саме виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганду комуністичного та нацистського тоталітарних режимів (нова Стаття 436¹). Деякі терміни у зазначеному положенні є неконкретними та розпливчастими. Отож переслідування та покарання осіб за вчинення такого правопорушення можуть, залежно від обставин, порушувати принцип *nullum crimen sine lege*.

50. Свободу вираження поглядів може бути обмежено, лише коли таке обмеження переслідує «легітимну мету», як визначено в Статті 10.2 Європейської конвенції (тобто в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі,

²⁶ Європейський суд з прав людини, *Garaudy v. France* (dec.), скарга № 65831/01, ECHR 2003-IX; *Witzsch v. Germany* (no. 2) (dec.), скарга № 7485/03, 13 грудня 2005 року.

²⁷ Європейський суд з прав людини, *Perinçek v. Switzerland* (Велика палата), скарга № 27510/08, рішення від 15 жовтня 2015 року, п.п. 215 *et seq.*

²⁸ Європейський суд з прав людини, *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), скарга № 6538/74, рішення від 26 квітня 1979 року п. 49; *Shvydka v. Ukraine*, скарга № 17888/12, рішення від 30 жовтня 2014 року, п. 39.

²⁹ Європейський суд з прав людини, *Malone v. the United Kingdom*, скарга № 8691/79, 2 серпня 1984 року, п. 67.

³⁰ Європейський суд з прав людини, *Kokkinakis v. Greece*, скарга № 14307/88, рішення від 25 травня 1993 року, п. 37 *et seq.*

для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду).

51. У цьому контексті варто окремо зауважити той факт, що Закон № 317-VIII зачіпає свободу вираження думок, що здійснюється у політичному мовленні. Примітно, що і Європейський суд з прав людини, і Комітет з прав людини ООН вважають політичне мовлення особливо чутливим об'єктом захисту, надаваного Статтею 10 Європейської конвенції та Статтею 19 Міжнародного пакту.³¹ У своїй правозастосовній практиці Європейський суд з прав людини встановлює, що обмеження свободи вираження політичних думок можуть бути обґрунтовані лише «наявністю нагальної та конкретної суспільної потреби»³², застосовуючи вузький підхід в оцінці необхідності обмежувальних заходів, передбачених законом.

52. У тих випадках, коли йшлося про використання та показ символіки, Суд підкреслював, що слід поводитись особливо обережно, запроваджуючи обмеження, а надто у випадках, коли використовується символіка, яка має багато значень. Таким чином, Суд усвідомлює ризик того, що повна заборона такої символіки призведе до обмеження її використання в контексті, у котрому жодне обмеження не може бути виправданим.³³ Стосовно до Закону № 317-VIII, це торкається, переважно, символіки, що використовувалась комуністичним режимом, але може мати ширший смисл і поза межами того режиму.

53. У рішенні у справі *Vajnai* Європейський суд з прав людини також зауважив, що почуття громадськості – якими б зрозумілими та природними вони не були – не можуть бути підтвердженням існування нагальної суспільної потреби. На думку Суду, правова система, «що накладає обмеження на права людини з метою задовольнити диктат громадських почуттів – реальних або уявних – не відповідає вимозі нагальної та конкретної суспільної потреби, що визнається у демократичному суспільстві, оскільки суспільство повинно залишатись розсудливим у своїх судженнях. Дотримуватися протилежної точки зору – означає піддавати свободу слова та свободу вираження поглядів необґрунтовано широкому обмеженню «про всяк випадок» задля уникнення смуту».³⁴ З іншого боку, у багатьох справах Суд розглядав конкретний історичний досвід і контекст як «вагомий фактор в оцінці того, чи існує нагальна суспільна потреба».³⁵

54. Свободу вираження поглядів вважають «однією з фундаментальних засад демократичного суспільства й однією з основних умов його розвитку та самореалізації кожної особистості».³⁶ Тому будь-яке втручання у здійснення свободи

³¹ Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року, п. 51; Загальний коментар № 34 Комітету з прав людини ООН, Стаття 19: свобода поглядів та їх вираження (CCPR/C/GC/34), п. 38.

³² Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року, п. 51.

³³ Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року, п. 54 *et seq.*

³⁴ Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року, п. 57. Див. також Європейський суд з прав людини, *Fratanolo v. Hungary*, скарга № 29459/10, рішення від 3 листопада 2011 року, п. 25.

³⁵ Європейський суд з прав людини, *Perinçek v. Switzerland* (GC), скарга № 27510/08, рішення від 15 жовтня 2015 року, п. 242; *Vogt v. Germany*, скарга № 17851/91, рішення від 26 вересня 1995 року, п.п. 51 та 59; *Rekvényi v Hungary*, скарга № 25390/94, рішення від 25 травня 1999 року, п.п. 41 та 47; *Refah Partisi and Others v. Turkey* (GC), скарга №№ 41340/98, 41342/98, 41343/98 та 41344/98, рішення від 13 лютого 2003 року, п.п. 124-125. §§ 124-25; *Jahn and Others v. Germany* (GC), скарга №№ 46720/99, 72203/01 та 72552/01, рішення від 30 червня 2005 року, п. 116.

³⁶ Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, п. 46; Європейський суд з прав людини, *Handyside v. the United Kingdom*, скарга № 5493/72, рішення від 7 грудня 1976 року, п. 49; Європейський суд з прав людини, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, рішення від 26 листопада

вираження поглядів має бути «пропорційне законній меті, що при цьому переслідується». ³⁷ Держава має досягти належного балансу між необхідними обмеженнями прав особи та потребою у захисті інших важливих суспільних цінностей. ³⁸ Оцінюючи пропорційність, слід взяти до уваги такі чинники: важливість прав і цінностей, що можуть бути обмежені (Чи втручання спрямоване на якийсь важливий об'єкт?), масштаб і ступінь втручання (Скількох осіб воно може зачепити? Наскільки радикально обмежується право? Які санкції передбачено?).

55. Європейський суд з прав людини підтвердив у своїй усталеній практиці, що хоча можуть існувати винятки щодо свободи вираження поглядів, вони «повинні мати вузьке тлумачення», а «потреба у застосуванні таких обмежень повинна бути переконливо доведена». ³⁹

56. У цьому зв'язку, Суд наголосив, що за Статтею 10.2 Європейської конвенції Держави мають вузькі межі розсуду щодо обмеження політичних промов або дебатів з питань, що становлять загальний інтерес. ⁴⁰ Суд вважає, що в демократичному суспільстві навіть невеликі та неформальні групи активістів повинні мати змогу ефективно провадити свою діяльність і що існує істотний суспільний інтерес у тому, щоб надати можливість таким неформальним групам і особам долучатися до громадського обговорення, поширюючи інформацію та ідеї з питань, що становлять загальний суспільний інтерес. ⁴¹

57. У низці рішень Європейський суд з прав людини вказував на «охолоджуючий ефект», який справляє страх зазнати санкцій на реалізацію свободи вираження думки. Цей ефект також враховують, оцінюючи пропорційність – а відтак і виправданість – накладених санкцій. ⁴²

58. Більше того, санкції, як будь-які обмеження, мають бути пропорційними/сумірними переслідуваній законній меті. Як правило, і Суд, і Комітет з прав людини ООН наполягають, що позбавлення волі є неприйнятним покаранням за ненасильницькі способи вираження поглядів. ⁴³ Комітет з прав людини ООН також підкреслив, що журналісти не повинні піддаватись покаранням за те, що вони законно виконують свої функції. ⁴⁴

1991 року, Серія А № 216, п. 59; Європейський суд з прав людини, *Vogt v. Germany*, скарга № 17851/91, 26 вересня 1995 року, п. 52; див. також Комітет з прав людини ООН, *Aduayom et al. v. Togo*, 422-424/1990 (1996), п. 7.4

³⁷ Європейський суд з прав людини, *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Ipparralde v. France*, скарга № 71251/01, 7 вересня 2007 року, п. 45.

