



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности

Типовой закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов



Разработку Типового закона о борьбе с незаконным ввозом мигрантов финансировал Европейский союз.

УПРАВЛЕНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО НАРКОТИКАМ И ПРЕСТУПНОСТИ
Вена

Типовой закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов



ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
Нью-Йорк, 2010 год

© Организация Объединенных Наций, октябрь 2010 года. Все права сохранены.

Употребляемые обозначения и изложение материала в настоящем издании не означают выражения со стороны Секретариата Организации Объединенных Наций какого бы то ни было мнения относительно правового статуса страны, территории, города или района, или их властей, или относительно делимитации их границ.

Подготовка изданий: Секция английского языка, издательских и библиотечных услуг, Отделение Организации Объединенных Наций в Вене.

Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение	1
Типовой закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов	
Глава I. Общие положения	5
Статья 1. Изложение цели	5
Статья 2. Толкование	8
Статья 3. Определения	12
Статья 4. Юрисдикция	21
Глава II. Уголовные преступления	29
<i>Основные преступления: вариант А</i>	
Статья 5.А. Незаконный ввоз мигрантов	33
Статья 5.В. Преступления, связанные с документами на въезд/выезд или удостоверениями личности ..	35
Статья 5.С. Создание условий для незаконного проживания	35
Статья 5.Д. Покушение на совершение преступления	36
Статья 5.Е. Участие в качестве сообщника	36
Статья 5.Ф. Организация или руководство	37
<i>Основные преступления: вариант В</i>	
Статья 5.Г. Незаконный ввоз мигрантов и создание условий для незаконного пребывания	38
Статья 5.Н. Преступления, связанные с поддельными документами на въезд/выезд или удостоверениями личности	40
<i>Основные преступления: вариант С</i>	
Статья 5.І. Преступления, связанные с незаконным ввозом мигрантов	42
Статья 6. Отягчающие обстоятельства	43
Статья 7. Злоупотребление уязвимостью незаконно ввозимых мигрантов	57
Статья 8. Соответствующие [дополнительные] меры	59
Статья 9. Уголовная ответственность незаконно ввезенных мигрантов	60
Статья 10. Обязанности коммерческих перевозчиков и совершаемое ими правонарушение	62

Статья 11.	Содействие въезду и пребыванию в интересах процессов отправления правосудия	66
Глава III.	Меры по защите и оказанию помощи.	71
Статья 12.	Право на неотложную медицинскую помощь	72
Статья 13.	Защита мигрантов от насилия.	73
Статья 14.	Помощь мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу.	75
Статья 15.	[Гражданское] [судебное] производство	76
Статья 16.	Незаконно ввезенные мигранты-дети	77
Статья 17.	Доступ незаконно ввезенных мигрантов к консульским должностным лицам	80
Глава IV.	Координация и сотрудничество	83
Статья 18.	Учреждение национального координационного комитета.	83
Статья 19.	Подготовка кадров и предупреждение незаконного ввоза мигрантов	85
Глава V.	Сотрудничество в области незаконного ввоза мигрантов по морю	89
Статья 20.	Расширенная юрисдикция, предусмотренная в настоящей главе.	92
Статья 21.	Назначение компетентного национального органа	93
Статья 22.	Назначение уполномоченных должностных лиц	94
Статья 23.	Условия и ограничения на осуществление особых правоприменительных полномочий уполномоченными должностными лицами.	95
Статья 24.	Оперативная основа для принятия мер на море	98
Статья 25.	Гарантии в связи с угрозой для жизни на море	102
Статья 26.	Компенсация за причиненные убытки или ущерб.	104
Глава VI.	Процессы, связанные с возвращением незаконно ввезенных мигрантов	107
Статья 27.	Назначение учреждения или учреждений.	107
Статья 28.	Передача мигрантов с особыми потребностями в защите	108
Статья 29.	Обеспечение безопасности при обмене информацией	109
Статья 30.	Законность и действительность документов.	110
Статья 31.	Содействие возвращению незаконно ввезенных мигрантов.	111
Статья 32.	Защита незаконно ввезенных мигрантов в процессе возвращения.	113
Статья 33.	Защита существующих механизмов.	116

Введение¹

Типовой закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов был разработан Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности (ЮНОДК) в ответ на просьбу Генеральной Ассамблеи к Генеральному секретарю поощрять и поддерживать усилия государств-членов по присоединению к Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколам к ней² и выполнению их положений. Он был, в частности, разработан для оказания государствам помощи в осуществлении положений Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющего Конвенцию.

Типовой закон будет облегчать и помогать систематизировать предоставление правовой помощи ЮНОДК, а также способствовать пересмотру и внесению изменений в действующее законодательство и принятию государствами нового законодательства. Он разработан таким образом, чтобы его можно было адаптировать к потребностям каждого государства независимо от правовых традиций и социальных, экономических, культурных и географических условий.

Типовой закон содержит все положения, которые данный Протокол предписывает или рекомендует государствам включать в их национальное законодательство. В комментарии к Типовому закону указано, какие положения являются обязательными, а какие – факультативными. Это различие не проводится в связи с общими положениями (глава I) и определениями (статья 3), поскольку они являются неотъемлемой частью Типового закона, но в самом Протоколе им не придается обязательного характера. Рекомендуемые положения могут также вытекать из других международных инструментов, включая международные нормы в области прав человека, гуманитарного права и прав беженцев. По мере целесообразности или необходимости предлагаются варианты формулировки соответствующих положений, с тем чтобы отразить различия между правовыми культурами.

В комментарии также указан источник соответствующего положения, а в некоторых случаях даются альтернативные варианты предлагаемого

¹ Введение призвано служить пояснительной запиской, касающейся истории разработки, характера и сферы охвата Типового закона о борьбе с незаконным ввозом мигрантов. Оно не является частью текста Типового закона.

² United Nations, *Treaty Series*, vols. 2225, 2237, 2241 и 2326, No. 39574.

текста или примеры национального законодательства различных государств (при необходимости, в неофициальном переводе)³. Должное внимание уделяется также примечаниям для толкования, предназначенным для включения в официальные отчеты (подготовительные материалы) о ходе переговоров по Протоколу⁴, а также *Руководству для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколов к ней*⁵.

Следует подчеркнуть, что вопросы, касающиеся международного сотрудничества по уголовным делам, а также таких преступлений, как участие в организованной преступной группе, коррупция, воспрепятствование осуществлению правосудия и отмывание денежных средств, которыми зачастую сопровождается незаконный ввоз мигрантов, регулируются собственно в Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности. Поэтому очень важно рассматривать и применять положения Протокола о незаконном ввозе мигрантов вместе с положениями Конвенции и разработать внутреннее законодательство по осуществлению не только Протокола, но и Конвенции. Кроме того, особое значение придается тому, чтобы любое законодательство о борьбе с незаконным ввозом мигрантов отвечало конституционным принципам государства, основным концепциям его правовой системы, его существующей правовой структуре и его правоприменительным механизмам и чтобы определения, используемые в таком законодательстве о борьбе с незаконным ввозом мигрантов, не шли вразрез с аналогичными определениями, используемыми в других законах. Цель включить Типовой закон в законодательство в том виде, в котором он представлен, без тщательного анализа всего законодательного контекста того или иного государства не ставится. Также в этой связи следует отметить, что Типовой закон не может существовать изолированно и что для его эффективности необходимо внутреннее законодательство по осуществлению Конвенции.

Типовой закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов является продуктом глобальной программы против незаконного ввоза мигрантов, осуществляемой Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. Работа над Типовым законом велась Сектором по борьбе с торговлей людьми и незаконным ввозом мигрантов и другими коллегами из Сектора по организованной преступности и незаконному обороту Отдела по вопросам международных договоров. В этой связи помощь ЮНОДК оказывали два консультанта: г-жа Фиона Дэвид – основной разработчик, которая готовила проекты Типового закона; и г-жа Хеорхина Вас

³ В тех случаях, когда официального варианта на английском языке не имеется, используется вариант, предоставленный национальными экспертами соответствующего государства.

⁴ Примечания для толкования, предназначенные для включения в официальные отчеты (подготовительные материалы) о ходе переговоров по Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколам к ней (A/55/383/Add.1).

⁵ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.2.

Кабраль, которая обладает опытом в области гражданского права. Для обсуждения и рассмотрения проекта текста Типового закона группа экспертов в области борьбы с незаконным ввозом мигрантов, представлявших различные правовые системы и географические регионы, провела три совещания рабочей группы экспертов⁶. Совещания группы экспертов были организованы в рамках финансируемого Европейским союзом глобального проекта, направленного на содействие осуществлению Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее и Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, которые оба дополняют Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности. Вклад в организацию одного совещания группы экспертов внесло правительство Канады.

⁶ В трех совещаниях рабочей группы экспертов приняли участие эксперты из следующих стран: Албании, Бельгии, Египета, Индии, Испании, Йемена, Кувейта, Марокко, Нигерии, Сербии, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таиланда, Туниса, Филиппин, Франции, Эквадора и Ямайки. Кроме того, в совещаниях участвовали представители следующих подразделений, организаций и региональных процессов: Отдела по вопросам океана и морского права; Управления по правовым вопросам Секретариата Организации Объединенных Наций; Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека; Международной организации по миграции; Региональной конференции по вопросам миграции (“процесс Пуэбла”); и Балийского процесса (с Таиландом в качестве сопредседателя). В период между совещаниями замечания представили Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев и Международная организация труда.

Типовой закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов

Глава I. Общие положения

Статья 1. Изложение цели

Вариант А

1. Настоящий Закон вводит в действие Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности.

2. Целями настоящего Закона являются:

- a)* предупреждение незаконного ввоза мигрантов и борьба с ним;
- b)* поощрение и облегчение национального и международного сотрудничества для выполнения этих задач; и
- c)* защита прав незаконно ввезенных мигрантов.

