ISSN 1995-6134

УДК 342.7:342.4(477)

Г.В. БЕРЧЕНКО,
канд. юрид. наук, доц., Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

ДЕКОМУНІЗАЦІЯ В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Ключові слова: *конституція, декомунізація, денацифікація, озброєна демократія, політичні партії, свобода слова, плюралізм*

09.04.2015 р. Верховна Рада України ухвалила Закон «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» (далі – Закон № 317–VIII). Окремі положення закону набули неабиякого розголосу в суспільстві та в юридичному середовищі, оцінки вкрай різноманітні: від цілковитої підтримки до повного неприйняття. Так, прикладом останнього є конституційне подання 46 народних депутатів, що перебуває на розгляді в Конституційному Суді України, які просять визнати весь Закон № 317–VIII неконституційним [1].

Отже, є вкрай важливим проаналізувати Закон № 317–VIII з юридичної точки зору, відповідність його основним принципам Конституції України та як цей закон вписується в сучасні тенденції, притаманні конституціоналізму в європейських країнах.

Окремі аспекти зазначеної проблематики знайшли своє відображення у працях таких вітчизняних і зарубіжних вчених, як Ю.Г. Барабаш, Е.Л. Боффіль, Г. Франкенбергер, К. Хессе, А. Шайо, В.Д. Яворський та інших. Метою статті є з'ясування конституційності ухваленого Закону № 317–VIII. Завданнями статті є: розкрити зв'язок між Законом 317–VIII і концепцією озброєної демократії; з'ясувати відповідність окремих норм Закону № 317–VIII принципу верховенства права, пропорційності, правової визначеності, легітимності та балансування із правом на свободу слова; висловити пропозиції щодо подальших змін в Законі № 317–VIII.

Почати потрібно з того, на яких засадах ґрунтується сам Закон № 317–VIII. Сьогодні в науці конституційного права поширеним є підхід, відповідно до якого демократичні держави Заходу поділяються на два типи: так звані «озброєні демократії» та «процедурні демократії». Якщо в країнах «озброєної демократії», стурбованих захистом основних цінностей, забороняється політична діяльність і виступи, скеровані проти демократичних принципів, то в державах «процедурної демократії» відсутні будь-які обмеження на політичну дискусію і висловлювання думок, включаючи й ті виступи, що спрямовані проти існуючого конституційного ладу [2, с.114].

У державі «процедурної демократії» всі політичні домагання, незалежно від їх цілей, вважаються законними за умови, що вони не тільки не мають на меті застосування насильства, але і підлягають всім прийнятим в демократичному суспільстві правилам гри [2, с.114]. Натомість, концепція «войовничої» демократії походить з післявоєнної Німеччини і передбачає можливість здійснення певних превентивно-репресивних заходів з метою захисту конституційних цінностей. В основі концепції «озброєної демократії» важливим моментом є можливість оголошувати політичні партії поза законом [2, с.115]. Разом із тим, як зазначає К. Хессе, засоби превентивної або репресивної охорони конституції не зміцнюють дієвість конституції і містять в собі тенденцію все більше шукати гарантію конституції і держави, що нею заснована, в добре функціонуючій системі нагляду і придушення, а не в законності та інтеграційної здатності основних принципів конституцій, на яких в першу чергу ґрунтується міцність конституції [3, с.236]. До країн «озброєної демократії» належать країни, яким довелося пережити епоху авторитаризму (це характерно для Федеративної Республіки Німеччини (нім.: «Wehrhafte Demokratie»), Іспанії, а також для демократичних держав Східної Європи) [2, с.118].

На думку А. Шайо, мова про самозахист конституційної держави і озброєну демократію йде у зв'язку із загрозою підкорення ме-

© Берченко Г.В., 2017

ISSN 1995-6134

ншості більшості, що може спотворити суть демократії [4]. Конституційна (громадянська) демократія не захищена по своїй суті від сил, що прагнуть захопити владу, граючи на почуттях людей, а потім утримувати її авторитарними методами [4, с.4]. Запобігання монополізації влади громадськими групами набуло конституційного значення після зловживань державною владою в XX ст. У зв'язку з цим німецький Основний Закон висунув принцип «озброєної демократії» [5, с.13].

З одного боку, можна говорити про те, що правовими засобами цю проблему вирішити не можна. Тобто введення додаткових механізмів попереднього контролю і заборон тільки зашкодять демократії, яка, як відомо, не може встановлювати істину, а тільки допомагає її шукати за допомогою відповідних процедур. Відомо, що правознавці схильні переоцінювати значення правових норм. Тому головним принципом в юриспруденції, як і в медицині, залишається принцип: не нашкодь. Водночас відсутність озброєної демократії сприяє ліквідації свободи «зсередини», що може взагалі знищити демократію.