³⁸ Див. також J. Christoffersen, *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, С. 31-226.

³⁹ Див., наприклад, Європейський суд з прав людини, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, рішення від 26 листопада 1991 року, Серія А № 216, п. 59.

⁴⁰ Європейський суд з прав людини, *Feldek v. Slovakia*, скарга № 29032/95, ECHR 2001-VIII, п. 74; *Sürek v. Turkey (no. 1)* (Велика палата), скарга № 26682/95, ECHR 1999-IV, п. 61. Див. також Європейський суд з прав людини, *von Hannover v. Germany*, скарга № 59320/00, рішення від 24 червня 2004 року, п. 60.

⁴¹ Європейський суд з прав людини, *Steel and Morris v. the United Kingdom*, скарга № 68416/01, рішення від 15 лютого 2005 року, п. 89.

⁴² Європейський суд з прав людини, *Nikula v. Finland*, скарга № 31611/96, ECHR 2002-II, п. 54; *Cumpănă and Mazăre v. Romania* (Велика палата), скарга № 33348/96, ECHR 2004-XI п. 114; *Elci and Others v. Turkey*, скарга №№ 23145/93 та 25091/94, 13 листопада 2003 року, п. 714; *Dammann v. Switzerland*, скарга № 77551/01, рішення від 25 квітня 2006 року, п. 57; *Kudeshkina v. Russia*, скарга № 29492/05, рішення від 26 лютого 2009 року, п. 99.

⁴³ Європейський суд з прав людини, *Murat Vural v. Turkey*, скарга № 9540/07, рішення від 21 жовтня 2014 року, п. 66 *et seq.*; Загальний коментар Комітету з прав людини ООН № 34, Стаття 19: Свобода поглядів та їх вираження (CCPR/C/GC/34), п. 47.

⁴⁴ Загальний коментар № 34 Комітету з прав людини ООН, Стаття 19: Свобода поглядів та їх вираження (CCPR/C/GC/34), п. 46.

В. Інші міжнародні рекомендації

59. У своєму спільному резюме *amicus curiae* 2013 року для Конституційного суду Молдови Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ прокоментували заборону на використання символіки тоталітарного комуністичного режиму та пропаганди тоталітарної ідеології у Республіці Молдова.⁴⁵ Додаткові рекомендації щодо партійної символіки можна знайти у спільній публікації ОБСЄ/БДІПЛ і Венеціанської комісії «Керівні принципи правового регулювання діяльності політичних партій».⁴⁶ Відповідно до них, цілком розумними є вимоги до порядку реєстрації політичних партій, як от заборона використовувати назви та символіку, що асоціюються з національними чи релігійними інститутами, а також вимоги до назв і символіки партії для уникнення плутанини. Важливими документами з питань діяльності політичних партій та їх розпуску є Звіт Венеціанської комісії щодо участі політичних партій у виборах,⁴⁷ Положення про заборону та розпуск політичних партій і аналогічні заходи, ухвалені Венеціанською комісією.⁴⁸

60. Парламентська Асамблея Ради Європи ухвалила дві резолюції стосовно засудження тоталітарних комуністичних режимів: Резолюцію № 1096 (1996) щодо заходів з ліквідації спадку колишніх комуністичних тоталітарних систем⁴⁹ та Резолюцію № 1481 (2006) щодо необхідності міжнародного засудження злочинів тоталітарних комуністичних режимів.⁵⁰ У цьому контексті доречно також згадати Резолюцію № 1495 (2006) щодо боротьби з відродженням нацистської ідеології⁵¹ та Резолюцію № 1652 (2009) щодо ставлення до пам'ятників, які мають суперечливу історичну інтерпретацію у державах-членах Ради Європи.⁵² У цих міжнародно-правових документах дано оцінку тоталітарним режимам та/чи ідеологіям, хоча вони безпосередньо не торкаються питань тоталітарної символіки або її пропаганди.

61. ОБСЄ ухвалила Вільнюську Декларацію, зазначивши в одній із її резолюцій, що «у двадцятому столітті європейські країни пережили два потужні тоталітарні режими, нацистський і сталінський, які несли із собою геноцид, порушення прав і свобод людини, воєнні злочини та злочини проти людства». Резолюція закликає усі держави-учасниці ОБСЄ зайняти «єдину позицію, що відкидає тоталітарне правління у будь-якій формі незалежно від її ідеологічних засад»; та висловлює глибоке занепокоєння з приводу «звеличування тоталітарних режимів, у тому числі проведення публічних демонстрацій на ознаменування нацистського чи сталіністського минулого».⁵³

62. Водночас, у Люблянських рекомендаціях з інтеграції різноманітних суспільств ОБСЄ наголошує, що питання історичної пам'яті (зокрема показ і використання символіки у публічних місцях) мають розглядатися зважено, з урахуванням їх впливу на соціальну згуртованість у країні. Рекомендація 50 містить заклик до держав-учасниць «сприяти інтеграції, з розумінням ставлячись до домагань і особливої чутливості з боку груп, що складають як меншість, так і більшість, стосовно

⁴⁵ Спільне резюме *amicus curiae* для Конституційного суду Молдови щодо відповідності європейським стандартам Закону № 192 від 12 липня 2012 року про заборону використання символіки тоталітарного комуністичного режиму та заборону тоталітарної ідеології в Республіці Молдова (CDL-AD(2013)004).

⁴⁶ CDL-AD(2010)024, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)024-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)024-e).

⁴⁷ CDL-AD(2006)025, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)025-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)025-e)

⁴⁸ CDL-INF(2000)001, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e)

⁴⁹ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507&lang=en>

⁵⁰ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17403&lang=en>

⁵¹ <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17427&lang=en>

⁵² <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17713&lang=en>

⁵³ Резолюція «Возз'єднання розділеної Європи: забезпечення прав людини та громадянських свобод у регіоні ОБСЄ в XXI столітті», ухвалена на Вісімнадцятій щорічній сесії Парламентської Асамблеї ОБСЄ, AS(09)D1E, п.п. 3, 11 та 17.

демонстрації та використання символів у загальному публічному просторі. Виявляючи турботу про свободу вираження, державам слід уникати використання символів, що роз'єднують, і настійно рекомендувати недержавним гравцям не демонструвати такі символи. Там, де це прийнятно, слід шукати можливості для заохочення використання інклюзивних символів.»⁵⁴

63. У 2005 році, у відповідь на пропозицію депутатів Європейського Парламенту від Німеччини ухвалити антирасистські законодавчі норми, що забороняли б використання нацистської символіки у країнах ЄС, депутати Європейського Парламенту від чотирьох посткомуністичних країн (Чеської Республіки, Угорщини, Литви та Словаччини) заявили, що заборона має поширюватись також на комуністичну символіку. Європейська комісія не сприйняла цю ініціативу, вважаючи недоцільним включати зазначені питання до нормативного акту, спрямованого на боротьбу з расизмом, і порадила залишити відповідні кроки на розсуд національних урядів.⁵⁵

64. Однак у 2008 році Європейський Парламент ухвалив *«Резолюцію в пам'ять про Голодомор - штучний голод в Україні 1932-1933 років»*, якою визнав *«Голодомор [...] жахливим злочином проти українського народу та проти людяності»* (Стаття Е.1(а)).

65. Роком пізніше, у 2009, Європейський Парламент ухвалив Резолюцію № 213 щодо європейської свідомості та тоталітаризму⁵⁶, в якій висловлено рішуче засудження всіх тоталітарних і недемократичних режимів, але не піднято питання про використання їх символіки.