или

Вариант В

1. Настоящий Закон вводит в действие Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности.

2. Целями настоящего Закона являются:

- a)* предупреждение незаконного ввоза мигрантов и борьба с ним;
- b)* защита прав незаконно ввезенных мигрантов; и
- c)* поощрение и облегчение национального и международного сотрудничества для выполнения этих задач.

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статьи 1 и 2; совместное прочтение со статьей 1 Конвенции против организованной преступности. См. также статью 5 и пункт 4 статьи 6 Протокола.

Типовой закон призван ввести в действие Протокол о незаконном ввозе мигрантов, который должен читаться совместно с положениями Конвенции. В статье 2 Протокола говорится, что «цель настоящего Протокола заключается в предупреждении незаконного ввоза мигрантов и борьбе с ним, а также в поощрении сотрудничества между Государствами-участниками в достижении этих целей при обеспечении защиты прав незаконно ввезенных мигрантов». Эту статью следует читать совместно со статьей 1 Конвенции, в которой говорится, что «цель настоящей Конвенции заключается в содействии сотрудничеству в деле более эффективного предупреждения транснациональной организованной преступности и борьбы с ней».

Представлено два варианта статьи 1 Типового закона, и единственное различие заключается в порядке подпунктов, перечисленных в пункте 2. Вариант А наиболее точно отражает формулировку статьи 2 Протокола. В варианте В изменен порядок следования подпунктов, и защита прав человека незаконно ввезенных мигрантов перечисляется выше. Вариант В отражает предложение, сделанное рядом участников процесса подготовки проекта, в том числе в ходе консультаций со странами Северной Африки, которые были проведены в Каире в ноябре 2009 года, с тем чтобы повысить наглядность и приоритет прав человека незаконно ввезенных мигрантов.

Крайне важно, чтобы разработчики национальных законопроектов понимали основополагающий курс, установленный самим Протоколом. Он заключается в том, что основное внимание в Протоколе уделяется незаконному ввозу мигрантов организованными преступными группами, а не просто миграции, как таковой, или собственно мигрантам. Как отмечается в Руководстве для законодательных органов по осуществлению Протокола о незаконном ввозе мигрантов:

Незаконный въезд сам по себе в отдельных странах может считаться преступлением, однако он не признается как форма организованной преступности, и поэтому на него не распространяется действие Конвенции и Протоколов к ней. С другой стороны, обеспечение организованной преступной группой незаконного въезда или незаконного проживания мигрантов в стране (что предполагает наличие элемента финансовой или иной материальной выгоды) квалифицируется как серьезная форма транснациональной организованной преступности и поэтому является главным предметом, которому посвящен настоящий Протокол⁷.

В самом Протоколе занята нейтральная позиция относительно того, должен ли тот, кто мигрирует незаконно, быть субъектом какого-то другого преступления (например, преступления в соответствии с законом о незаконном въезде). Как отмечается в Руководстве для законодательных органов:

⁷Руководство для законодательных органов по осуществлению Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющего Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, в *Руководстве для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и протоколов к ней* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.2), часть третья, глава II, пункт 28, стр. 373.

Статья 5 гласит, что ничто в Протоколе не следует истолковывать как требующее криминализации самих мигрантов или деяний, совершенных самими мигрантами, в отличие от членов организованных преступных групп или лиц, связанных с такими группами. В то же время в пункте 4 статьи 6 предусматривается, что ничто в Протоколе не ограничивает существующие права каждого государства-участника принимать меры в отношении какого-либо лица, деяние которого является уголовно наказуемым согласно его внутреннему законодательству.

(Руководство для законодательных органов, часть третья, глава II, пункт 50, стр. 381.)

Если государство хочет очень четко дать понять тем, кто применяет этот закон, что акцент делается не просто на миграции или мигрантах, то, возможно, целесообразно включить дополнительное заявление о намерениях (например, “Настоящий закон преследует цель криминализировать деяния тех, кто получает выгоду от незаконного ввоза мигрантов, и аналогичные деяния, связанные с получением финансовой или иной материальной выгоды. Он не преследует цели криминализировать миграцию, как таковую”). В то же время включать такое заявление в обязательном порядке не требуется.

3. Настоящий Закон применяется ко всем формам незаконного ввоза мигрантов, будь то связанным с организованной преступностью [организованной преступной группой] или нет.

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статья 4; совместное прочтение с пунктом 2 статьи 34 Конвенции.

В статье 4 Протокола говорится, что Протокол, если в нем не указано иное, применяется к предупреждению, расследованию и уголовному преследованию в связи с преступлениями, признанными таковыми в соответствии со статьей 6 Протокола, если эти преступления носят транснациональный характер и совершены при участии организованной преступной группы, а также к защите прав лиц, которые стали объектом таких преступлений.

Статья 4 Протокола должна читаться совместно со статьей 34 Конвенции, в частности с пунктом 2, в котором предусматривается следующее:

Преступления, признанные таковыми в соответствии со статьями 5, 6, 8 и 23 настоящей Конвенции, признаются таковыми во внутреннем законодательстве каждого Государства-участника независимо от элементов транснационального характера или причастности организованной преступной группы, как это указано в пункте 1 статьи 3 настоящей Конвенции, кроме тех случаев, когда, согласно статье 5 настоящей Конвенции, требуется наличие элемента причастности организованной преступной группы.

Согласно Руководству для законодательных органов по осуществлению Протокола, исходя из принципа *mutatis mutandis*, пункт 2 статьи 34 Конвенции следует рассматривать как применимый к любым преступлениям, признанным таковыми в соответствии с Конвенцией, включая преступления, признанные

такowymi согласно статье 6 Протокола о незаконном ввозе мигрантов. Отсюда следует, что:

В случае незаконного ввоза мигрантов внутренние законы должны применяться даже тогда, когда элементы транснационального характера и участия организованной преступной группы отсутствуют или когда их наличие невозможно доказать.

(Руководство для законодательных органов, часть третья, глава I, пункт 20, стр. 366.)

В Типовом законе не проводится различие между положениями, которые требуют наличия элементов транснационального характера и организованной преступности, и положениями, которые этого не предусматривают, с тем чтобы обеспечить равное отношение со стороны национальных органов ко всем случаям незаконного ввоза мигрантов на их территорию.

Статья 2. Толкование

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1 и 4 статьи 16 и статья 19.

Соответствие статьям 16 и 19 является обязательным. Однако пути достижения этого соответствия могут быть различными.

Общий обзор

Независимо от своего иммиграционного статуса, незаконно ввезенные мигранты обладают определенными неотъемлемыми правами, вытекающими из международного права. Эти права определены в основных международных договорах, включая Международный пакт о гражданских и политических правах⁸, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах⁹, Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания¹⁰, Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин¹¹, Международную конвенцию о ликвидации всех форм расовой дискриминации¹² и международное обычное право. Более конкретные меры защиты, касающиеся стандартов обращения с лицами, находящимися за пределами своей родной страны, предусмотрены в Конвенции о статусе беженцев¹³ и Протоколе 1967 года, касающемся статуса беженцев¹⁴, Конвенции о правах ребенка¹⁵ и Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей¹⁶. Как признается в Протоколе, государства-участники согласились обеспечивать, чтобы эти права не ущемля-

⁸Резолюция 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи, приложение.

⁹Там же.

¹⁰United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, No. 24841.

¹¹*Ibid.*, vol. 1249, No. 20378.

¹²*Ibid.*, vol. 660, No. 9464.

¹³*Ibid.*, vol. 189, No. 2545.

¹⁴*Ibid.*, vol. 606, No. 8791.

¹⁵*Ibid.*, vol. 1577, No. 27531.

¹⁶*Ibid.*, vol. 2220, No. 39481.

лись каким-либо образом в результате осуществления мер по борьбе с незаконным ввозом.

Настоящий Закон толкуется и применяется таким образом:

а) чтобы это не являлось дискриминационным по какому бы то ни было признаку, как-то расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства;

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 статьи 19.

Соответствие статье 19 Протокола является обязательным. Однако пути достижения соответствия могут быть различными. В пункте 2 статьи 19 конкретно упоминаются “международно признанные принципы недискриминации”. Любой внутренний закон, направленный на осуществление Протокола, должен согласовываться с этими международными обязательствами.

Формулировка пункта а) статьи 2 Типового закона отражает формулировку, использованную в статье 26 Международного пакта о гражданских и политических правах:

Все люди равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту закона. В этом отношении всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и закон должен гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту **против дискриминации по какому бы то ни было признаку, как-то: расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства** (выделение добавлено).

Как и в Международном пакте, включение в Типовой закон слов “по какому бы то ни было признаку, как-то...” и “или иного обстоятельства” гарантирует, что этот перечень является открытым.

Вариант формулировки, предусмотренной в Типовом законе, не является единственно возможным решением вопроса о дискриминации. Например, разработчики Типового закона о борьбе с торговлей людьми¹⁷ использовали следующую формулировку:

Меры, предусмотренные настоящим Законом [в частности, определение жертв торговли людьми и меры по защите и поощрению прав этих жертв], толкуются и применяются таким образом, чтобы это не являлось дискриминационным на каком бы то ни было основании, например **расы, цвета кожи, религии, убеждений, возраста, семейного положения, культуры, языка, этнического, национального или социального происхождения, гражданства, пола, сексуальной ориентации, политических или иных убеждений, инвалидности, имущественного положения, рождения, иммиграционного статуса, того факта, что соответствующее**

¹⁷Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.09.V.11..

лицо стало объектом торговли или участвовало в индустрии сексуальных услуг, или иного статуса.

(Типовой закон о борьбе с торговлей людьми, пункт 2 статьи 3.)