Отже, конституційна держава має протистояти такій політиці не тільки тоді, коли радикальні сили вже досягли успіхів і почали використовувати демократичний апарат в своїх інтересах, а повинна від самого початку стримувати його [5, с.4].

На думку А. Шайо, конституції, що служать конституціоналізму, а не ілюзіям і обіцянкам революційних утопій, не пророкують суспільства майбутнього. Вони говорять про пов'язані з попереднім ладом страхи, та про те, як на основі знання цих страхів користуватися владою [5, с.12]. Страх можна перемогти хитрістю. Якщо скористатися метафорами Гомера і норвезького філософа Й. Ельстера, той, хто розробляє конституцію, схожий на хитромудрого Одіссея, який не став затикав вуха, але велів прив'язати себе до щогли. Він хотів – повинен був – почути солодкоголосих сирен, й водночас знав, що іншого способу встояти перед їх спокусливим співом у нього немає [5, с.19].

Подібна схема знайшла своє відображення в Основному Законі Німеччини та конституціях ряду східноєвропейських держав – Польщі, Румунії та Чеської Республіки, які були натхненні німецькою моделлю. Відомо, що абзац 3 статті 79 Основного Закону Німеччини забороняє вносити зміни, які зачіпають демократичні, соціальні та федеративні основи держави, а в абзаці 2 статті 21 передбачається, що політичні партії, які так або інакше прагнуть завдати шкоди основам вільного демократичного ладу, або усунути його, або поставити під загрозу існування Федеративної Республіки Німеччини, є неконституційними. Цією ж статтею німецький Федеральний конституційний суд наділяється повноваженнями приймати рішення про антиконституційність політичних партій [2, с.115].

Як зазначає Г. Франкенберг, поспішним було б, однак, припущення, що конституційне закріплення «готової до захисту» або «озброєної демократії», з його конституційно-правовою та законодавчою конкретизацією, звільняє його від будь-якої критики. Теорію і практику «готової до захисту демократії» необхідно критикувати з точки зору того, чи не підривають вони принцип загального самовизначення і чи не урізують вони необхідні в майбутньому політичні навчальні процеси та експерименти [6, с.18].

Справді, «озброєна демократія» може бути не стільки ознакою демократичної консолідації, як прихованим наслідком темного минулого. До заходів, що легітимізуються в країнах «озброєної демократії», належить такий захист системи, який починає нагадувати боротьбу за досягнення політичного ідеалу, характерного для авторитарної культури правління. У подібних демократичних державах, пішли не надто далеко від їх авторитарного минулого. Зокрема, представники еліти можуть піддатися спокусі застосування жорстких заходів, спрямованих на обмеження демократії не тільки заради перемоги над її ворогами, але й проти своїх конкурентів в боротьбі за владу [2, с.118].

Тому на перший план тут виступає проблема: яким чином можна провести грань між

ISSN 1995-6134

дбайливим демократичним втручанням, що сприяє розвитку самовизначення, і втручанням довільним і владним, яке підриває можливості самовизначення. Небезпека полягає в надмірних дисциплінуючих наслідках контрольної системи, які можуть перетворитися на «зловживання». Подібний підхід сигналізує про конституційно закріплену загрозу протекціонізму [6, с.19].

Так чи інакше, незважаючи на ризики і недоліки, концепція озброєної демократії є досить поширеною в Європі [7, с.108–114] і охоплює механізми заборони політичних партій та інших об'єднань, процеси денацифікації і декомунізації. По суті, ці механізмі є відповіддю на попередні періоди паплюження прав людини та інших важливих конституційних цінностей тоталітарними режимами і партіями, що були при владі і є своєрідним щепленням нагадуванням на майбутнє майбутнім поколінням про попередні злочини, є засобом їх відвернення в сьогоденному житті.

Варто погодитись з тим, що декомунізація має спільні риси з денацифікацією, що здійснювалася в низці країн Центрально-Східної Європи після Другої світової війни [8, с.6]. Ці процеси є неминучими з огляду на відповідну історичну специфіку України. Саме на території України чи не найдовше в світі існував тоталітарний режим. Процес декомунізації в тій чи іншій формі на законодавчому рівні охоплює такі сфери: люстрація колишніх посадовців комуністичного режиму, засудження комуністичного режиму та його злочинних практик, вшанування борців проти комуністичного режиму та відновлення прав його жертв, забезпечення доступу до архівних документів комуністичних спецслужб, заборона публічного використання комуністичної символіки [8, с.49].

По суті норми Закону «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» є передусім декомунізаційними, зважаючи на історичні реалії України, і ґрунтуються на підході, що отримав назву «озброєної демократії». Мова йде про наявність встановлених законом матеріальних (змістовних) обмежень на здійснення політичної дискусії (а не лише одних формальних процедурних вимог допуску до участі в політичному процесі). Такими обмеженнями Законом визнається заборона пропаганди комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їхньої символіки.