66. У грудні 2010 року, міністри закордонних справ Латвії, Болгарії, Румунії, та Чеської Республіки закликали Європейську комісію *«криміналізувати схвалення, заперечення чи применшення злочинів комуністичних режимів»*. Тоді ж у своєму звіті перед Європейським Парламентом та Радою *«Пам'ять про злочини тоталітарних режимів у Європі»* Європейська комісія зазначила, що держави-члени не одностайні у своєму ставленні до цього питання та що відсутні умови для ухвалення відповідного законодавства. Водночас Комісія підкреслила необхідність детальнішого вивчення проблеми.⁵⁷

С. Національне законодавство: приклади

67. Ідея заборони пропаганди тоталітарної ідеології в цілому й ідеології націонал-соціалізму та комунізму зокрема не є рідкістю. Законодавча заборона на використання нацистської символіки та/чи нацистської пропаганди існує в Австрії,⁵⁸ Білорусі,⁵⁹ Бразилії,⁶⁰ Франції⁶¹ та Російській Федерації.⁶² Закони, що забороняють використання комуністичних символів ухвалено в колишній Чехословаччині,⁶³ Угорщині,⁶⁴ Литві⁶⁵ та

⁵⁴ Люблянські рекомендації з інтеграції різноманітних суспільств, рекомендація 50 щодо *«Різноманітності символів та їх використання в публічній сфері»*, С. 64-65, <https://www.osce.org/hcnm/96883?download=true>

⁵⁵ ВВС, ЄС відкидає ідею про заборону комуністичної символіки, 8 лютого 2005 року.

⁵⁶ Див. посилання в CDL-AD(2013)004, п. 28 з виноскою 11.

⁵⁷ Див. посилання в CDL-AD(2013)004, п.п. 26 та 27 з виноскою 10.

⁵⁸ Австрія, Закон № 84/1960, Закон № 117/1980.

⁵⁹ Білорусь, Кодекс про адміністративні правопорушення, Стаття 17.10.

⁶⁰ Бразилія, Закон № 7716, Стаття 20, 5 січня 1989 року.

⁶¹ Франція, Кримінальний кодекс, Стаття R645-1.

⁶² Російська Федерація, Кодекс про адміністративні правопорушення, Стаття 20.3.

⁶³ Чехословаччина, Кримінальний кодекс, § 260 – Підтримка та пропаганда рухів, спрямованих на придушення прав та свобод громадян, 1991.

⁶⁴ Угорщина, Кримінальний кодекс, Розділ 269/В – Використання тоталітарної символіки.

⁶⁵ Литва, Кодекс про адміністративні правопорушення, Стаття 188.18 – Поширення чи демонстрація нацистської або комуністичної символіки, 2008. Закон забороняє поширення та демонстрацію нацистської та радянської символіки. Порушникам загрожує штраф у розмірі 500-1000 літів (145-289 євро).

Польщ.⁶⁶ Деякі інші країни заборонили використання тоталітарної та неконституційної символіки або відповідну пропаганду без зазначення, чи такі норми охоплюють комуністичну символіку та ідеологію. До цих країн належать Албанія,⁶⁷ Чеська Республіка,⁶⁸ Італія⁶⁹, Словаччина⁷⁰ та, певною мірою, Німеччина⁷¹.

68. Існують також інші акти національного законодавства, що стосуються колишніх тоталітарних режимів (наприклад, Закон Чеської Республіки про незаконність комуністичного режиму та про опір йому від 1993 року⁷²).

69. Відповідність деяких із цих законодавчих актів міжнародним стандартам у галузі прав людини було оскаржено в конституційних судах колишньої Чехословаччини (1992⁷³), Угорщини (2000,⁷⁴ 2013⁷⁵), Польщі (2011⁷⁶) та Молдови (2013⁷⁷). Усі чотири конституційні суди критично поставились до законів, що забороняють використання певних політичних символів, визнали їх неконституційними частково (Чехословаччина, Польща) або в цілому (Угорщина 2013) та зажадали від законодавців переглянути зазначені закони у встановлений термін відповідно до рішень цих судів.

70. Ухвалі Конституційного суду Угорщини щодо заборони комуністичної та націонал-соціалістичної символіки передувало рішення Європейського суду з прав людини, який постановив, серед іншого, що символічне значення червоної зірки є надто амбівалентним, щоб викликати потребу в повній забороні цього символу, і що загальна заборона цього символу не відповідає вимозі щодо необхідності, передбаченій у Статті 10.2 Європейської конвенції.⁷⁸ Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДПЛ у своєму спільному резюме *amicus curiae* для Конституційного суду Молдови щодо заборони використання символіки тоталітарного комуністичного режиму та пропаганди тоталітарної ідеології в Республіці Молдова також наголосили на специфічній природі такої заборони та важливості дотримання вимоги щодо необхідності у випадку, коли особу було притягнуто до кримінальної відповідальності за просту демонстрацію символіки без належного аналізу того, чи та символіка була виявом небезпечної пропаганди.⁷⁹

⁶⁶ Польща, Закон від 5 листопада 2009 року, що вносить зміни до Кримінального, Кримінально-процесуального, Кримінально-виконавчого, Податкового кодексів та низки інших законодавчих актів (Реєстр законів - Dz. U. № 206, п. 1589).

⁶⁷ Албанія, *Кримінальний кодекс* (Закон № 7895), Стаття 225, 27 січня 1995 року.

⁶⁸ Чеська Республіка, *Кримінальний кодекс* (Закон № 40/2009), § 403 – Створення, підтримка та поширення рухів, спрямованих на придушення прав і свобод особи.

⁶⁹ Італія, Закон № 654, 13 жовтня 1975 року, Стаття 3; Закон №. 205, 26 червня 1993 року, Стаття 2.1.

⁷⁰ Словаччина, *Кримінальний кодекс* (Закон № 300/2005), § 421-422.

⁷¹ Німеччина, *Кримінальний кодекс*, § 86 Розповсюдження засобів пропаганди неконституційних організацій, § 86a Використання символіки неконституційних організацій. Німецьке законодавство, дійсно, забороняє символіку всіх заборонених партій і організацій без зазначення того, чи це поширюється на комуністичну чи нацистську ідеологію, проте воно містить пряме посилення на націонал-соціалістичні організації: «Будь-яка особа, що на території Німеччини розповсюджує чи виробляє, зберігає, завозить чи вивозить або робить загальнодоступними за допомогою засобів зберігання даних для поширення на території Німеччини чи закордоном пропагандистських матеріалів... 4) зміст яких спрямований на досягнення цілей колишньої Націонал-соціалістичної організації, несе відповідальність у вигляді позбавлення волі на термін до трьох років або штрафу».

⁷² Чеська Республіка, Закон про незаконність комуністичного режиму та про опір йому (Закон № 198/1993), ухвалений 9 липня 1993 року.

⁷³ Конституційний суд Чеської та Словацької Федеративної Республіки, *До питання про тоталітарні ідеології, що загрожують демократичному устрою держави*, Рішення 5/92, 4 вересня 1992 року.

⁷⁴ Конституційний суд Угорщини, *Рішення № 14/2000*, 12 травня 2000 року.

⁷⁵ Конституційний суд Угорщини, *Рішення IV/2478/2012*, 19 лютого 2013 року.

⁷⁶ Конституційний суд Польщі, *Рішення*, Ref. o. K 11/10, 19 липня 2011 року.

⁷⁷ Конституційний суд Молдови, *Рішення*, 4 липня 2013 року.

⁷⁸ Див. CDL-AD(2013)004, п. 44 *et seq.*; Європейський суд з прав людини, *Fratanolo v. Hungary*, скарга №. 29459/10, рішення від 3 листопада 2011 року, п. 25.

⁷⁹ CDL-AD(2013)004, п. 125.

VIII. Аналіз

71. У цьому розділі проаналізовано відповідність Закону № 317-VIII нормам Конституції України, застосовним європейським і міжнародним стандартам, а також дотичним елементам порівняльного конституційного права.

A. Законодавча процедура

72. Закон № 317-VIII було ухвалено за прискореною процедурою без громадського обговорення. Незрозуміло, чи така процедура відповідає вимогам Конституції України та законів, що визначають порядок ухвалення нормативно-правових актів. Відзначаючи, що відсутність прозорих законотворчих процедур, зокрема консультацій з громадськістю, зазвичай призводить до проблем із відповідальним виконанням законів, автори спільного висновку водночас визнають, що це не ставить під сумнів статус Закону № 317-VIII як законодавчого акту.