Разработчики национального законодательства могут принять решение использовать другие модели, например региональные договоры по правам человека.

b) чтобы это отвечало принципу невыдворения;

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 19.

В частности, в пункте 1 статьи 19 Протокола предусматривается, что ничто в настоящем Протоколе не затрагивает других прав, обязательств и ответственности государств и отдельных лиц согласно международному праву, включая международное гуманитарное право и международное право в области прав человека и прав беженцев. Как отмечается в примечаниях для толкования, предназначенных для включения в официальные отчеты (подготовительные материалы) о ходе переговоров по Протоколу¹⁸, в Протоколе не преследуется цель регулирования или охвата статуса беженцев.

c) чтобы это отвечало другим обязательствам, вытекающим из обязательств [название государства] по международному праву [особенно гуманитарному праву и праву в области прав человека и прав беженцев] [включая, но не ограничиваясь этим, Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Конвенцию о правах ребенка, Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Конвенцию о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, Конвенцию о статусе беженцев и Протокол 1967 года, касающийся статуса беженцев, и международное обычное право]; и

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 16 и пункт 1 статьи 19.

¹⁸Примечания для толкования, предназначенные для включения в официальные отчеты (подготовительные материалы) о ходе переговоров по Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколам к ней, пункты 117 и 118; цитируется в *Подготовительных материалах, касающихся переговоров о разработке Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколов к ней* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.06.V.5), стр. 563.

Протокол о незаконном ввозе мигрантов не наносит ущерба существующим правам, обязательствам или ответственности государств-участников согласно другим международным документам, например документам, указанным в этой статье Типового закона. Права, обязательства и ответственность согласно какому-либо другому документу определяются положениями этого документа и тем, является ли соответствующее государство стороной такого документа, а не Протоколом о незаконном ввозе мигрантов. В связи с этим любое государство, которое становится участником Протокола, но не является участником другого международного документа, указанного в Протоколе, не становится субъектом какого-либо права, обязательства или ответственности согласно этому документу.

(Примечания для толкования, пункт 118; Подготовительные материалы, стр. 563.)

Ключевым моментом является то, что при разработке и осуществлении национальных законов о незаконном ввозе мигрантов государства-участники должны обеспечить соблюдение действующих обязательств, вытекающих из международного права, включая как международное договорное право (двусторонние, региональные и международные договоры), так и международное обычное право. Разработчикам законопроектов следует тщательно изучить существующие обязательства по международному праву, для того чтобы избежать какого-либо несоответствия между любым предлагаемым национальным законом и международными обязательствами.

Ссылка на конкретные договоры или национальные законы об осуществлении обязательств в области прав человека

Если имеются национальные законы, касающиеся прав человека, то, возможно, целесообразно включить в национальные законы о незаконном ввозе мигрантов прямую ссылку на них. Однако если национального закона о правах человека еще нет, то, возможно, необходимо сделать ссылку непосредственно на соответствующие международные документы, как, например, следующие:

- a) Всеобщая декларация прав человека¹⁹;
- b) Международный пакт о гражданских и политических правах;
- c) Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах;
- d) Конвенция о правах ребенка и Факультативные протоколы к ней²⁰;
- e) Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания;
- f) Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин;
- g) Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации;
- h) Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей;
- i) Конвенция о статусе беженцев и Протокол 1967 года, касающийся статуса беженцев;

¹⁹Резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи.

²⁰United Nations, *Treaty Series*, vols. 1577, 2171 и 2173, No. 27531.

j) Конвенция о правах инвалидов²¹;

к) любые соответствующие региональные договоры, такие как Американская конвенция по правам человека²² или Конвенция Совета Европы о защите прав человека и основных свобод²³.

Конкретно указывать или перечислять все соответствующие договоры необязательно. Тем не менее включение такого перечня может улучшить представление о соответствующих обязательствах у лиц, отвечающих за осуществление и применение закона о борьбе с незаконным ввозом мигрантов.

d) чтобы это учитывало особые потребности незаконно ввезенных мигрантов, которые являются [женщинами и детьми] [или которые имеют другие особые потребности].

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 4 статьи 16.

Протокол требует от государств-участников принимать во внимание особые потребности женщин и детей. Однако государство, возможно, пожелает признать дополнительные группы лиц с особыми потребностями (например, пожилые люди, травмированные лица, инвалиды). Хотя этот принцип применяется только к статье 16 Протокола, есть предложение признать его в качестве общего принципа при применении закона.

Статья 3. Определения

Комментарий

В одних правовых системах глава, посвященная определениям, включается в отдельный закон – либо в начало, либо в конец этого закона. В других правовых системах в уголовном кодексе или законе имеется общая глава, посвященная определениям, и в этом случае, возможно, потребуется включить некоторые приведенные ниже определения. В ряде случаев государства считают предпочтительным оставить толкование на усмотрение судов. Определения, содержащиеся в этой статье, следует читать совместно с главой II Типового закона, в которой изложены составы уголовных преступлений.

По мере возможности определения, используемые в Типовом законе, взяты из Протокола, Конвенции или других существующих международных документов. В некоторых случаях приведены примеры из действующих национальных законов. В целом важно обеспечить, чтобы любые определения, используемые в законе, отвечали действующему национальному законодательству.

Настоящая статья содержит только определения, которые имеют конкретное отношение к незаконному ввозу мигрантов. Такие общие термины, как “покушение”, “территория” и “деяние”, не определены, так как они, скорее всего, охвачены существующими национальными законами.

²¹Резолюция 61/106 Генеральной Ассамблеи, приложение.

²²United Nations, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955.

²³*Ibid.*, vol. 213, No. 2889.

В настоящем Законе:

а) “ребенок” означает любое лицо, не достигшее 18-летнего возраста;

Комментарий

Источник: Конвенция о правах ребенка, статья 1.

В некоторых ситуациях, возможно, целесообразно использовать термин “лицо, не достигшее 18-летнего возраста”, а не термин “ребенок”. Это может быть полезно, если, например, в национальном законодательстве проводится различие между отдельными категориями детей (например, лицами, не достигшими 14-летнего возраста, и лицами, не достигшими 18-летнего возраста).

б) “коммерческий перевозчик” означает юридическое или физическое лицо, которое занимается перевозкой грузов или людей для получения коммерческой выгоды;

Комментарий

Такое определение может потребоваться для обеспечения ясности в отношении охвата содержащихся в Типовом законе положений, касающихся ответственности коммерческих перевозчиков. В целях обеспечения согласованности дается такое же определение, как и то, что используется в Типовом законе о борьбе с торговлей людьми. Тем не менее, возможно, уместно рассмотреть и другие определения “коммерческого перевозчика”, в том числе следующие:

а) “коммерческий перевозчик” означает любое лицо или любое государственное, частное или иное предприятие, занимающееся перевозкой лиц, товаров или почты за какое-либо вознаграждение (Конвенция Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года, статья 1d);

б) “перевозчик” означает любое физическое или юридическое лицо, профессионально занимающееся перевозкой пассажиров воздушным, морским или наземным транспортом (Конвенция 1990 года о применении Шенгенского соглашения от 14 июня 1985 года между правительствами государств Экономического союза Бенилюкс, Федеративной Республики Германии и Французской Республики о постепенной отмене контроля на общих границах, статья 1).

с) “финансовая или иная материальная выгода” включает любой вид финансового или нефинансового стимула, платежа, взятки, вознаграждения, преимущества, привилегии или услуги (включая сексуальные или иные услуги);

Комментарий

Источник: термин “финансовая или иная материальная выгода” является неотъемлемой частью определения “незаконного ввоза мигрантов”, содержащегося в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов (статья 3 а)), и используется при определении составов уголовных преступлений в статье 6 Протокола; он также используется в статье 2 а) Конвенции об организованной преступности как часть определения “организованной преступной группы”.

В примечаниях для толкования по статье 2 а) Конвенции об организованной преступности отмечается, что «слова “с тем чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду” необходимо понимать широко как охватывающие, например, преступления, основным мотивом совершения которых может быть получение услуг сексуального характера, таких как получение или торговля материалами детской порнографии между членами соответствующих групп, торговля детьми, осуществляемая членами групп педофилов, или разделение расходов между членами таких групп». (A/55/383/Add.1, пункт 3; *Подготовительные материалы*, стр. 18.)

Платеж или прибыль, полученные в результате незаконного ввоза мигрантов, может включать нефинансовые стимулы, такие как бесплатный железнодорожный или авиационный билет, или имущество, например автомобиль. Поэтому важно обеспечить, чтобы определение “финансовой или иной материальной выгоды” было как можно более широким и всеобъемлющим.

В примечаниях для толкования по статье 3 а) Протокола о незаконном ввозе мигрантов отмечается, что ссылка на “финансовую или иную материальную выгоду”, являющаяся элементом определения “незаконного ввоза мигрантов”, была включена для того, чтобы подчеркнуть, что намерение состоит во включении деятельности организованных преступных групп в корыстных целях, но исключении деятельности тех, кто оказывал поддержку мигрантам по гуманитарным соображениям или на основе тесных семейных связей. Протокол не преследует цели криминализации деятельности членов семей или таких групп поддержки, как религиозные или неправительственные организации. (A/55/383/Add.1, пункт 88; *Подготовительные материалы*, стр. 477.)

Пример 1

Финансовая или иная материальная выгода включает любой вид финансового или нефинансового стимула, платежа, взятки, вознаграждения, преимущества или услуги.

(Типовой закон о криминализации незаконного ввоза людей, разработанный в рамках Балийского процесса.)

Пример 2

Получение материальной выгоды – в связи с выполнением какого-либо действия – означает получение, прямо или косвенно, каких-либо товаров, денег, денежного преимущества, привилегии, имущества или другого ценного вознаграждения любого рода за выполнение этого действия (или принятие мер, являющихся частью этого действия).