Водночас варто погодитися із відомим правозахисником В. Яворським, що засудження актом парламенту є не достатнім. Злочинний характер режиму повинен означатися підтвердженими злочинами, а не політичними актами. Очевидно, що для цього потрібна судова, а не парламентська процедура. Саме підтверджені й встановлені судом конкретні злочини комуністичного режиму мали б стати в основу актів заборони щодо заперечення цих злочинів [9]. Якщо щодо нацистського режиму такий процес був (Нюрнберзький процес), то щодо комуністичних злочинів, такий судовий процес так і не відбувся.

Засудження комуністичних злочинів відбулося лише на рівні європейських інституцій та національних парламентських актів. Судове засудження комуністичних злочинів, як правило, слідувало за відповідною парламентсько-політичною оцінкою. Так, наприклад, у ч.III Постанови КС сусідньої РФ від 30.11.1992 р. № 9-П вказано:

«В країні протягом довгого часу панував режим необмеженої, опираючись на насильство, влади вузької групи комуністичних функціонерів, об'єднаних у політбюро ЦК КПРС на чолі з генеральним секретарем ЦК КПРС. ... Лише на рівні первинних осередків КПРС мала ознаки громадського об'єднання, хоча виробничий принцип формування цих організацій ставив членів КПРС в залежність від їхнього керівництва, тісно пов'язаного з адміністрацією (парт номенклатурою КПРС). ... Матеріали справи, у тому числі і покази свідків, підтверджують, що керівні структури КПРС були ініціаторами, а структури на місцях – частіше всього провідниками політики репресій по відношенню до мільйонів

ISSN 1995-6134

радянських людей, у тому числі і по відношенню депортованих народів. Так тривало десятиріччями… Керівні структури КПРС привласнили державно-владні повноваження і активно їх реалізовували».

Найхарактернішим прикладом східноєвропейської держави, яка засудила комуністичні фашистські злочини задля недопущення їх в подальшому є Польща. Відповідно до ст.13 Конституції Польщі заборонено існування політичних партій та інших організацій, які у своїх програмах звертаються до тоталітарних методів і прийомів діяльності нацизму, фашизму і комунізму, а також тих, програма або діяльність яких вимагає або допускає расову та національну ненависть, застосування насильства з метою захоплення влади або впливу на політику держави або передбачає збереження в таємниці структур або членства. Італійська (ст.XII) та іспанська (ст.6) Конституції містять положення, що забороняють утворення фашистських партій. Португальська конституція забороняє будь-які об'єднання, що дотримуються фашистської ідеології (ст.46).

ЄСПЛ у липні 2008 року в справі Вайнай проти Угорщини (Vajnai v. Hungary) та 2011 року у справі Фратаноло проти Угорщини (Fratanolo v. Hungary) в контексті права на свободу вираження поглядів аналізував обставини притягнення обох заявників до відповідальності за угорським законодавством за порушення заборони публічного використання символу червоної зірки.

Суд дійшов висновку, що червона зірка «не може уособлювати виключно комуністичний тоталітарний режим, як це стверджує Уряд», що конкретний символ червоної зірки «може мати декілька значень у контексті справи Вайнай, у якій символ демонструвався лідером зареєстрованої політичної партії без будь-яких тоталітарних цілей», та що

«Уряд не наддав доказів того, що носіння червоної зірки однозначно означає ототожнення з тоталітарними ідеями, особливо у світлі того що Заявник здійснив таку дію під час проведення законної та мирної демонстрації в якості заступника голови зареєстрованої політичної партії лівого крила, в якої не спостерігається намірів брати участь у політичному житті Угорщини у порушення правопорядку… Що стосується мети попередження заворушень, Суд зауважує, що Уряд не навів жодного прикладу, коли реальна або гіпотетична загроза заворушень в Угорщині виникла у зв'язку з публічним показом червоної зірки».

Тож у цих двох конкретних випадках ЄСПЛ констатував: дії угорської влади стосовно притягнення Вайнай та Фратаноло до відповідальності за носіння символу червоної зірки за зазначених обставин порушували право на свободу вираження поглядів, гарантоване ст.10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Слід зазначити, що питання інших комуністичних символів, публічне використання або поширення яких заборонено законодавством будь-яких країн Європи, ЄСПЛ не розглядалося й жодної оцінки таким символам суд не надавав [8, с.46].

До речі, український закон п'ятикутну зірку саму по собі не відносить до комуністичних символів і її активно продовжують використовувати в політичний діяльності, зокрема, не кажучи про сферу вираження поглядів і переконань.