B. Загальні цілі Закону № 317-VIII

73. Цілі Закону визначено нечітко. Під час зустрічей з різними зацікавленими сторонами в Києві, делегацію Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ поінформували, що Закон має різні цілі та що деякі з них навіть не увійшли до переліку, наведеного у Преамбулі. Відсутність чіткої мети видається одним із недоліків Закону. Для його виправлення було б доцільно ясніше сформулювати мету в основних положеннях Закону № 317-VIII, особливо з огляду на нечіткість вжитої в Законі термінології та широкий спектр діянь, що можуть підпадати його дію.

C. Зауваження матеріально-правового характеру

74. Аналіз у цьому розділі зосереджено на основних, матеріально-правових положеннях Закону № 317-VIII. Зміни, що вносяться до численних законодавчих актів України Статтею 7 Закону, окремо не розглядаються, оскільки це вимагало б детального їх вивчення у відповідному регуляторному контексті. Виняток становлять зміни, що вносяться до Кримінального кодексу (пункт 1 частини 2 Статті 7). Автори вирішили їх проаналізувати, оскільки, їхній зміст достатньо зрозумілий і без ширшого контексту; водночас, вони є надзвичайно важливими для з'ясування, чи відповідає Закон № 317-VIII вимогам тесту на пропорційність.

75. Оскільки Закон № 317-VIII спрямовано, перш за все, на регулювання (символічних) висловлювань, то наведені нижче коментарі стосуються, переважно, відповідності Закону міжнародним стандартам у галузі свободи вираження поглядів. Додаткові зауваження зроблено і щодо свободи об'єднань та виборчих прав, оскільки їх також зачіпають певні положення Закону.

1. Свобода вираження поглядів

76. Забороняючи «пропаганду комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їхньої символіки» (ч.1 Статті 3) та запроваджуючи до порушників санкції кримінально-правового характеру, Закон № 317-VIII допускає втручання у реалізацію права на свободу вираження поглядів (Стаття 10 Європейської конвенції, Стаття 19 Загальної декларації та Стаття 19 Міжнародного пакту; див. вище). Відповідність Закону № 317-VIII Статті 10 Європейської конвенції та Статті 19 Міжнародного пакту обумовлюється тим, чи обмеження та покарання, які він передбачає, є виправданими відповідно до Статті 10.2 Європейської конвенції та Статті 19.3 Міжнародного пакту, тобто чи вони задовольняють вимогам законності,

переслідування законної мети та необхідності у демократичному суспільстві (зокрема за тестом Європейської конвенції)⁸⁰.

а) Встановлено законом

77. Для того, щоб задовольнити вимогу, згідно з якою втручання чи обмеження має бути встановлене законом, відповідний закон повинен бути доступним; ті його положення, що обмежують свободу вираження поглядів, мають бути достатньо зрозумілими, а їх застосування – достатньо передбачуваним (див. вище). Закон є доступним, коли громадяни мають *«відповідну обставинам можливість орієнтуватись у тому, які правові норми застосовуються до даного випадку»*.⁸¹ Закон було опубліковано у Відомостях Верховної Ради, він також наявний в електронному вигляді на вебсайті Парламенту, а отже є доступним.⁸² Що ж до зрозумілості та передбачуваності, то закон містить низку вад, помітних у багатьох його положеннях.

78. Варто зауважити, що в Законі № 317-VIII дано визначення широких категорій (наприклад, визначення *«комуністичної партії»* у частині 1 Статті 1, що охоплює історичні структури місцевого рівня у великій кількості різних [колишніх] держав або визначення *«радянських органів державної безпеки»* у частині 3 Статті 1, що включає особовий склад таких служб у [колишніх] державах).

79. Перелік забороненої символіки так само є надмірним (див., наприклад, підпункти г та е пункту 4 частини 1 Статті 1, що включають зображення та цитати осіб, які обіймали керівні посади в комуністичній партії та працівників радянських органів державної безпеки всіх рівнів). До того ж, окремі символи визначені розпливчато і не зображені в самому Законі. Так, складно припустити, що саме забороняє підпункт в пункту 4 частини 1 Статті 1, у якому йдеться про *«прапори, символи, зображення або інша атрибутика, в яких відтворюється поєднання серпа та молота, серпа, молота та п'ятикутної зірки, плуга (рала), молота та п'ятикутної зірки»*.

80. Деякі пункти у переліку символів містять надзвичайно відкриті формулювання, мало не виключаючи можливість передбачити сферу застосування Закону на практиці. Наведений нижче фрагмент відповідного положення (підпункти а-г пункту 4 Частини 1 Статті 1) ілюструє зазначену проблему (виділено нами):

«4) символіка комуністичного тоталітарного режиму - символіка, що включає:

- а. будь-яке зображення державних прапорів, гербів та інших символів СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних або автономних радянських республік у складі СРСР, держав так званої "народної демократії": Народної Республіки Албанії (Соціалістичної Народної Республіки Албанії), Народної Республіки Болгарії, Німецької Демократичної Республіки, Народної Республіки Румунії (Соціалістичної Республіки Румунії), Угорської Народної Республіки, Чехословацької Соціалістичної Республіки, Федеративної Народної Республіки Югославії (Соціалістичної Федеративної Республіки Югославії) та соціалістичних республік, що входили до її складу, крім тих, що є чинними (діючими) прапорами або гербами країн світу;*

⁸⁰ Загальний коментар №34 Комітету з прав людини ООН, п.22 («обмеження "мають бути встановлені законом"; їх може бути встановлено лише на підставах, передбачених у підпунктах а) та б) пункту 3, у суворій відповідності до вимоги необхідності та пропорційності.»)

⁸¹ Європейський суд з прав людини, *Sunday Times v. the United Kingdom*, п. 49.

⁸² Див.: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/317-19?test=4/UMfPEGznhh/wD.ZiU1BwTsHI45As80msh8le6>

- b. *гімни СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних або автономних радянських республік чи їх фрагменти;*
- c. *прапори, символи, зображення або інша атрибутика, в яких відтворюється поєднання серпа та молота, серпа, молота та п'ятикутної зірки, плуга (рала), молота та п'ятикутної зірки;*
- d. *символіку комуністичної партії або її елементи;»*

81. Європейський суд з прав людини, у рішенні по справі *Vajnai* чітко дав зрозуміти, що не підтримує загальну заборону символіки, яка може мати багато різних значень. У тому ж рішенні Суд навів приклад червоної зірки як саме такого символу⁸³ та визнав «заборону, що розглядається, ... надто широкою з огляду на множинні значення»⁸⁴ декількох символів, перелічених у Законі. Це ж стосується й до певних символів, зазначених у підпункті в пункту 4 частини 1 Статті 1.

82. Водночас, пункт 5 частини 1 Статті 1, де перелічено символіку, пов'язану з націонал-соціалістичною ідеологією, є коротшим і чіткішим, хоча і в ньому бракує зображень і присутні відкриті формулювання («*цитати осіб, які обіймали керівні посади в Націонал-соціалістичній робітничій партії Німеччини (НСДАП)*»). На відміну від переліку символіки комуністичного тоталітарного режиму, цей перелік обмежений виключно символами, пов'язаними з Німеччиною 1939-1945 років. Закон, що забороняє пропаганду і певну символіку, пов'язану з двома конкретними ідеологіями, в ідеалі, мав би однаково регулювати обсяг та детальність опису діянь, пов'язаних з обома ідеологіями.