(Раздел 2 Закона о преступлениях 1961 года, № 43, Новая Зеландия.)

Пример 3

Антикоррупционное законодательство Южной Африки содержит широкое определение термина “вознаграждение”. Оно включает такие различные понятия, как “погашение долга” и “недопущение убытка или ответственности”, что может быть актуальным в контексте законодательства о незаконном ввозе мигрантов:

“Вознаграждение” включает:

- a) денежные средства, будь то в виде наличности или ином виде;
- b) любые пожертвование, подарок, кредит, гонорар, премию, ценную бумагу, имущество или долю в собственности любого вида, будь то движимая или недвижимая, или любую другую аналогичную выгоду;
- c) недопущение убытка, ответственности, штрафной санкции, конфискации, наказания или другого ущерба;
- d) любую должность, общественное положение, почести, работу, контракт на работу или предоставление услуг, любую договоренность о предоставлении работы или оказании услуг в любом качестве и предоставление жилья или организацию отдыха;
- e) любую выплату, аннулирование, погашение или списание любого кредита, обязательства или иной ответственности, будь то целиком или частично;
- f) любой отказ от требования любых денежных средств, или денежного эквивалента, или ценной вещи;
- g) любую другую услугу или одолжение, или преимущество любого рода, включая защиту от какого-либо наказания или ограничения в правах, или задержания, или от любых действий или преследования в дисциплинарном, гражданском или уголовном порядке, независимо от того, возбуждено оно уже или нет, и включает осуществление или отказ от осуществления любого права, или любых официальных полномочий, или служебных обязанностей;
- h) любое право или привилегию;
- i) любую реальную или предполагаемую помощь, голосование, согласие, влияние или воздержание от голосования; или
- j) любой корыстный интерес или выгоду любого рода, включая любую скидку, комиссионные, возврат платежа, бонус, вычет или процентную долю.

(Раздел 1 ix) Закона о предупреждении коррупционной деятельности и борьбе с ней, 2004 год, Южная Африка.)

Пример 4

В Бельгии руководящие положения в отношении того, как можно доказать наличие “финансовой или материальной выгоды”, содержат судебные решения. В одних ситуациях есть четкие материальные доказательства того, что была получена выгода. Однако в других ситуациях таких материальных доказательств может и не быть, но могут существовать обстоятельства, которые убедительно свидетельствуют о том, что была получена какая-то выгода (например, необъяснимое финансовое богатство человека). В таких случаях суды приходят к выводу, что подобных косвенных доказательств может быть достаточно. Например, в одном бельгийском деле суд отметил необычность того, что у подозреваемого – лица, работавшего в течение неполного рабочего дня и получавшего небольшую зарплату, – было в собственности два сотовых телефона и достаточно финансовых средств для оплаты питания и проживания в Германии и Бельгии двух иностранцев, которых он ранее не встречал. На основании этих обстоятельств суд пришел к выводу, что обвиняемый, безусловно, получил от своей преступной деятельности финансовую выгоду, которую он не мог получить каким-либо иным образом.

(Решение суда первой инстанции г. Брюгге от 11 июля 2007 года, Бельгия.)

d) “поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности” означает любой документ на въезд/выезд или удостоверение личности, которые:

- i) были подделаны или изменены каким-либо материальным образом любым лицом или учреждением, кроме тех, которые в законном порядке уполномочены изготавливать или выдавать документ на въезд/выезд или удостоверение личности от имени государства;
- ii) были ненадлежащим образом выданы или получены с помощью представления неверных данных, коррупции, или принуждения, или каким-либо иным незаконным образом; или
- iii) используются лицом, иным чем законный владелец;

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статья 3 с).

В примечаниях для толкования по статье 3 с) Протокола отмечается:

Слова “подделаны или изменены” должны толковаться как включающие не только изготовление поддельных документов, но и изменение законных документов и заполнение похищенных бланков документов. Кроме того, намерение также состояло во включении как поддельных документов, так и подлинных документов, которые были выданы в законном порядке, но использовались иным лицом, чем законный владелец.

(Подготовительные материалы, стр. 477.)

Определение “поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности” призвано охватить различные ситуации, в том числе следующие:

- a) когда лицо использует законные документы другого лица без каких-либо изменений в этих документах. Это может иметь место, если, например, это лицо внешне очень похоже на законного владельца документов;
- b) когда в законных документах незаконно изменены такие данные, как имена или фотографии;
- c) когда документы полностью подделаны;
- d) когда документы являются законными, но были получены обманным путем (например, в заявлении указана неправильная информация или для получения соответствующего документа используются другие поддельные документы).

Пример 1

“Поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности” означает документ на въезд/выезд или удостоверение личности:

- a) который был подделан или изменен каким-либо материальным образом лицом, кроме лица или учреждения, которые в законном порядке уполномочены изготавливать или выдавать документ на въезд/выезд или удостоверение личности от имени страны; или

b) который был выдан или получен с помощью представления неверных данных, коррупции или принуждения или каким-либо иным незаконным образом; или

c) который ненадлежащим образом используется лицом, иным чем законный владелец.

(Раздел 2 Типового закона о криминализации незаконного ввоза людей, разработанного в рамках Балийского процесса.)

Пример 2

73.7 Значение термина “поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности”:

1) для целей настоящего подраздела документ на въезд/выезд или удостоверение личности является поддельным документом на въезд/выезд или удостоверением личности, если и только если:

a) документ или какая-либо часть документа:

i) должны были быть изготовлены в том виде, в котором они изготавливаются лицом, которое не изготавливало их в этом виде; или

ii) должны были быть изготовлены в том виде, в котором они изготавливаются по поручению лица, которое не поручало изготавливать их в этом виде; или

b) документ или какая-либо часть документа:

i) должны были быть изготовлены в условиях, в которых они изготавливаются лицом, которое не изготавливало их в этих условиях; или

ii) должны были быть изготовлены в условиях, в которых они изготавливаются по поручению лица, которое не поручало изготавливать их в этих условиях; или

c) документ или какая-либо часть документа:

i) должны были быть изменены в любом отношении лицом, которое не изменяло их в этом отношении; или

ii) должны были быть изменены в любом отношении по поручению лица, которое не поручало изменять их в этом отношении; или

d) документ или какая-либо часть документа:

i) должны были быть изготовлены или изменены лицом, которого не существовало; или

ii) должны были быть изготовлены или изменены по поручению лица, которого не существовало; или

e) документ или какая-либо часть документа должны были быть изготовлены или изменены в день, в который, во время, в которое, в месте, в котором, или в иных условиях, в которых они не были изготовлены или изменены.

2) Для целей настоящего подраздела лицо считается изготовившим поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности, если это лицо изменяет документ, с тем чтобы сделать его поддельным документом на въезд/выезд или удостоверением личности (независимо от того, был ли он уже поддельным документом на въезд/выезд или удостоверением личности до изменения или нет).

3) Настоящий раздел имеет силу, как если бы документ, который должен был быть заверенной копией другого документа, был подлинным документом.

(Раздел 73.7, Уголовный кодекс (Содружество), Австралия.)

e) “незаконный въезд” означает пересечение границ без соблюдения необходимых требований для законного въезда в принимающее государство.

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статья 3 b).

Разработчики законодательства могут принять решение включить в определение ссылку на конкретные национальные законы, определяющие законный въезд.

f) “невыворение” означает принцип международного права, который запрещает государству возвращать каким бы то ни было образом какое-либо лицо на границу страны, где его жизни или свободе угрожает опасность по причине расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений или где существует риск подвергнуться пыткам, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению или другим формам причинения непоправимого вреда. Выворение включает любое действие, результатом которого является возвращение лица в государство, в том числе высылку, депортацию, выдачу, отказ на границе, экстерриториальный перехват и физическое возвращение;

Комментарий

Поскольку принцип невыворения несколько раз упоминается в тексте Типового закона, возможно, наиболее целесообразно включить основное определение этого важного термина в раздел национального закона, в котором содержатся определения.

Невыворение – это принцип, который закреплен в пункте 1 статьи 33 Конвенции о статусе беженцев, подписанной в Женеве 28 июля 1951 года, и согласно которому:

Договаривающиеся государства не будут никоим образом высылать или возвращать беженцев на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений.

Это постановление, однако, не может применяться к беженцам, рассматриваемым в силу уважительных причин как угроза безопасности страны, в которой они находятся, или осужденным вошедшим в силу приговором в совершении особо тяжкого преступления и представляющим общественную угрозу для страны.

(Конвенция о статусе беженцев, пункты 1 и 2 статьи 33.)

Принцип невыдворения также находит свое отражение в правовых нормах о правах человека и запрещает возвращать лицо, если существует реальная опасность того, что оно может подвергнуться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или что ему может быть причинен другой непоправимый вред. См., например, статью 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, статью 7 Международного пакта о гражданских и политических правах, статью 37 а) Конвенции о правах ребенка и международное обычное право. Обязательства в отношении невыдворения, вытекающие из этих международных договоров, применяются ко всем лицам (или – в случае Конвенции о правах ребенка – ко всем лицам, подпадающим под определение “ребенка”), независимо от того, являются ли они лицами, ищущими убежища, или беженцами.

В отношении запрещения пыток и жестокого обращения или наказания см. замечание общего порядка № 20 (1992) Комитета по правам человека, в котором говорится, что “государства-участники не должны подвергать лиц опасности применения пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания по их возвращении в другую страну посредством выдачи, высылки или возвращения” (пункт 9), и замечание общего порядка № 31 (2004) Комитета, которое касается характера общеправового обязательства, налагаемого на государства – участники Международного пакта о гражданских и политических правах²⁴.