Європейська комісія з прав людини і Європейський суд з прав людини розглянули ряд справ, використовуючи положення статті 10 ЄКПЛ, що стосуються заперечення Голокосту та інших заяв, пов'язаних з нацистськими злочинами. Комісія і суд постановили, що більшість заяв в таких випадках є неприйнятними; в тих рідкісних винятках, коли вони вважали скаргу істотною, виносилось рішення про те, що втручання держави в право заявника на свободу вираження думки було «необхідним у демократичному суспільстві» або посилались на статтю 17 ЄКПЛ про оголошення скарги несумісною *ratione materiae* з положеннями Європейської конвенції з прав людини. Крім злочинів, скоєних нацистським режимом, Європейський суд з прав людини дуже неохоче виносив позитивні рішення щодо посяганням на свободу вираження погля-

ISSN 1995-6134

дів, якщо йшлось про історичні дебати. При визначенні того, чи втручається держава в право вільно робити заяви, що зачіпають історичні питання, які є *«необхідними у демократичному суспільстві»*, Суд брав до уваги декілька факторів: манера, в якій були сформульовані суперечливі заяви, і те, як вони могли бути витлумачені, інтереси або права, які зачепили заяви, можливий вплив зроблених заяв, і час, що минув з моменту відповідних історичних подій (детальніше див: п.45, 46 Спільного попереднього висновку Венеціанської комісії № 823/2015 і БДІПЛ № FOE-UKR/280/2015 CDL-AD (2015) від 18.12.2015 року щодо Закону України про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та заборону пропаганди їхньої символіки [10].

Іншою європейською судовою установою – Європейським судом справедливості – 2011 року було розглянуто справу щодо реєстрації як торгової марки одного з комуністичних символів. 2006 року компанія Couture Tech Ltd спробувала зареєструвати герб СРСР як торгову марку Співтовариства. Рішенням реєстраційного органу їй було відмовлено в цьому. Відмову компанія оскаржила до Європейського Суду Справедливості, який у вересні 2011 року за результатами розгляду скарги виніс рішення. В ньому суд дійшов висновку, що «в реєстрації торгової марки має бути відмовлено, якщо це суперечить державній політиці або прийнятим засадам моралі навіть у частині Європейського Союзу, навіть якщо ця частина представлена лише однією з держав-членів». Суд також констатував, що такі поняття слід розуміти не тільки з позиції обставин, спільних для всіх країн-членів, але й беручи до уваги особливі обставини конкретних держав, які можуть впливати на громадське сприйняття всередині цих країн. Аналізуючи обставини справи, суд дійшов висновку, що зображення герба СРСР, яке заявник хотів зареєструвати як торгову марку, містило зображення серпа, молота й п'ятикутної зірки, які за законодавством однієї з країн-членів ЄС, а саме Угорщини, визнано символами тиранії, «і їх використання суперечить державній політиці». На підставі цього суд відхилив скаргу компанії Couture Tech Ltd та відмовив у реєстрації товарного знаку [8, с.47].

Отже, обмеження, що застосовуються до комуністичної, нацистської та фашистської ідеологій є прийнятними в Європі. У проміжному висновку № 788/2014 щодо Закону України «Про очищення влади» (закон про люстрацію) прийнятому Венеційською комісією на її 101-му Пленарному Засіданні (Венеція, 12–13.12.2014 року) від 16.12.2014 CDL-AD (2014) 044 у п.35 сказано:

«Цілком можливо, що демократії інколи доводиться захищати себе (концепція «streitbare/wehrhafte Demokratie»), як було визнано ЄСПЛ».

У п.26 цього ж висновку зазначено:

*«Немає ніяких сумнівів, що **комуністичний режим був відзначений серйозними порушеннями прав людини**, а також загальним дефіцитом свободи і демократії. Це було чітко зазначено в Резолюції 1481 (2006) Парламентської Асамблеї. Всі інші закони про люстрацію, які були прийняті в країнах Центральної та Східної Європи протягом останніх трьох десятиліть, фокусуються на цьому періоді. **Тоталітарна природа режиму, поверненню якого має запобігти люстрація, не підлягає сумніву**».*

Крім того, відповідно до п.9 Спільного попереднього висновку Венеціанської комісії № 823/2015 і БДІПЛ № FOE-UKR/280/2015 CDL-AD(2015) від 18.12.2015 року щодо Закону України про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та заборону пропаганди їхньої символіки:

«Венеціанська комісія та ОБСЄ/БДІПЛ визнають право України на заборону або навіть кримінальну відповідальність за використання певної символіки та пропаганду тоталітарних режимів. Таке законодавство нерідко зустрічається в державах-учасницях Ради Європи та ОБСЄ. Однак, оскільки положення впливають на права людини, зокрема, на право на свободу вираження думки,

ISSN 1995-6134

свободу об'єднань, зібрань і виборів, законодавство має відповідати вимогам, викладеним у Європейській конвенції з прав людини (ЄКПЛ) та інших регіональних або міжнародних інструментах захисту прав людини» [10].