83. Визначення пропаганди комуністичного та нацистського режимів у пункті 2 частини 1 Статті 1 також є об'єктивним. За визначенням, пропаганда може здійснюватись у трьох формах. Перша полягає у публічному запереченні, зокрема через засоби масової інформації, злочинного характеру комуністичного чи нацистського режимів. Визначення не містить переліку конкретних злочинів, які не можна заперечувати, а термін «*виправдання злочинного характеру*» згаданих режимів може охоплювати широкий діапазон тверджень, які необов'язково пов'язані з конкретними злочинами, вчиненими Державою; може бути достатньо будь-якого твердження, що подає якийсь аспект тих режимів у позитивному світлі. Друга форма пропаганди - поширення інформації, спрямованої на виправдання злочинного характеру комуністичного чи нацистського режимів. Для того, щоб визначити, чи поширення інформації мало таку мету, необхідно оцінити суб'єктивний умисел поширювача. Третя форма пропаганди полягає у виготовленні та/або поширенні, а також публічному використанні продукції, що містить символіку комуністичного та нацистського режимів.

84. Більше того, у цьому визначенні пропаганди немає характерних ознак, які чітко вирізняли б її з-поміж інших форм вираження поглядів, захищених Статтею 10 Європейської конвенції. Термін «пропаганда» повинен означати щось більше, ніж просто вираження поглядів і думок.

85. Хоча у спільному резюме *amicus curiae* для Молдови це питання прямо не піднімалось, зазвичай, під «пропагандою» мають на увазі діяльність, спрямовану на навернення людей, навіювання їм певних поглядів чи ідей. У Законі № 317-VIII це поняття використовується у зв'язку із засудженням тоталітарних режимів і розглядається як «*наруга над пам'яттю мільйонів жертв*» цих режимів та як небезпечне для демократичного суспільства явище. Однак поєднання широти, нечіткості, відкритості, браку об'єктивних ознак для ідентифікації та розпливчастості

⁸³ Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року, п.п. 51 *et seq.*

⁸⁴ Там само, п. 54.

значення залишає питання застосовності положень Закону – як щодо того, що може бути забороненим символом, так і щодо того, які дії, пов'язані з таким символом, можуть бути заборонені – майже цілковито на розсуд державних органів. Таке поєднання може призвести до ситуації, коли особа може порушити положення Закону випадково й неумисно. Насправді, виходячи з тексту Закону, особа буде майже нездатною передбачити наслідки своєї поведінки як законної чи незаконної. Тому, на думку Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ, Закон не задовольняє вимогам щодо зрозумілості/чіткості та передбачуваності.

b) Переслідує законну мету

86. У Преамбулі (частина 4 і наступні) дано таке визначення мети Закону: «*дбаючи про забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина, прагнучи розвивати і зміцнювати незалежну, демократичну, правову державу, ... сприя[ючи] консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості з метою недопущення повторення злочинів комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, будь-якої дискримінації за національною, соціальною, класовою, етнічною, расовою або іншими ознаками у майбутньому, відновлення історичної та соціальної справедливості, усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України*».

87. Як і у випадку законодавства Молдови, проаналізованого Венеціанською комісією та ОБСЄ/БДІПЛ у спільному резюме *amicus curiae* для Конституційного суду Молдови, у Законі № 317-VIII застосовано ретроспективний ракурс, зроблено спробу загоїти біль минулого, поставивши поза законом використання символіки та поширення ідей, асоційованих із колишнім режимом, відповідальним за серйозні злочини. У цьому сенсі, заборона спрямована на захист гідності жертв, на допомогу населенню в подоланні травми минулого та на сприяння примиренню. Водночас, заборона на використання такої символіки та пропаганди таких ідеологій може мати на меті й захист демократичної системи та прав людини й основоположних свобод.⁸⁵ Крім того, у Законі № 317-VII заявлено, що однією з цілей є недопущення подібних злочинів у майбутньому, а також усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці. Закон може сприяти досягненню цих цілей через створення спільної історії і, таким чином, допомогти формуванню об'єднуючої української ідентичності.

88. Відтак, без перелічення всіх можливих і припустимих цілей, Закон можна вважати таким, що служить законній меті відвернення заворушень чи злочинів, інтересам національної безпеки, територіальної цілісності та захисту громадської безпеки, а також захисту прав і свобод інших осіб.⁸⁶

c) Є необхідним у демократичному суспільстві

89. Предметом регулювання Закону № 317-VIII є політичні висловлювання/політичне мовлення та інші символічні форми вираження політичних поглядів і думок. Хоча використання правових інструментів для офіційної оцінки певного періоду історії не є ані незвичним, ані незаконним, важливо, щоб такі інструменти не використовувались для нав'язування певного погляду на історію людям, що живуть у відповідній країні, та для придушення суспільних дискусій.⁸⁷ Закон також не повинен перешкоджати проведенню вільних наукових досліджень та вільній мистецькій творчості.

⁸⁵ CDL-AD(2013)004, п.п. 80 *et seq.*

⁸⁶ Там само, п. 83.

⁸⁷ Європейський суд з прав людини, *Pernicek v. Switzerland*, скарга № 27510/08, 15 жовтня 2015 року.

90. В основі поняття «необхідність» лежить наявність «*нагальної суспільної потреби*», яка має бути задоволена за допомогою ухвалення Закону.⁸⁸ Під час зустрічей з різними зацікавленими сторонами у Києві делегація Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ декілька разів чула, що Закон необхідний «*у світлі політичної та безпекової ситуації в Україні*». Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ визнають, що сучасна політична й безпекова ситуація в Україні вирізняє її з-поміж інших держав-членів Ради Європи та країн регіону ОБСЄ, зокрема тих, чиї закони чи практика розглядалися Європейським судом з прав людини в контексті декомунізації. Водночас, «державам-учасницям необхідно вельми ретельно підходити до забезпечення строгого дотримання вимог пункту 3 у процесі розробки та застосування законів [...], що стосуються національної безпеки [...]».⁸⁹

91. Створюючи потенційну можливість, що трактування історичного періоду 1917-1991 років, яке відрізняється від офіційного, буде визнано пропагандою, Закон № 317-VIII може завадити публічним дискусіям про цей період сучасної української історії. Це може негативно позначитись і на відкритому публічному обговоренні цих питань у національних ЗМІ. А втім, без такого обговорення буде важко досягти деяких цілей цього Закону – наприклад, відновлення історичної та соціальної справедливості.

92. Оскільки Стаття 3 Закону № 317-VIII не передбачає винятку для досліджень і мистецької творчості, а ті винятки, що передбачені частиною 3 та (не пронумерованою) частиною 4 Статті 4, стосуються лише наукових досліджень та поширення їх результатів у не заборонений законодавством України спосіб або якщо це не призводить до пропаганди, існує ризик припинення незалежних наукових розвідок із сучасної історії України. Водночас, таке вивчення важливе й необхідне для відновлення історичної та соціальної справедливості. До того ж, положення Статті 3 можуть суперечити нормам Статті 5 Закону щодо розслідування злочинів, вчинених представниками комуністичного та нацистського режимів та відновлення історичної справедливості. Це буде складно зробити за неможливості проведення вільних історичних досліджень.

93. Закон № 317-VIII вносить зміни до Кримінального кодексу України (пункт 1 частини 2 Статті 7), встановлюючи, що порушення цього Закону карається обмеженням або позбавленням волі на строк до п'яти років та від п'яти до десяти років, якщо порушення вчинене особою, яка є представником влади, або вчинене повторно, або організованою групою, або з використанням засобів масової інформації. Закон не передбачає м'якшого покарання, приміром, грошового стягнення. Пам'ятаючи, що Суд з прав людини та Комісія з прав людини ООН вважають неприйнятною навіть загрозу покарання у вигляді позбавлення волі за ненасильницьке вираження поглядів (див. п. 57 вище), суворість вищезазначених покарань є очевидно непропорційною законним (у принципі) цілям, які переслідує Закон № 317-VIII. Така непропорційність навіть очевидніша у випадках, коли будь-яке діяння, заборонене Законом, являє собою вираження політичних поглядів. У справі *Murat Vural v. Turkey* Європейський суд з прав людини чітко заявив, що, в принципі, «*мирні та ненасильницькі форми вираження не повинні піддаватися загрозі покарання у вигляді позбавлення волі*».⁹⁰

94. Майже всі співрозмовники з української сторони, з якими зустрічалась делегація Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ у Києві, погодилися, що кримінально-правові санкції, передбачені Законом № 317-VIII є надміру суворими та мають бути

⁸⁸ *Handyside v. the United Kingdom*, скарга № 5493/72, рішення від 7 грудня 1976 року (Plenary), п. 48.