Точно так же Комитет по правам ребенка в своем замечании общего порядка № 6 (2005), касающемся обращения с несопровождаемыми и разлученными детьми за пределами страны их происхождения, в пункте 27 заявляет, что государства – участники Конвенции о правах ребенка не должны возвращать ребенка в ту или иную страну, если имеются серьезные основания полагать, что существует реальная опасность того, что ребенку может быть причинен непоправимый вред, например, но отнюдь не исключительно, такой, какой оговорен в статьях 6 [касающейся права на жизнь] и 37 [касающейся запрещения пыток или других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания и права не быть лишенным свободы произвольным образом] Конвенции²⁵.

g) “серьезное преступление” означает преступление, наказуемое лишением свободы на максимальный срок не менее четырех лет или более строгой мерой наказания;

Комментарий

Источник: Конвенция об организованной преступности, пункт b) статьи 2.

²⁴Размещено по адресу www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm.

²⁵Размещено по адресу www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm.

h) “незаконный ввоз мигрантов” означает любое деяние, криминализируемое согласно главе II настоящего Закона;

i) “незаконно ввезенный мигрант” означает любое лицо, которое стало объектом деяния, криминализируемого согласно главе II настоящего Закона, независимо от того, установлен ли, арестован, предан суду или осужден виновный или нет;

Комментарий

В пункте а) статьи 3 Протокола о незаконном ввозе мигрантов “незаконный ввоз мигрантов” определяется как “обеспечение с целью получения, прямо или косвенно, какой-либо финансовой или иной материальной выгоды незаконного въезда в какое-либо государство-участник любого лица, которое не является его гражданином или не проживает постоянно на его территории”. Однако это не единственное деяние, криминализируемое согласно Протоколу. Статья 6 Протокола предусматривает, помимо прочего, установление уголовной ответственности за предоставление возможности для незаконного проживания и организацию других лиц или руководство ими с целью совершения какого-либо преступления, признанного таковым в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Протокола. Это имеет большое значение, поскольку различные обязательства, предусмотренные в Протоколе (например, обязательства, связанные с проверкой документов, удостоверяющих личность, и с возвращением незаконно ввезенных мигрантов, о чем говорится в главе VI настоящего Закона), распространяются на все “преступления, признанные таковыми в соответствии со статьей 6”, а не только на незаконный ввоз мигрантов. Поэтому важно пояснить, что общие ссылки в настоящем Законе на “незаконно ввезенного мигранта” или на борьбу с “незаконным ввозом мигрантов” призваны охватить все виды деяний, криминализируемых согласно настоящему Закону, а не только “незаконный ввоз мигрантов” в узком смысле обеспечения незаконного въезда с целью получения выгоды. Например, обязательства, связанные с возвращением, в равной степени применимы к лицам, которым были созданы условия для незаконного проживания, независимо от того, было ли связано такое деяние с незаконным въездом или нет.

В определении “незаконно ввезенный мигрант” говорится о лице, которое стало объектом такого преступного деяния. Использование термина “объект”, а не “жертва” деяния, криминализируемого в соответствии с настоящим Законом, находится в полном соответствии с Протоколом (см., например, статью 5 Протокола). Как отмечается в готовящемся к выпуску Базовом учебном пособии ЮНОДК по расследованию дел о незаконном ввозе мигрантов и судебному преследованию виновных, незаконно ввезенный мигрант не считается “жертвой незаконного ввоза мигрантов”, потому что, как правило, лицо дает согласие на его незаконный ввоз. Тем не менее незаконно ввезенный мигрант может стать жертвой других преступлений в ходе его незаконного ввоза. Например, в отношении мигранта может быть применено насилие или же лица, занимающиеся незаконным ввозом, могут создать угрозу для жизни мигранта. К примеру, незаконно ввозимые мигранты могут отказаться от своего согласия на незаконный ввоз, если они считают условия перевозки слишком опасными, но, тем не менее, их принуждают ее продолжить. Так, незаконно ввозимого мигранта могут физически принудить подняться на борт судна. Важным моментом является то, что, хотя мигрант и не является жертвой незаконного ввоза, в результате незаконного ввоза он может стать жертвой других преступлений.

Разработчики Протокола решили, что не совсем уместно использовать термин “жертва” в изложении цели, содержащемся в статье 2 Протокола, хотя этот термин и был использован в соответствующем изложении цели в Протоколе о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее (*Подготовительные материалы*, стр. 469). Тем не менее использование слова “жертва” вполне уместно в любом контексте, когда незаконно ввезенный мигрант становится объектом других преступных деяний, признанных таковыми в соответствии с национальным законодательством.

j) “государство – участник Протокола” означает государство – участник Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющего Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности;

k) “судно” означает плавучие средства любого типа, включая суда неводоизмещающего типа и гидросамолеты, которые используются или могут быть использованы в качестве средства транспортировки по воде, за исключением военных кораблей, вспомогательных военно-морских судов или других судов, принадлежащих государству или эксплуатируемых им и используемых, в соответствующий момент, только на государственной некоммерческой службе.

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт *d)* статьи 3.

Содержащееся в Типовом законе определение термина “судно” основано на определении, содержащемся в Протоколе. Однако у государств могут быть и другие определения, которые они хотели бы использовать. При условии что эти другие определения как минимум охватывают типы судов, указанные в Протоколе, использование более широких определений не должно быть препятствием для осуществления Протокола.

Статья 4. Юрисдикция

Комментарий

В целях эффективной борьбы с незаконным ввозом мигрантов, а также в свете его транснационального характера крайне важно, чтобы государства установили юрисдикцию в отношении деяний, которые могут иметь место за пределами их национальных границ, с тем чтобы, например, создать условия для уголовного преследования лиц, которые безуспешно пытаются незаконно ввезти людей по морю в другое государство или которые организуют незаконный ввоз мигрантов из “безопасного” места в третьей стране и руководят им. Установление юрисдикции за пределами национальной территории может также иметь последствия для выдачи и оказания взаимной правовой помощи. В некоторых случаях в выдаче может быть отказано, если правонарушение было совершено за пределами территории какого-либо из государств-участников и в законодательстве запрашиваемого государства не предусмотрена юрисдикция в отношении такого правонарушения, совершенного за пределами его тер-

ритории в сопоставимых обстоятельствах (см. статью 4 е) Типового договора о выдаче (резолюция 45/116 Генеральной Ассамблеи, приложение; изменения внесены резолюцией 52/88 Генеральной Ассамблеи)). Без дополнительных режимов юрисдикции установление двойной подсудности может стать трудной задачей, а усилия, связанные с оказанием помощи или экстрадицией, могут быть сорваны.

1. Настоящий Закон применяется к любому преступлению, признанному таковым в соответствии с настоящим Законом, если:

a) преступление совершено [полностью или частично] на территории [название государства]; или

b) преступление совершено [полностью или частично] на борту судна, которое несло флаг [название государства] в момент совершения преступления, или воздушного судна, которое зарегистрировано в соответствии с законодательством [название государства] в такой момент; или

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Конвенция об организованной преступности, пункт 1 a) и b) статьи 15.

Вопрос о юрисдикции, возможно, уже затрагивается в действующем национальном законодательстве. Однако если дело обстоит иначе, то подпункты a) и b) должны быть включены в национальное законодательство, по крайней мере в той степени, в какой они распространяются на преступление незаконного ввоза мигрантов.

В соответствии с пунктом 1 a) и b) статьи 15 Конвенции об организованной преступности государства обязаны устанавливать на своей территории юрисдикцию в отношении преступлений, признанных таковыми в соответствии с Протоколом. Это требование отражает “территориальный принцип” юрисдикции, который разрешает государствам заявлять о своей юрисдикции в отношении запрещенных деяний, совершаемых, полностью или главным образом, на территории соответствующего государства, на судах, которые несут флаг этого государства, и на воздушных судах, зарегистрированных в этом государстве²⁶. Возможность прибегать к территориальной юрисдикции и к юрисдикции на борту судна, несущего флаг государства, или воздушного судна, зарегистрированного в этом государстве (так называемый принцип “государства флага”), получил широкое признание и не должен вызывать особых разногласий.

Ссылка также делается на пункт 1 статьи 23 Типового закона, который касается осуществления правоприменительных полномочий в отношении судов, несущих флаг государства.

²⁶McClean, David, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the United Nations Convention and its Protocols* (Oxford University Press, 2007), p. 164.

Территория включает территориальное море

Если государство является прибрежным государством, то при использовании термина “территория” в настоящем Законе следует понимать, что он включает и территориальное море. Во многих случаях это уже будет ясно благодаря другим национальным законам. Однако если дело обстоит иначе, то это должно быть разъяснено в связи с незаконным ввозом мигрантов. Такой подход согласуется со статьей 2 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву²⁷, которая предусматривает следующее:

1. Суверенитет прибрежного государства распространяется за пределы его сухопутной территории и внутренних вод, а в случае государства-архипелага – его архипелажных вод, на примыкающий морской пояс, называемый территориальным морем.
2. Указанный суверенитет распространяется на воздушное пространство над территориальным морем, равно как на его дно и недра.
3. Суверенитет над территориальным морем осуществляется с соблюдением настоящей Конвенции и других норм международного права.

Ширина территориального моря может устанавливаться до предела, не превышающего 12 морских миль, отмеряемых от исходных линий, определенных в соответствии с Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву (статья 3).