При цьому в цьому ж висновку досить детально проаналізовані зауваження Венеціанської комісії до Закону № 317–VIII, які зводяться до наступного (п.10):

a) *Символи:* для ясності, Закон повинен містити менш об'ємний і більш вичерпний перелік заборонених символів;

b) *Пропаганда:* це поняття має бути чітко визначене, особливо у випадку його використання з метою криміналізації поведінки;

c) *Заперечення злочинів:* відповідні положення повинні стосуватись конкретних злочинів, а не просто «*кримінального характеру*» режиму в цілому, що є занадто невизначеним;

d) *Санкції:* лише такі дії, які становлять реальну загрозу для суспільства, тягнуть за собою кримінальну відповідальність, яка повинна бути пропорційною серйозності скоєного злочину. Просте відображення символу або використання імені не призводить до позбавлення волі; і

e) *Заборона об'єднань (зокрема політичних партій):* Закон має уточнити, що заборона будь-якого об'єднання є крайнім заходом у виняткових випадках, пропорційних злочину. Це, зокрема, стосується політичних партій у світлі їх важливої функції в демократичному суспільстві.

Досить детальний і авторитетний критичний аналіз Закону № 317–VIII провів відомий правозахисник В. Яворський [9]. Свої зауваження до Закону № 317–VIII висловив представник України у Венеціанській комісії В. Пилипенко [11]. Погоджуючись з деякими зауваження Венеціанської комісії, а також експертів, що критикують Закон № 317–VIII, наведемо власні міркування стосовно них.

1. Щодо обмеження політичної діяльності законом.

Питання конституційності Закону № 317–VIII часто ставиться в площині формальній. Мова йде про те, що декомунізація передбачена законом, а не Конституцією. Зазначимо, що з формальної точки зору Конституція України у ст.15 цілком допускає наявність обмежень щодо політичної діяльності, встановленої законом. Такими є Закон № 317–VIII і Закон «Про політичні партії», частину першу статті 5 якого було доповнено пунктом 9 такого змісту:

«***Утворення і діяльність політичних партій забороняється, якщо їх програмні цілі або дії спрямовані на*** *пропаганду комуністичного та/або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їх символіки».*

2. Легітимність обмежень.

Окрім формального критерію принципово важливою є легітимність мети Закону № 317–VIII. Наголосимо, що концепція озброєної демократії якраз і полягає в тому, щоб вивести з політичного поля партії, які посягають на конституцій цінності та встановити інші обмеження щодо політичної діяльності. Історично комуністичний і націонал-соціалістичний режими несли тоталітаризм і злочини цих режимів були неодноразово засуджені в світі. Тоталітаризм є прямо протилежним визнаним Україною принципом демократичної держави (ст.1 Конституції України) і пропаганда тоталітарних режимів, отже, є антиконституційною, вочевидь, така пропаганда входить в суперечність з конституційними цінностями української держави.

Конституція України має захищати здійснення політичної діяльності будь-якими партіями, діяльність і програма яких не суперечить конституційним цінностям. І тому за умови відсутності такої пропаганди будь-які суб'єкти політичної системи, що не порушують конституційні цінності, мають можливість існувати і захищатися правом.

При цьому жодна норма Закону № 317–VIII не говорить про ідеологію як таку і комуністична ідеологія не забороняється. Забороняється саме пропаганда тоталітарних режимів. В цьому аспекті мова про порушення принципу ідеологічної багатоманітності не йде.

2. Заборона участі у виборах на підставі рішення Мін'юсту України.

ISSN 1995-6134

Нагадаємо, що ч.5 ст.3 Закону № 317–VIII визначає:

«*Політичні партії, обласні, міські, районні організації або інші структурні утворення, передбачені статутом політичної партії, щодо яких центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань державної реєстрації юридичних осіб, реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, громадських спілок, інших громадських формувань, прийнято у визначеному Кабінетом Міністрів України порядку рішення про невідповідність їх діяльності, найменування та/або символіки вимогам цього Закону, не можуть бути суб'єктом виборчого процесу*».

На нашу думку, зважаючи на легітимність мети встановленого обмеження, в даному випадку постає питання пропорційності таких обмежень. Це питання має бути вивчено передусім.

Венеціанська комісія інтерпретує це положення як таке, *«що політичні партії не можуть бути суб'єктами виборчого процесу, якщо компетентний центральний орган виконавчої влади виявив порушення ними Закону»* (п.110). І далі зазначає «*таке втручання щодо законної цілі не є пропорційним таким цілям, тому що недопущення до участі політичних партій у виборах, не беручи до уваги суворість недотримання політичною партією закону»* (п.112).