⁸⁹ Загальний коментар №34 Комітету з прав людини ООН, п.30.

⁹⁰ Європейський суд з прав людини, *Murat Vural v. Turkey*, скарга № 9540/07, п. 66.

переглянуті. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ вітали б такий перегляд запроваджених санкцій.

95. Суворі покарання, встановлені Законом, разом із вищезазначеним браком передбачуваності його положень, можуть призвести до того, що Європейський суд з прав людини назвав «охолоджуючим ефектом», спроможним завадити реалізації усіма членами суспільства свободи вираження поглядів у цілому та політичних поглядів зокрема. Наслідком може стати позбавлення людей бажання брати участь у суспільному житті, радше ніж захист гідності жертв та недопущення повернення тоталітарного режиму.

96. Друга серйозна проблема із дотриманням вимоги щодо пропорційності – це застосування передбачених Законом обмежень і покарань виключно на основі самого діяння (тобто *actus reus*), без задоволення умови про наявність злочинного умислу (тобто *mens rea*). Це означає, що Закон встановлює кримінальну відповідальність⁹¹ за вчинення доволі нечітко сформульованих діянь (див. Статтю 1 у взаємозв'язку зі Статтями 3 та 4), не зважаючи на обставини конкретної справи або наявність умислу на вчинення цього діяння. Отже, Закон застосовується до всіх таких діянь і не вимагає пересвідчитись, чи особа в конкретному випадку дійсно пропагує тоталітарну ідеологію і чи її поведінка, відтак, становить «реальну та явну загрозу»⁹² законним цілям Закону. Описаний підхід не можна вважати пропорційним засобом, що відповідає вимогам Статті 10.2 Європейської конвенції.

d) Окремий аспект: засоби масової інформації

97. Додавши фразу «зокрема через засоби масової інформації» до (нечіткого) визначення забороненої пропаганди (пункт 2 Частини 1 Статті 1), законодавець поставив журналістів та інших працівників ЗМІ під загрозу кримінального переслідування. Роль ЗМІ є визначальною у наданні населенню доступу до інформації та виконанні завдань «сторожового пса» демократії. Суперечлива інформація та потенційно проблематичні висловлювання мають стати предметом відкритих дискусій.⁹³ Зважаючи на важливу роль вільних ЗМІ, широкі та розпливчасті формулювання пункту 2 частини 1 Статті 1, частини 2 Статті 3 та пункту 2 частини 10 Статті 7 можуть призвести до непропорційних обмежень свободи ЗМІ.

98. Положення частини 2 Статті 3 загрожує «друкованим засобам масової інформації» можливістю опинитись поза законом та забороняє їх випуск у разі порушення Закону. Таким чином, воно дозволяє державі вдаватись до цензури засобів масової інформації. Цензура, у будь-якому контексті, являє собою серйозне порушення свободи поглядів та їх вираження – як тих громадян, які виражають свої погляди через ЗМІ, так і тих, хто отримує інформацію зі ЗМІ. Однак у контексті Закону № 317-VIII проблема з цензурою, яку запроваджує частина 2 Статті 3, видається навіть гострішою: зважаючи на те, що основні положення Закону (які визначають заборонену пропаганду та заборонену символіку) не відповідають вимогам щодо чіткості та передбачуваності, Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ припускають, що частина 2 Статті 3 здатна наділити державні органи повноваженнями припиняти діяльність ЗМІ та/чи контролювати їхні матеріали на власний розсуд. Така санкція є непропорційною, особливо з огляду на важливу роль, яку відіграють ЗМІ у демократичному суспільстві. Заборона окремих ЗМІ чи їхніх публікацій має розглядатись як крайній захід і може

⁹¹ Залишається незрозумілим, чи Закон передбачає цивільно-правову відповідальність.

⁹² Європейський суд з прав людини, *Vajnai v. Hungary*, скарга № 33629/06, рішення від 8 липня 2008 року, п. 57.

⁹³ Див. також Представник ОБСЄ зі свободи ЗМІ, 18 травня 2015 року, наявне за посиланням: <http://www.osce.org/fom/158581>.

бути виправдана лише у виключних випадках, наприклад, якщо публікація містить підбурювання до насильства.

99. Відповідно до частини 3 Статті 3 Закону № 317-VIII, «у разі невиконання юридичними особами, політичними партіями, іншими об'єднаннями громадян, друкованими засобами масової інформації вимог цього Закону їх діяльність/випуск підлягає припиненню в судовому порядку за позовом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань державної реєстрації юридичних осіб, реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, громадських спілок, інших громадських формувань, або іншого уповноваженого органу державної влади». Частина 4 Статті 3 встановлює, що «рішення про невідповідність діяльності, найменування та/або символіки юридичної особи, політичної партії, іншого об'єднання громадян вимогам цього Закону приймає центральний орган виконавчої влади». З останнього положення може випливати, що рішення про невиконання може ухвалити центральний орган виконавчої влади навіть за відсутності судового припису. Хоча Міністерство юстиції у своїй письмовій заяві від 2 грудня 2015 року роз'яснило, що остаточне рішення в таких справах постановляє суд, бажано все ж переглянути формулювання частини 4 Статті 3 та краще узгодити його з формулюванням частини 3 тієї ж Статті.

е) Окремий аспект: перейменування

100. Закон № 317-VIII вимагає від відповідних державних адміністрацій і органів місцевого самоврядування в шестимісячний строк з дня набрання ним чинності здійснити демонтаж певних пам'ятників і пам'ятних знаків та перейменувати райони у містах, вулиці та інші місця (пункти 6-8 частини 15 Статті 7). Такі об'єкти та місця можуть бути важливими для різних громад, що там мешкають.

101. Прагнення Держави звільнитися від пам'яті про тоталітарне комуністичне минуле та в такий спосіб ввести у суспільний простір нову інтерпретацію національної історії та пам'яті є цілком правомірним і слушним, проте відповідний процес має відбуватись на основі принципів інклюзивності й належного врядування. Слід відвести достатньо часу для консультацій з громадськістю, в тому числі з місцевим населенням. Консультації мають бути спрямовані на досягнення балансу між резонними інтересами всіх груп суспільства. Так, рішення про перейменування вулиць, будівель та інших громадських місць повинні ухвалюватись обраними місцевими радами, радше ніж державними адміністраціями, за участю всіх зацікавлених сторін. Отож представникам української влади слід розглянути доцільність подовження терміну імплементації цих положень або передбачити винятки у разі, як рішення не будуть ухвалені в установленій Законом шестимісячний термін. У будь-якому випадку, необхідно надати задіяним громадам можливість провести розширені консультації. Залучення органів місцевого самоврядування до ухвалення рішень про перейменування є надзвичайно важливим сигналом громаді про те, що на відповідній території гармонійно співіснують різні групи населення, та належним кроком у процесі децентралізації.

2. Свобода об'єднань

102. Окрім притягнення порушників до кримінальної відповідальності, Держава може, відповідно до Статті 3 Закону, відмовити в реєстрації та/або припинити діяльність будь-якого об'єднання, у тому числі політичних партій і громадських об'єднань, за пропаганду у визначенні Статті 1. Повноваження Держави позбавляти статусу ефективну організацію політичних суб'єктів, у будь-якому контексті, являє собою серйозне обмеження права на свободу об'єднань. Низка ключових норм Закону № 317-VIII є проблематичними з точки зору їх відповідності вимогам щодо чіткості та передбачуваності. Тому заборона будь-якого об'єднання на основі цього Закону

видається такою, що порушує положення Статті 11 Європейської конвенції та Статті 22 міжнародного пакту (свобода об'єднань).