В соответствии с международным морским правом прибрежное государство может принимать меры в пределах своего территориального моря в отношении иностранного судна, участвующего в незаконном ввозе мигрантов. В соответствии со статьей 17 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву суда всех государств пользуются правом “мирного прохода” через территориальное море. Однако проход иностранного судна считается “нарушающим мир, добрый порядок или безопасность” прибрежного государства (и, соответственно, не является мирным проходом), если в территориальном море судно производит посадку или высадку любого лица, вопреки иммиграционным законам и правилам прибрежного государства (Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, пункт 2 *g*) статьи 19). Прибрежное государство имеет право принимать законы и правила, в соответствии с международным правом, в отношении мирного прохода через территориальное море для предотвращения нарушения иммиграционных законов (пункт 1 *h*) статьи 21). Это право защиты прибрежного государства включает принятие в его территориальном море мер, необходимых для недопущения прохода иностранного судна, не являющегося “мирным” (пункт 1 статьи 25). При осуществлении своего права защиты прибрежному государству не нужно получать согласие государства флага иностранного судна (статья 25).

Прибрежное государство может также осуществлять уголовную юрисдикцию на борту иностранного судна, проходящего через его территориальное море, при определенных обстоятельствах, в том числе если последствия преступления распространяются на прибрежное государство или если преступление имеет такой характер, что им нарушается спокойствие в стране или добрый порядок в территориальном море (статья 27). В этих обстоятельствах прибрежному государству не нужно обращаться за согласием к государству флага.

²⁷United Nations, *Treaty Series*, vol. 1833, No. 31363.

Дальнейшее обсуждение вопросов, касающихся международного морского права, в частности мер, которые государство может принять в отношении иностранного судна, занимающегося незаконным ввозом мигрантов по морю, содержится в комментарии к главе V Типового закона.

с) преступление совершено гражданином [название государства], находящимся на территории [название государства], и в его выдаче отказано на основании гражданства; или

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Конвенция об организованной преступности, пункт 3 статьи 15.

Подпункт с) является обязательным, поскольку он вводит в действие пункт 3 статьи 15 Конвенции против организованной преступности, который требует от государств устанавливать юрисдикцию в отношении граждан, независимо от того, где фактически произошло преступление, если предполагаемый преступник находится на их территории и в выдаче отказано на основании гражданства. Это может потенциально охватывать следующие ситуации: преступник совершает преступление за рубежом, а затем возвращается в свою родную страну; или преступник совершает преступление из родной страны, но в таких обстоятельствах, что предполагаемая цель преступления находится в другой стране.

d) преступление совершено находящимся в [название государства] лицом, в выдаче которого отказано на любом основании.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Конвенция об организованной преступности, пункт 4 статьи 15.

Подпункт d) является факультативным, поскольку он вводит в действие пункт 4 статьи 15 Конвенции об организованной преступности, который предусматривает, что каждое государство-участник может устанавливать юрисдикцию в отношении преступлений, если предполагаемый преступник находится на его территории, и оно не выдает его на любом основании. Просьба обратить внимание на то, что если используется подпункт d), то нет необходимости включать подпункт с), поскольку подпункт d) охватывает ситуации, когда в выдаче отказано на любом основании, включая гражданство.

2. Настоящий Закон применяется также к любому преступлению, признанному таковым в соответствии с настоящим Законом, если:

a) незаконно ввезенный мигрант является гражданином [название государства] [или постоянно [или обычно] проживает в [название государства]];

b) преступление совершено гражданином [название государства] [или лицом, которое постоянно [или обычно] проживает в [название государства]];

c) преступление совершено за пределами территории [название государства] с целью совершения серьезного преступления на территории [название государства].

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Конвенция об организованной преступности, подпункты a)–c) пункта 2 статьи 15.

Установление юрисдикции в соответствии с пунктом 2 статьи 15 Конвенции об организованной преступности является факультативным. Важно также помнить, что установление юрисдикции к отношению преступлений, которые совершаются “за пределами территории”, осуществляется с учетом принципов суверенного равенства и территориальной целостности других государств, о чем говорится в статье 4 Конвенции об организованной преступности.

В пункте 2 a) статьи 4 Типового закона сделана ссылка на преступления, совершенные против гражданина, но включены также и дополнительные возможные критерии, такие как “постоянное” или “обычное” проживание. Как отметил Макклин, сфера охвата термина “гражданин” не совсем ясна. Это может включать, например, лиц, проживающих в стране не только постоянно, но и обычно (McCleaп, *Transnational Organized Crime*, pp. 164 and 169). В примечаниях для толкования по пункту 2 a) статьи 15 Конвенции отмечается:

Государства-участники должны учитывать необходимость расширения возможной защиты, когда такая необходимость может вытекать из установления юрисдикции в отношении лиц без гражданства, которые могут обычно или постоянно проживать в их странах.

(A/55/383/Add.1, пункт 26.)

Ссылка в пункте 2 b) статьи 15 Конвенции на преступления, совершенные гражданином или лицом, которое постоянно или обычно проживает на территории соответствующего государства, отражает принцип активной правосубъектности. Как отметил Макклин, принцип активной правосубъектности широко признан в международном праве (McCleaп, *Transnational Organized Crime*, p. 168). Некоторые государства, устанавливающие юрисдикцию на этом основании, распространяют ее на всех лиц, обычно проживающих на их территории. Однако в Конвенции против организованной преступности упоминается только о “лицах без гражданства”, обычно проживающих на территории соответствующего государства (McCleaп, *Transnational Organized Crime*, p. 169).

Ссылка в пункте 2 c) статьи 15 Конвенции на преступления, совершенные за пределами территории государства с целью совершения серьезного преступления на его территории, подкрепляется пунктом 2 c) i) статьи 15 Конвенции об организованной преступности. Как отметил Макклин, это “отражает по суще-

ству транснациональный характер большей части организованной преступности, причем те, кто замышляет и планирует крупные преступления, осмотнительно дистанцируются от непосредственного участия в реализации своих планов и даже идут на то, чтобы остаться в другой стране". (McClean, *Transnational Organized Crime*, p. 169.)

Национальные законодательные органы, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об установлении даже более широкой юрисдикции, чем предусмотрено в пункте 2 с), например, в отношении любого преступления, признанного таковым в соответствии с Законом, совершенного за пределами территории государства, если последствия преступления направлены на нарушение или должны стать нарушением законодательства этого государства. Пункт 2 с) статьи 4 Типового закона ограничивается "серьезными" преступлениями, то есть преступлениями, наказуемыми лишением свободы на срок не менее четырех лет или более строгой мерой наказания. Установление юрисдикции в отношении любого совершенного преступления (независимо от наказания), подпадающего под действие настоящего Закона, может быть подкреплено защитительным принципом, согласно которому юрисдикция устанавливается, если какое-то деяние угрожает интересам самого государства. Примером этого может быть случай, когда лицо, проживающее в стране А, организует незаконный ввоз мигрантов из страны В в страну С. Даже несмотря на то что это лицо не является гражданином ни страны В, ни страны С и не находится ни в одной из этих стран, оно все равно должно быть привлечено к уголовной ответственности в этих странах вследствие результатов его деяний. Если придерживаться такого подхода, то можно добавить следующий дополнительный подпункт:

Преступление совершено за пределами территории, но последствия преступления направлены на нарушение или должны стать нарушением законодательства [*название государства*].

Пример 1

Французский уголовный закон применяется к преступным деяниям, совершенным за пределами территориального моря, тогда, когда это предусмотрено международными соглашениями и законом.

(Уголовный кодекс Франции, статья 113-12.)

Пример 2

Раздел 4. Применимость в отношении деяний, совершенных на германских морских и воздушных судах

Германское уголовное право применимо независимо от права места совершения деяний в отношении деяний, совершенных на морском или воздушном судне, правомочно следующим под флагом или опознавательным знаком Федеративной Республики Германии.

Раздел 6. Деяния, совершаемые за границей против правовых интересов, находящихся под международной защитой

Германское уголовное право применимо независимо от права места совершения деяния в отношении следующих деяний, совершаемых за границей:

... (9) деяния, которые подлежат преследованию на основании международного соглашения, обязательного для Федеративной Республики Германии, если они совершаются за границей.

Раздел 7. Применимость в отношении деяний, совершаемых за границей, в других случаях

1) Германское уголовное право применимо в отношении деяний, совершаемых за границей против гражданина Германии, если деяние наказуемо в месте его совершения или если место совершения деяния не подпадает под действие какого-либо уголовного законодательства.

2) В отношении других деяний, совершаемых за границей, германское уголовное право применимо, если деяние наказуемо в месте его совершения или если место совершения деяния не подпадает под действие какого-либо уголовного законодательства и если лицо, совершившее деяние:

1. во время совершения деяния являлось гражданином Германии или стало им после совершения деяния;

или

2. во время совершения деяния являлось иностранцем, находится на территории Германии и, хотя закон о выдаче допускает его выдачу за совершение такого деяния, оно не выдается ввиду отсутствия просьбы о выдаче, или отказа в удовлетворении просьбы, или поскольку его выдача невыполнима.

(Уголовный кодекс Германии. Опубликован 13 ноября 1998 года (Federal Law Gazette I, p. 945, p. 3322).)²⁸

²⁸Перевод на английский язык предоставлен Федеральным министерством юстиции Германии; размещен по адресу www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes.

Глава II. Уголовные преступления

Комментарий

Общий обзор основных требований

Согласно статье 6 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, от государств-участников требуется признать некоторые деяния в качестве уголовно наказуемых. Это требование является, таким образом, обязательным. Отправной точкой для понимания этого обязательства является статья 3 Протокола, в которой дается следующее определение “незаконного ввоза мигрантов”:

...обеспечение, с целью получения, прямо или косвенно, какой-либо финансовой или иной материальной выгоды, незаконного въезда в какое-либо Государство-участник любого лица, которое не является его гражданином или не проживает постоянно на его территории.

Ссылка в данном определении на “финансовую или иную материальную выгоду” была включена для того, чтобы подчеркнуть, что намерение состоит во включении деятельности организованных преступных групп в корыстных целях, но исключении деятельности тех, кто оказывал поддержку мигрантам по гуманитарным соображениям или на основе тесных семейных связей. Протокол не преследует цели криминализации деятельности членов семей или таких групп поддержки, как религиозные или неправительственные организации (Примечания для толкования, A/55/383/Add.1, пункт 88, *Подготовительные материалы*, стр. 477).