На захист Закону № 317–VIII зазначимо, що він говорить не про «порушення Закону», а «невідповідність їх діяльності, найменування та/або символіки вимогам цього Закону».

Відповідно до ч.4 ст.3 Закону № 317–VIII:

«*Рішення про невідповідність діяльності, найменування та/або символіки юридичної особи, політичної партії, іншого об'єднання громадян вимогам цього Закону приймає центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань державної реєстрації юридичних осіб, реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, громадських спілок, інших громадських формувань, у визначеному Кабінетом Міністрів України порядку*».

Отже, мова йде про невідповідність усієї діяльності, символіки або назви партії Закону № 317-VIII (див. також Порядок прийняття рішень щодо невідповідності діяльності, найменування та/або символіки юридичної особи, політичної партії, її обласної, міської, районної організації або іншого структурного утворення, передбаченого статутом політичної партії, іншого об'єднання громадян вимогам Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 27.05.2015 р. № 354).

Проблема в тому, що Закон № 317–VIII ухвалювався набагато пізніше набуття Україною незалежності і формування нової правової і політичної системи і серед політичних гравців формально допущеними були ряд партій, в діях яких були ознаки пропаганди комуністичного тоталітарного режиму. Спір щодо заборони КПУ вже не один рік розглядається в апеляційному адміністративному суді, а рішення окружного адміністративного суду м. Києва про припинення КПУ не набрало чинності.

Водночас така норма, якщо б і мала права на існування, то мала би носити виключно тимчасовий характер, а на майбутнє закон має встановити виключно судовий порядок заборони участі політичній партії у виборах. Тому є сумніви у конституційності відповідного положення Закону як постійно діючої норми, без наявності відповідної судової процедури, аналогічної процедурі заборони політичних партій. Це положення не узгоджується принцип пропорційності, що є складовим елементом принципу верховенства права (ст.8 Конституції України). Пропорційним засобом в даному випадку можна вважати відповідну судову процедуру.

Так само з вищенаведених підстав існують сумніви у конституційності як постійно діючої норми ч.2 ст.12 Закону «Про місцеві вибори», відповідно до якої:

«Не може бути суб'єктом виборчого процесу місцева організація партії, щодо якої центральним органом виконавчої влади, що

ISSN 1995-6134

реалізує державну політику з питань державної реєстрації юридичних осіб, реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, громадських спілок, інших громадських формувань, прийнято у визначеному Кабінетом Міністрів України порядку рішення про невідповідність її або партії в цілому діяльності, найменування та/або символіки вимогам Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки»».

3. Назва Комуністичної партії України.

На наш погляд, викликають сумніви щодо дотримання принципу пропорційності стосовно включення в дефініцію «найменування комуністичної партії», яка наведена в п.1 ч.1 ст.1 Закону № 317–VIII, назви Комуністичної партії України (КПУ). Це важливо, оскільки найменування комуністичної партії визнається символікою тоталітарного комуністичного режиму, пропаганда якої заборонена.

Так, Комуністична партія України, як громадське об'єднання, була зареєстрована Міністерством юстиції Української РСР 22.07.1991 року і заборонена указом Президії Верховної Ради України «Про заборону діяльності Компартії України» 30.08.1991 року. Згодом 19.06.1993 р. – на з'їзді у Донецьку КПУ була відновлена (формально – створена як нова партія).

Конституційний Суд України у рішенні від 27.12.2001 року висловив думку, що Комуністична партія України, яка була зареєстрована 22.07.1991 року саме як об'єднання громадян, не є правонаступником КПРС і Компартії України у складі КПРС. Тим більше, такий висновок справедливий і щодо КПУ, зареєстрованої 1993 року.

Водночас після того, як 27.12.2001 року Конституційний Суд України визнав неконституційними Укази Президії Верховної Ради України від 26 і 30 серпня 1991 року про зупинення та про заборону діяльності КПУ, у травні 2002 року був проведений об'єднавчий з'їзд двох комуністичних партій України і ухвалене рішення об'єднати заборонену КПУ Гуренка з КПУ Симоненка. 26.05.2002 року на об'єднавчому з'їзді «стара» КПУ влилася в «нову» партію Симоненка [12]. З програми КПУ [13]:

«После объединенного съезда (май 2002 года) Компартия Украины действует на законных основаниях не только как наследница идей и традиций Компартии, образованной в июле 1918 года и зарегистрированной Министерством юстиции Украины в июле 1991 года, но и как ее правопреемница».