103. Свобода об'єднань також гарантована Конституцією України (Статті 36-37). Це *«одне з індивідуальних прав людини, що уповноважує людей збиратись і колективно відстоювати, реалізовувати та захищати свої спільні інтереси»*.⁹⁴ Свобода об'єднань є вкрай важливою для політичних партій, зважаючи на роль, яку вони відіграють у забезпеченні плюралізму та належного функціонування демократії.⁹⁵

104. Існує тісний зв'язок між свободою вираження поглядів і свободою об'єднань.⁹⁶ Вони допомагають забезпечити збереження демократичної природи Держави та гарантування захисту прав людини. Як зауважила Венеціанська комісія у Висновку для Республіки Азербайджан, *«неможливо захистити індивідуальні права, якщо громадяни не можуть зорганізуватись навколо спільних потреб та інтересів і відкрито заявляти про них»*.⁹⁷ Отже, свобода вираження поглядів і свобода об'єднань є свого роду передумовами здійснення інших прав.

105. Відмова в реєстрації об'єднань та/чи позбавлення їх реєстрації, без сумніву, обмежують свободу об'єднань.⁹⁸ Це ж стосується і політичних партій, котрі є унікальною формою об'єднань, життєво важливих для функціонування демократії.⁹⁹ Тут також доречний трискладовий тест на обґрунтованість втручання держави у здійснення права (свободи), згідно з яким це втручання повинне базуватися на законі, переслідувати обумовлену законом мету і бути необхідним у демократичному суспільстві. Коли йдеться про політичні партії, тест має застосовуватись особливо вимогливо, залишаючи Державам дуже вузькі межі розсуду.¹⁰⁰ У справі щодо Партії свободи та демократії (*Freedom and Democracy Party*) Європейський суд з прав людини підкреслив, що *«з огляду на суттєву роль, яку відіграють політичні партії у належному функціонуванні демократії, винятки, наведені у Статті 11, у тому, що стосується політичних партій, повинні тлумачитись обмежувальним чином. Лише переконливі та поважні причини можуть виправдати обмеження свободи об'єднань стосовно партій»*.¹⁰¹

106. Відповідно до частини 3 Статті 3 Закону № 317-VIII, юридичні особи, політичні партії та інші об'єднання чи друковані засоби масової інформації, які займаються пропагандою комуністичного чи нацистського режимів або використовують символіку цих режимів у своїх назвах, отримують відмову в реєстрації або позбавляються реєстрації.

⁹⁴ Венеціанська комісія, CDL-AD (2011)035, *Висновок щодо сумісності зі стандартами у галузі прав людини законодавства Республіки Азербайджан про неурядові організації*, п. 39

⁹⁵ Європейський суд з прав людини, *Refah Partisi and Others v. Turkey*, (GC) скарга №№ 41340/98, 41342/98, 41343/98 та 41344/98, 13 лютого 2003 року, п. 31. Див. також Резолюцію № 1308 (2002) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про обмеження на діяльність політичних партій у державах-членах Ради Європи».

⁹⁶ Див., наприклад, ОБСЄ/БДІПЛ та Венеціанська комісія «Керівні принципи щодо свободи об'єднань», наявні за посиланням: <http://www.osce.org/odihr/132371?download=true>, п. 17: «Існує взаємозв'язок між правом на свободу об'єднань та іншими свободами і правами людини – наприклад, свободою поглядів та їх вираження, свободою зібрань і свободою думки, совісті та релігії».

⁹⁷ Венеціанська комісія, CDL-AD(2011)035, п. 102.

⁹⁸ ОБСЄ/БДІПЛ та Венеціанська комісія «Керівні принципи щодо свободи об'єднань», наявні за посиланням: <http://www.osce.org/odihr/132371?download=true>, п.п. 244-257.

⁹⁹ ОБСЄ/БДІПЛ та Венеціанська комісія «Керівні принципи правового регулювання діяльності політичних партій», наявні за посиланням: <http://www.osce.org/odihr/77812?download=true>, п.п. 45-46.

¹⁰⁰ Див. також О. Akbulut, *Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, 2010-2010, С. 46-77.

¹⁰¹ Європейський суд з прав людини, *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, скарга № 23885/94, 8 грудня 1999 року, п. 44.

107. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ нагадують, що «(...) держава повинна дуже обережно використовувати наявну в неї можливість розпустити політичну партію чи заборонити її створення та має робити це лише в крайніх випадках. Європейський суд з прав людини визнав такий високий рівень захисту цілком доречним, беручи до уваги засадничу роль політичних партій у демократичному процесі.»¹⁰² Крім того, «дії, вчинені конкретними приватними особами, що перебувають у лавах політичної партії, якщо ці особи не представляли партію офіційно, має бути віднесено на їх особисту відповідальність. У таких випадках відповідне покарання має призначатись у цивільному чи кримінальному провадженні саме стосовно цих приватних осіб.»¹⁰³ У Керівних принципах правового регулювання діяльності політичних партій, виданих Венеціанською комісією та ОБСЄ/БДІПЛ, наголошено, що «розпуск чи відмова в реєстрації мають застосовуватись лише в тих випадках, коли менш жорсткі засоби регулювання було визнано недостатніми. Розпуск є найсуворішим обмеженням і не повинен вважатися пропорційним, окрім як у разі найсерйозніших порушень».¹⁰⁴

108. Саме лише публічне використання забороненої символіки – будь-то окремим членом певної партії чи партією в цілому – не повинно призводити до розпуску об'єднання, що особливо актуально, коли йдеться про політичні партії, у світлі їх статусу в демократичному суспільстві. Втім Закон № 317-VII передбачає можливість розпуску навіть без посилання на неконституційну природу діяльності такої партії. Це означає, що відповідно до нього партії можуть бути розпущені лише на підставі їхньої назви чи символіки. Відтак, зазначені норми, як видається, не задовольняють вимогам пропорційності.

109. На сьогодні відомо про позбавлення Комуністичної партії України, Комуністичної партії України (оновленої) та Комуністичної партії робітників і селян права на участь у виборах за рішенням Міністерством юстиції України від 24 липня 2015 року.¹⁰⁵ За інформацією, отриманою від українських співрозмовників, з якими зустрічалась делегація Венеціанської комісії та ОБСЄ/БДІПЛ у Києві, зазначеним партіям було надано певний період часу (один місяць) для приведення їхньої діяльності у відповідність до вимог Закону. Впродовж цього терміну вони мали змінити свої назви та/чи символіку. Членам делегації повідомили, що зазначені партії цього не зробили і що 30 вересня 2015 року рішенням Окружного адміністративного суду міста Київ Комуністичну партію України (оновлену) та Комуністичну партію робітників і селян було розпущено.¹⁰⁶ Оскільки подальших засобів правового захисту в Україні немає, у жовтні 2015 року Комуністична партія України подала скаргу до Європейського суду з прав людини, стверджуючи, що позбавлення її права на участь у виборах є порушенням Статей 6, 9, 10 і 14 Європейської конвенції, а також Статті 3 Протоколу I та Протоколу 12 до Європейської конвенції.¹⁰⁷

110. Норми Закону можуть також негативно позначитись на деяких приватних компаніях і організаціях у багатьох областях України, у яких назви підприємств чи продуктів містять певні історичні елементи. Вони можуть призвести до непропорційного

¹⁰² Керівні принципи правового регулювання діяльності політичних партій (CDL-AD(2010)024), п. 89.

¹⁰³ Там само, п. 95.

¹⁰⁴ Online at <http://www.osce.org/odihr/77812?download=true> п.п. 89, 90; див. також ОБСЄ/БДІПЛ та Венеціанська комісія «Керівні принципи щодо свободи об'єднань», наявні за посиланням: http://www.osce.org/odihr/132371?download=true_paragraph_251.