Таким образом, в силу статьи 6 Протокола государства-участники обязаны признать в качестве уголовно наказуемых следующие деяния:

- a) незаконный ввоз мигрантов (Протокол, пункт 1 a) статьи 6);
- b) предоставление какому-либо лицу, которое не является гражданином соответствующего государства или не проживает постоянно на его территории, возможности находиться в этом государстве без соблюдения необходимых требований для законного пребывания в нем (Протокол, пункт 1 c) статьи 6);
- c) изготовление, приобретение или предоставление поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности или владение им, когда они совершаются в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов (Протокол, пункт 1 b) статьи 6);
- d) организация вышеупомянутых преступлений или руководство ими (Протокол, пункт 2 c) статьи 6);
- e) покушение на совершение какого-либо из вышеупомянутых преступлений, при условии соблюдения основных принципов правовой системы государства-участника (Протокол, пункт 2 a) статьи 6);

f) участие в качестве сообщника в совершении какого-либо из вышеупомянутых преступлений, при условии соблюдения основных принципов правовой системы государства-участника (Протокол, пункт 2 *b*) статьи 6).

Вследствие статьи 5 Протокола мигранты не подвергаются уголовному преследованию согласно Протоколу в силу только того обстоятельства, что они стали объектом деяний, указанных в статье 6 Протокола. Таким образом, все положения о преступлениях, разработанные для ввода в действие Протокола, должны быть направлены против лиц, занимающихся незаконным ввозом, а не против незаконно ввозимых лиц.

Беженцам часто приходится полагаться на лиц, занимающихся незаконным ввозом, для того чтобы избежать преследований, серьезных нарушений прав человека или конфликта. В пункте 1 статьи 31 Конвенции о статусе беженцев предусмотрено, что беженцы не должны подвергаться наказанию за подобные деяния при соблюдении определенных условий:

Договаривающиеся государства не будут налагать взысканий за незаконный въезд или незаконное пребывание на их территории беженцев, которые, прибыв непосредственно из территории, на которой их жизни или свободе угрожала опасность, предусмотренная в статье 1, въезжают или находятся на территории этих государств без разрешения, при условии что такие беженцы без промедления сами явятся к властям и представят удовлетворительные объяснения своего незаконного въезда или пребывания.

Защита, предоставляемая беженцам в соответствии со статьей 31 Конвенции о статусе беженцев, действует в интересах беженцев, а не лиц, занимающихся незаконным ввозом. Могут возникать ситуации, когда лица, занимающиеся незаконным ввозом, сознательно злоупотребляют процессом предоставления убежища или используют его не по назначению (например, путем подачи ложных заявлений о предоставлении убежища) в рамках своих методов работы в целях создания условий для незаконного въезда, транзита или проживания. В этой ситуации на лиц, занимающихся незаконным ввозом, ни в коей мере не распространяется защита, предусмотренная в статье 31 Конвенции, и их деяния, скорее всего, будут подпадать под действие Протокола о незаконном ввозе мигрантов (например, приобретение или предоставление документа на въезд/выезд, полученного обманным путем, для обеспечения незаконного въезда или проживания).

Ответственность юридических лиц

Статья 10 Конвенции об организованной преступности требует от каждого государства-участника принимать такие меры, какие, с учетом его правовых принципов, могут потребоваться для установления ответственности юридических лиц за преступления, признанные таковыми в соответствии с каждым из Протоколов (см. пункт 3 статьи 1 Протокола о незаконном ввозе мигрантов). В пункте 2 статьи 10 Конвенции об организованной преступности предусмотрено, что при условии соблюдения правовых принципов государства-участника ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданско-правовой или административной. Дальнейшее обсуждение этого вопроса и примеры национального законодательства см. Руководство для законодательных органов (стр. 128–143).

Типовые положения по этому вопросу будут подготовлены в рамках типового закона по осуществлению Конвенции об организованной преступности, который будет разработан ЮНОДК.

Вопросы для рассмотрения в процессе разработки

Единого идеального варианта разработки закона для ввода в действие обязательств, закрепленных в статье 6 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, не существует. Напротив, эти обязательства могут быть выполнены с помощью национальных законов, разработанных различными способами, при условии установления ключевых элементов составов преступлений.

Одним из вариантов является подготовка закона по общему составу преступления, охватывающему не только незаконный ввоз мигрантов, но также создание условий для незаконного пребывания и преступления, связанные с документами. В каждом конкретном случае обвинитель должен будет указывать, по каким элементам этого состава осуществляется уголовное преследование. Общий состав преступления имеет ряд преимуществ, включая тот факт, что он гарантирует охват всего процесса незаконного ввоза и что не будет пробелов между различными видами деяний (например, пробелов между незаконным ввозом мигрантов, созданием условий для незаконного проживания и преступлениями, связанными с документами).

Другой вариант заключается в том, чтобы предусмотреть три отдельных состава преступлений: незаконный ввоз мигрантов, создание условий для незаконного проживания и преступления, связанные с документами. Однако следует позаботиться о том, чтобы не возникало пробелов между различными видами деяний. Кроме того, внимание, возможно, следует уделить прояснению вопроса о том, можно ли, например, осуществлять преследование за деяния, связанные с поддельными документами, и как за незаконный ввоз мигрантов, и как за преступления, связанные с документами, или нет.

Государствам следует рассмотреть вопрос о том, хотят ли они, чтобы разработчики закона провели разграничение между покушением на совершение преступления и совершенным преступлением. Хотя в Протоколе говорится о "покушении на совершение преступления", он не требует проводить в национальных законах различие между "покушением" и "совершенным преступлением", поскольку некоторые законы могут включать подготовку, покушение и "успешно" совершенные преступления в одно положение о преступлениях. В некоторых обстоятельствах такой подход может быть более подходящим. Например, во многих ситуациях наличие мощной береговой охраны будет означать, что незаконно ввозимым мигрантам, стремящимся проникнуть в страну по морю, редко удастся успешно осуществить такой незаконный въезд. Вполне вероятно, что лица, занимающиеся незаконным ввозом, доставят мигрантов до той точки, откуда уже видна земля, а потом сбросят их в море, понимая (или надеясь), что они смогут доплыть до берега или будут спасены береговой охраной. Соответственно, береговая охрана будет стремиться активно вмешиваться в такие ситуации, чтобы избежать гибели людей. Следует ли считать такие ситуации, когда береговая охрана вмешивается до того, как мигрантов столкнули за борт, "покушением" на незаконный ввоз? Согласно одной точке зрения, такое деяние, возможно, и не приведет к "незаконному въезду" и, следовательно, является "несовершенным". Согласно другому мнению, в рамках соответствующего положения о преступлении было бы предпочтительно охватить весь процесс незаконного ввоза (от подготовки до "успешного" завершения).

У государств имеется много различных способов, для того чтобы урегулировать вопрос подготовки и покушения на совершение преступления. Например, закон о торговле людьми в Таиланде содержит следующее положение:

“Любой, кто готовится к совершению преступления, предусмотренного в разделе 6 (торговля людьми), подлежит наказанию в размере трети от наказания, предусмотренного за такое преступление”. За “покушение на совершение преступления” также установлено наказание в размере половины наказания, предусмотренного за совершенное преступление. Поскольку есть много различных вариантов, этот вопрос необходимо будет решать в соответствии с действующим национальным законодательством.

Наконец, хотя определение “незаконного ввоза мигрантов”, содержащееся в пункте а) статьи 3 Протокола, относится к незаконному въезду в “государство-участник”, в национальном законодательстве может быть более уместным упомянуть незаконный въезд в “любое государство”, с тем чтобы избежать ограничения сферы преступления другими участниками Протокола. Ряд государств разработали положения о преступлении именно таким образом (например, Австралия и Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии). Без сопоставимых составов преступлений, особенно в странах происхождения и транзита, при оказании взаимной правовой помощи или выдаче могут возникать вопросы в связи с отсутствием обоюдного признания соответствующих деяний уголовно наказуемыми.

Связь с преступлениями, подпадающими под действие Конвенции об организованной преступности

Важно обеспечить, чтобы помимо основных преступлений, предусмотренных в Протоколе, национальные законы надлежащим образом криминализовали участие в организованной преступной группе (Конвенция об организованной преступности, статья 5); отмыwanie доходов от преступлений (Конвенция об организованной преступности, статья 6); коррупцию (Конвенция об организованной преступности, статья 8); и воспрепятствование осуществлению правосудия (Конвенция об организованной преступности, статья 23). Кроме того, необходимо принять меры для установления юридической ответственности юридических лиц (Конвенция об организованной преступности, статья 10). ЮНОДК планирует разработать оптимальные методы и типовые положения для осуществления вышеупомянутых статей в контексте разработки типового закона по осуществлению Конвенции об организованной преступности.

Варианты, представленные в Типовом законе

Типовой закон содержит четыре варианта проектов по основным преступлениям, предусмотренным в Протоколе. Вариант А наиболее близко отвечает Протоколу, но он также потенциально является самым узким в плане охвата соответствующих деяний. Поскольку в этом варианте просто воспроизводятся многие из терминов, использованных в Протоколе, некоторые формулировки могут быть слишком расплывчатыми для применения на национальном уровне. В варианте В используется более гибкий подход к соответствующим вопросам и употреблены формулировки, которые могут быть более подходящими для применения на национальном уровне. Например, в варианте В вводится понятие “содействия” (“facilitation”) в дополнение к “обеспечению” (“procurement”). Наконец, вариант С представляет собой пример комплексного подхода, при котором все деяния, охватываемые статьей 6 Протокола, рассматриваются в одной нормоустанавливающей статье.