Отже, КПУ ідентифікує себе як правонаступницю радянських комуністичних партій. Водночас формально (незважаючи на відповідну самоідентифікацію), не будучи правонаступником КПРС і КП УРСР (про що зазначив Конституційний Суд України), КПУ не може бути включена в перелік комуністичних партій, найменування яких є за законом комуністичною символікою, пропаганда якої заборонена. КПУ може бути лише об'єктом дії Закону № 317–VIII як партія, що потенційно може здійснювати пропаганду тоталітарного комуністичного режиму, зокрема, радянських комуністичних партій. Включення в перелік тоталітарної символіки назви самої КПУ є, на наш погляд, непропорційним обмеженням.

4. Визначення пропаганди в контексті вимог пропорційності обмежень свободи слова і дотримання принципу правової визначеності.

Найбільше дискусій викликає балансування Закону № 317–VIII зі свободою вираження поглядів, що гарантована ст.10 Євроконвенції і ст. 34 Конституції України. Легітимність такого обмеження свободи слова і висловлювань шляхом ухвалення Закону № 317–VIII не викликає сумнівів. Основні зауваження зводяться саме до дотримання вимог щодо пропорційності окремих обмежень та принципу правової визначеності.

З-поміж позицій, наведених авторами конституційного подання, на нашу думку, формулювання «будь-яке зображення державних прапорів, гербів та **інших символів** СРСР, УРСР (УСРР)» (абз.а п.4 ч.1 ст.1) в частині

ISSN 1995-6134

«інших символів» не відповідає вимогам чіткості, ясності, що елементом правової визначеності як частини принципу верховенства права (ст.8) і саме тому є сумніви у його конституційності. Перелік «інших символів» має бути визначений прямо у законі.

Стосовно пропорційності засобів, в частині формулювання визначення пропаганди та переліку забороненої символіки, то варто зазначити наступне. Найбільше занепокоєння у правників викликає запроваджена Законом № 317–VIII криміналізація «виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів» (стаття 436-1) КК України.

Якщо звертися до визначення пропаганди у п.2 ч.1 ст.1 Закону № 317–VIII *(«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 XX столітті, виготовлення та/або поширення, а також* ***публічне використання продукції, що містить символіку комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів»***), то його останній елемент, видається непропорційним і водночас недостатньо визначеним.

Адже у самому формулюванні «виготовлення та/або поширення, а також **публічне використання продукції, що містить символіку комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів»** не враховується мета такого виготовлення, поширення та використання і тому це суперечить принципу правової визначеності і верховенства права (ст.8 Конституції України). Так само може йтися про непропорційне обмеження свободи слова, що гарантується ст.34 Конституції України. Отже, є серйозні сумніви конституційності визначення пропаганди в частині виготовлення та/або поширення, а також публічного використання відповідної символіки.

У цьому зв'язку варто процитувати рішення ЄСПЛ у справі Вайнай проти Угорщини, який наголосив:

«Потенційна можливість пропаганди комуністичної тоталітарної ідеології не може бути єдиною підставою для заборони використання символів й застосування кримінального покарання, а занадто, коли їх змістове наповнення залежить від географічних та інших факторів. Проста демонстрація чи використання символу особою, навіть членом політичної партії з тоталітарними амбіціями, не може бути прирівняна до небезпечної пропаганди».

В Україні вже створено ряд прецедентів реального засудження осіб за цією статтею КК України. Зокрема, вироком, ухваленим 04.05.2017 року Галицьким районним судом м. Львова, затверджено угоду про визнання винуватості, укладену 24.04.2017 року, між прокурором та обвинуваченим «К». Громадянина «К» визнано винним у вчинені злочину, передбаченого ч.1 ст.436-1 КК України, та призначене узгоджене сторонами покарання у виді 2 років 6 місяців обмеження волі без конфіскації майна. На підставі ст.75 КК України звільнено засудженого «К» від відбування покарання з випробуванням, призначивши йому іспитовий строк тривалістю 1 (один) рік.

Зокрема, вказана особа обвинувачувалась у тому, що в період часу з травня 2015 по квітень 2016 року, використовуючи власний ноутбук, в соціальній мережі «Facebook», за допомогою користувача під псевдонімом, умисно, маючи на меті доведення до широкого кола осіб комуністичну ідеологію, усвідомлюючи, що вказана сторінка має відкритий доступ і з нею має змогу ознайомитися необмежене коло користувачів соціальної мережі «Facebook», здійснював на ній публікації, в

ISSN 1995-6134

тому числі у спільнотах соціальної мережі на яких, згідно висновку лінгвістичної експертизи міститься пропаганда елементів комуністичної ідеології, що полягає у поширенні тенденційної інформації, спрямованої на ідеалізацію та популяризацію комуністичної ідеології та у публічному використанні продукції, з символікою комуністичного режиму, до якої належать: публікації, присвячені В.І. Леніну, тобто особі, яка обіймала керівну посаду у вищих органах влади в СРСР, його філософсько-політичні цитати, а також загально відомі комуністичні гасла: «Ленин жил, Ленин жив, Ленин будет жить!»; «План – закон, выполнение – долг, перевыполнение – честь!» [14].