¹⁰⁵ Міністерство юстиції відстороняє три комуністичні партії від участі у виборчому процесі, оскільки вони порушують законодавство України – міністр, *Interfax-Ukraine*, 24 липня 2015 року.

¹⁰⁶ Суд заборонив діяльність двох компартій, *Українська правда*, 1. 10. 2015.

¹⁰⁷ КПУ спрямувала до Європейського суду з прав людини позов про порушення державою Україна основоположних прав і свобод людини, *KPU*, 30. 10. 2015.

втручання у здійснення права на свободу об'єднань та на свободу вираження поглядів у приватній сфері.

3. Виборчі права

111. Відповідно до частини 5 Статті 3 Закону № 317-VIII, політичні партії не можуть бути суб'єктом виборчого процесу, якщо компетентний центральний орган виконавчої влади визнає їх діяльність такою, що порушує Закон. Таке обмеження є втручанням у здійснення членами цих партій чи організацій права обиратись. Воно також опосередковано зачіпає право виборців (оскільки позбавляє їх можливості голосувати за членів партій, на які поширюється ця норма). Воно, безсумнівно, є втручанням у здійснення права на вільні вибори, що гарантоване Статтею 3 Протоколу I Європейської конвенції та Статтею 25 Міжнародного пакту і охоплює право політичних партій та їх кандидатів брати участь у виборах (див. також Статтю 38 Конституції України).

112. Хоча Стаття 3 Протоколу I до Європейської конвенції (право на вільні вибори) напряму не передбачає можливості обмежень, Європейський суд з прав людини у своїй практиці роз'яснив, що це право не є абсолютним.¹⁰⁸ Розглядаючи скарги у зв'язку зі Статтею 3 Протоколу I до Європейської конвенції, Суд застосовує той самий тест, що передбачений частиною 2 Статей 10 та 11 Європейської конвенції. Він ґрунтується на двох вимогах: законності та пропорційності.¹⁰⁹

113. Обмеження, запроваджене частиною 5 Статті 3, може, з викладених вище міркувань, переслідувати законні цілі, проте воно непропорційне цим цілям, оскільки усуває політичні партії від участі у виборах без урахування серйозності порушення Закону тою чи іншою політичною партією. Як зазначили Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ у Керівних принципах регулювання діяльності політичних партій, *«стягнення мають бути сумірні вчиненим порушенням»*.¹¹⁰ Виключення з виборчого процесу – одне з найсуворіших покарань, які можна призначити політичній партії. За своїм впливом воно аналогічне забороні чи розпуску партії, хоча Венеціанська комісія й не розглядала його в такому контексті у Керівних принципах щодо заборони та розпуску політичних партій, оскільки жодна з проаналізованих країн не застосовувала цю санкцію.¹¹¹

114. Більше того, як зазначалося вище, недостатня чіткість і передбачуваність Закону створюють ризик невідповідності цього положення нормам міжнародного права в галузі прав людини.

115. Відповідно до Закону, відсторонення партії від участі у виборчому процесі ґрунтується на позові центрального органу виконавчої влади та відповідному судовому рішенні. У цьому зв'язку звертаємо увагу, що *«слід законодавчо закріпити вимогу до держави забезпечити ефективні засоби правового захисту у разі будь-якого порушення основних прав на свободу об'єднань і вираження поглядів. Такі засоби можуть надаватись уповноваженими адміністративними, законодавчими чи навіть*

¹⁰⁸ Див., наприклад, Європейський суд з прав людини, *Alajos Kiss v. Hungary*, скарга № 38832/06, 20 травня 2010 року.

¹⁰⁹ *«Проте остаточне рішення про дотримання вимог Статті 3 Протоколу №1 ухвалює Суд; він має переконатися, що такі умови не обмежують названі права у такий спосіб, аби зашкодити їх власній сутності та позбавити ефективності; що такі обмеження переслідують законну мету та що застосовані засоби не є непропорційними.»* Європейський суд з прав людини, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, скарга № 9267/81, 2 березня 1987 року, п. 52.

¹¹⁰ CDL-AD(2010)024, п. 225.

¹¹¹ CDL-INF(2000)001, Керівні принципи щодо заборони та розпуску політичних партій – Додаток I – Звіт ухвалений Венеціанською комісією на її 35 пленарному засіданні, III.B, С. 13.

судовими органами, але доступні вони мають бути при будь-якому порушенні основних прав, гарантованих міжнародними та регіональними правовими документами. Задля забезпечення ефективності правовий захист має надаватися якомога швидше. Дієвість запізнілого правового захисту є малою». ¹¹² Таким чином, «будь-яке втручання державних органів у діяльність політичних партій дає їм привід оскаржити в судовому порядку правомірність рішень або ж дій таких органів і бути заслуханими у відкритому судовому засіданні неупередженим судом. Ця можливість винятково важлива, коли йдеться про заборону чи розпуск політичної партії, оскільки в такому серйозному питанні остаточне рішення має бути за судовою інстанцією. В усіх випадках, коли розглядається можливість заборони чи розпуску, справу завжди має бути попередньо розглянуто у відповідному суді.» ¹¹³

IX. Висновки

116. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ визнають право України забороняти чи навіть криміналізувати використання певної символіки та пропаганди тоталітарних режимів. Держави вільні запроваджувати законодавство, що забороняє чи навіть визнає кримінальним злочином використання символіки та пропаганди певних тоталітарних режимів, однак такі закони повинні відповідати вимогам Європейської конвенції та інших регіональних і міжнародних правових документів у галузі прав людини, а також узгоджуватися з їх національними конституціями.

117. У тих випадках, коли зазначені закони призводять до обмеження свободи вираження поглядів або свободи об'єднань, такі обмеження повинні задовольняти вимогам трискладового тесту, тобто бути встановлені законом, переслідувати законну мету та бути необхідними в демократичному суспільстві. У тих випадках, коли вони призводять до втручання у здійснення права на вільні вибори, втручання має задовольняти умовам законності та пропорційності. За жодних обставин закони не повинні порушувати принцип *nullum crimen sine lege* (немає злочину без закону, що його передбачає).

118. Хоча Закон № 317-VIII можна вважати таким, що переслідує законні цілі, він не є достатньо точним і чітким для того, щоб особа могла, з достатньою впевненістю, завчасно передбачити законність або незаконність своїх дій, та для того, щоб запобігти свавільному втручання органів державної влади.

119. Відтак, Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ воліли б надати такі рекомендації, спрямовані на вдосконалення Закону № 317-VIII:

- a) *Символіка*: для забезпечення ясності та конкретності, Закон має містити менш розлогий і виключний перелік забороненої символіки;
- b) *Пропаганда*: це поняття має бути чітко визначеним, особливо коли воно застосовується у цілях криміналізації певних дій;
- c) *Заперечення злочинів*: відповідні положення мають бути пов'язані з конкретними злочинами, а не просто вказувати на «злочинну природу» режиму в цілому, що є надто розпливчастим;
- d) *Санкції*: лише ті дії, що становлять дійсну загрозу суспільству, повинні тягти за собою кримінальну відповідальність, яка має бути пропорційною тяжкості

¹¹² Там само, п. 229.

¹¹³ Там само, п. 230.

вчиненого злочину. Просте демонстрування символіки чи використання назви не повинне каратись позбавленням волі; та

- е) *Заборона об'єднань (зокрема політичних партій):* у Законі слід чітко зазначити, що заборона будь-якого об'єднання є крайнім заходом, до якого можна вдаватись лише у виключних випадках, пропорційно до тяжкості злочину. Це стосується, в першу чергу, політичних партій у світлі їхньої важливої функції в демократичному суспільстві.

120. Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ і надалі залишаються готовими надати українській стороні будь-яку подальшу допомогу, яка може їм знадобитись.