Водночас з точки зору принципу пропорційності кримінальна відповідальність в даному випадку виглядає занадто обтяжливим заходом, є сумніви щодо пропорційності охоплення таких дій визначенням пропаганди, закріпленим у Законі № 317–VIII, за які настає кримінальна відповідальність (див. також: [15]).

Таким чином, вважаємо, що Закон № 317–VIII, спрямований на досягнення легітимної мети, є необхідним для подальшого демократичного поступу України. При цьому він не позбавлений окремих недоліків в частині наявних сумнівів щодо дотримання в його окремих положеннях принципу верховенства права, пов'язаних і з вимогами пропорційності та правової визначеності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» від 09.04.2015 № 317–VIII. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_1919.pdf.

2. Бофилль Э. Л. Запрет политических партий как один из признаков «воинствующей демократии» // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 1. С. 114–123.

3. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. М. : Юрид. лит., 1981. 368 с.

4. Шайо А. Самозащита конституционного государства // Конституционное право. Восточноевропейское обозрение. 2004. № 2. С. 3–10.

5. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) ; пер. с венг. М. : Юристъ, 2001. 292 с.

6. Франкенберг Г. Обучающийся суверен // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2004. № 2. С. 16–26.

7. Берченко Г. В. Громадянське суспільство в Україні: конституційні аспекти. Х. : Юрайт, 2014. 208 с.

8. Рябенко С., Когут А. Європейські законодавчі практики декомунізації: висновки для України. Аналітичний звіт. Львів : Часопис, 2017. 52 с.

9. Яворський В. Аналіз закону про заборону комуністичних символів. URL: http://khpg.org/index.php?id=1430493970.

10. 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). URL: http://www.osce.org/uk/odihr/216291?download=true.

11. Пилипенко В. Декомунізувати «совок» в головах. URL: https://ua.112.ua/mnenie/dekomunizuvaty-sovka-v-holovakh-281013.html.

12. Петро Симоненко: біографія. URL: https://biography.com.ua/politiki/petro-simonenko.html.

13. Программа Коммунистической партии Украины. URL: https://www.kpu.ua/ru/page/programmakpu.

14. Громадянина «К» визнано винним у вчинені злочину, передбаченого ч.1 ст.436-1 КК України, та призначити узгоджене сторонами покарання у виді 2 років 6 місяців обмеження волі без конфіскації майна. URL: http://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/prescentr/news/347706.

ISSN 1995-6134

15. Лебедєва М. Реальний термін за Леніна в соцмережі і «Капітал» Маркса – подробиці справи. URL: https://hromadskeradio.org/ru/news/2017/05/12/realnyy-strok-za-publikaciyu-cytat-komunistychnogo-rezhymu-u-fb-podrobyci-spravy.

Берченко Г. В. Декомунізація в Україні: конституційно-правові аспекти // Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2017. № 4. С. 13–23. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_4_4.pdf

Здійснено аналіз конституційності ухваленого Закону № 317–VIII. Розглянуто зв'язок між Законом 317-VIII і концепцією озброєної демократії. Наведені пропозиції щодо подальших змін в Законі № 317–VIII. Закон № 317–VIII спрямований на досягнення легітимної мети, є необхідним для подальшого демократичного поступу України. При цьому він не позбавлений окремих недоліків в частині дотримання в його окремих положеннях принципу верховенства права, пов'язаних і з вимогами пропорційності та правової визначеності.

***

Берченко Г.В. Декоммунизация в Украине: конституционно-правовые аспекты

Осуществлен анализ конституционности принятого Закона № 317–VIII. Рассмотрена связь между Законом 317–VIII и концепцией вооруженной демократии. Приведены предложения относительно дальнейших изменений в Законе № 317–VIII. Закон № 317–VIII направлены на достижение легитимной цели, необходим для дальнейшего демократического развития Украины. При этом он не лишен отдельных недостатков в части соблюдения в его отдельных положениях принципа верховенства права, связанных с требованиями пропорциональности и правовой определенности.

***

Berchenko G.V. Decommissioning in Ukraine: Constitutional and Legal Aspects

Analyzing constitutionality of Law № 317–VIII was carried out. The relationship between Law 317–VIII and the concept of militant democracy is considered. Proposals for further amendments to the Law № 317–VIII are presented. Law № 317–VIII is aimed at achieving the legitimate goal, is necessary for further democratic progress of Ukraine. At the same time, he is not deprived of certain shortcomings in respect of the observance in his separate provisions of the principle of the rule of law, related to the requirements of proportionality and legal certainty.

Форум пр