Некоторые преимущества и недостатки каждого из подходов отмечены в комментарии по каждому варианту. Разработчики национальных законов должны учитывать их.

Основные преступления: вариант А

Этот вариант является наиболее узким из четырех вариантов, представленных в Типовом законе. Он больше всего подходит государствам-участникам, которые хотят разработать национальные законы, наиболее близко отражающие терминологию и структуру, использованные в статье 6 Протокола.

В варианте А выделены отдельные составы преступлений по каждому виду деяний, указанных в статье 6 Протокола, а порядок пунктов соответствует порядку, установленному в статье 6. Используемые формулировки строго следуют терминологии Протокола. Покушение на совершение преступлений, участие и организация включены в качестве отдельных пунктов.

Хотя такой подход имеет то преимущество, что он четко следует Протоколу, у него есть недостаток, который заключается в том, что некоторые из терминов, использованных в Протоколе, могут не подходить для внутреннего правового контекста (например, в некоторых правовых системах фраза “любые незаконные средства” может быть сочтена слишком расплывчатой). Кроме того, могут возникнуть вопросы относительно того, можно ли осуществлять преследование за преступление, связанное с документами, и как за преступление “незаконного ввоза мигрантов”.

Статья 5.А. Незаконный ввоз мигрантов

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду, обеспечивает незаконный въезд в государство – участник Протокола любого лица, которое не является его гражданином или не проживает постоянно на его территории, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт а) статьи 3 и пункт 1 а) статьи 6.

Как уже отмечалось выше, пункт 1 а) статьи 6 Протокола требует от государств-участников криминализировать “незаконный ввоз мигрантов”. В статье 5.А Типового закона содержится ссылка на важное понятие “финансовой или иной материальной выгоды”, которое определено в разделе, посвященном определениям (статья 3) Типового закона. В статье 5.А упоминается также акт “обеспечения” (“procuring”) – термин, который используется, но не определяется в Протоколе. Если значение термина “обеспечивать” (“procure”) еще не прояснено в национальном законодательстве или основных принципах толкования законов, то, возможно, необходимо добавить определение этого термина. Например, можно было бы использовать следующее определение: “Обеспечивать” (“procure”) означает добиваться чего-то или достигать результата с помощью усилий”.

Эта предложенная формулировка основана на определениях словаря английского языка. Например, в *Оксфордском словаре английского языка* перечислены следующие определения глагола “procure”*:

a) Obtain (something), especially with care or effort: *food procured for the rebels*; [with two objs] he persuaded a friend to procure him a ticket;

b) [with obj. and infinitive] (Law) persuade or cause (someone) to do something: he procured his wife to sign the mandate for the joint account.

(*Oxford Dictionary of English* (revised edition). Ed. Catherine Soanes and Angus Stevenson. Oxford University Press, 2005. Oxford Reference Online.)

Пример

98С: Незаконный ввоз мигрантов

1) Любое лицо, которое организует въезд незаконного мигранта в Новую Зеландию или любое другое государство, подлежит наказанию, указанному в подразделе 3, если оно –

a) делает это ради материальной выгоды; и

b) либо знает, что соответствующее лицо является незаконным мигрантом, либо не интересуется этим.

2) Каждый, кто организует доставку незаконного мигранта в Новую Зеландию или любое другое государство, подлежит наказанию, указанному в подразделе 3, если он или она –

a) делает это ради материальной выгоды; и

b) либо знает, что это лицо является незаконным мигрантом, либо пренебрегает этим; и

c) либо –

i) знает, что это лицо намерено попытаться въехать в государство; либо

ii) пренебрегает тем, что это лицо намерено попытаться въехать в государство.

3) Устанавливается наказание в виде лишения свободы на срок, не превышающий 20 лет, штрафа в размере, не превышающем 500 000 долларов, или и то, и другое.

4) Преследование может быть возбуждено в соответствии с подразделом 1, даже если незаконный мигрант на самом деле не въехал в соответствующее государство.

5) Преследование может быть возбуждено в соответствии с подразделом 2, даже если незаконный мигрант на самом деле не был доставлен в соответствующее государство.

(Раздел 98С Закона о преступлениях 1961 года, Новая Зеландия.)

*Прим. пер. 1) доставать, добывать, обеспечивать; 2) приобретать, покупать, снабжать; 3) заготавливать; 2. сводничать; 3. быть причиной, вызывать. *Новый большой англо-русский словарь*, Москва, издательство “Русский язык”, 1993 год.

Статья 5.В. Преступления, связанные с документами на въезд/выезд или удостоверениями личности

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду, изготавливает, приобретает или предоставляет поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности либо владеет им в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт *с)* статьи 3 и пункт 1 *b)* статьи 6.

Как уже отмечалось выше, Протокол требует от государств-участников криминализировать акты изготовления, приобретения, или предоставления поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности, или владения им, если они совершаются в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов. Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, строго говоря, это преступление потребует доказательства наличия трех различных элементов намерения:

Для изготовления, приобретения и предоставления документа или владения им необходим умысел, а также необходимы дополнительный умысел или цель получения какой-либо финансовой или иной материальной выгоды. Однако в случае преступлений, связанных с документами, необходимы также умысел или цель создания условий для незаконного ввоза мигрантов. Это является дополнительной гарантией от криминализации лиц, которые самостоятельно въезжают в страну на незаконных основаниях (см. A/55/383/Add.1, пункт 93).

(Руководство для законодательных органов, часть третья, глава II, пункт 41, стр. 377.)

Статья 5.С. Создание условий для незаконного проживания

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду, использует незаконные средства для предоставления лицу, которое не является гражданином или постоянным жителем государства, возможности находиться в этом государстве без соблюдения необходимых требований для законного пребывания в нем, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 с) статьи 6.

В примечаниях для толкования по пункту 1 с) статьи 6 Протокола отмечается, что слова “любые другие незаконные средства” относятся к незаконным средствам, как они определены согласно внутреннему законодательству (А/55/383/Add.1, пункт 94; *Подготовительные материалы*, стр. 497). Разработчикам национальных законов, возможно, потребуется конкретно указать, к каким именно составам преступлений или к каким национальным законам относится формулировка “незаконные средства”.

Статья 5.D. Покушение на совершение преступления

Любое лицо, которое покушается на совершение какого-либо преступления, предусмотренного в настоящей главе, подлежит наказанию в виде [указать наказание].

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 а) статьи 6.

Согласно пункту 2 а) статьи 6 Протокола, обязательство криминализировать покушения на совершение преступления оговаривается “соблюдением основных принципов” правовой системы. Как отмечается в примечаниях для толкования в *Подготовительных материалах*:

Ссылки на покушение на совершение преступлений, признанных таковыми согласно внутреннему законодательству в соответствии с пунктом 2 а), понимаются в некоторых странах как охватывающие и деяния, совершенные при приговоре к уголовному преступлению, и деяния, совершенные в ходе неудачного покушения на совершение преступления, если за подобные деяния согласно внутреннему законодательству также предусматривается ответственность или наказание.

(А/55/383/Add.1, пункт 95; *Подготовительные материалы*, стр. 498.)

В некоторых (но не всех) правовых системах за покушение на совершение преступления предусмотрено такое же наказание, как и за совершенное преступление. В других системах покушение карается более мягким наказанием. Это положение необходимо включить только в том случае, если оно уже не предусмотрено в национальном уголовном кодексе или законодательстве.

Статья 5.E. Участие в качестве сообщника

Любое лицо, которое участвует в качестве сообщника в совершении [преступления, предусмотренного статьями 5.A, 5.B или 5.C, если это связано с изготовлением поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности] [преступления, предусмотренного в настоящей главе], подлежит наказанию в виде [указать наказание].

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 b) статьи 6.

Пункт 2 b) статьи 6 Протокола требует криминализировать участие в качестве сообщника в “незаконном ввозе мигрантов”, “создании условий для незаконного проживания” и “изготовлении поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности”. Однако распространение криминализации на участие в качестве сообщника в “приобретении или предоставлении поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности или владении им” оговаривается “соблюдением основных принципов” правовой системы.

Статья 5.F. Организация или руководство

Любое лицо, которое организует другое лицо или лиц или руководит ими с целью совершения какого-либо преступления, предусмотренного в настоящей главе, подлежит наказанию в виде [указать наказание].

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 c) статьи 6.

Это положение необходимо включить только в том случае, если оно уже не предусмотрено в национальном уголовном кодексе или законодательстве.

Основные преступления: вариант В

Комментарий

В варианте В освещается ряд вопросов, которые можно было бы рассмотреть в процессе разработки закона. Этот вариант потенциально охватывает более широкий круг деяний, которые могут иметь место при совершении преступлений лицами, занимающимися незаконным ввозом. Вместо термина “обеспечивать” в этом варианте использована формулировка “участвовать в деяниях с целью обеспечения”, которая потенциально охватывает подготовку преступлений, покушение на их совершение и лиц, причастных к совершению преступления, но не являющихся основными преступниками. Поэтому отдельно “покушение на совершение преступления” или “участие в качестве сообщника” не рассматриваются.

Формулировка “участвовать в деяниях с целью” наиболее привычна для систем, придерживающихся традиций общего права. Аналогичный вариант, в котором отсутствуют слова “участвовать в деяниях с целью” (а вместо этого используется позитивная формулировка “обеспечивает, содействует или поощряет, или пытается (сделать это)”), приведен здесь в качестве альтернативы, преследующей ту же цель. Незначительные различия редакционного характера между этими двумя альтернативными вариантами выделены жирным шрифтом.

Статья 5.G. Незаконный ввоз мигрантов и создание условий для незаконного пребывания

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или материальную выгоду, **участвует в деяниях с целью обеспечения, облегчения или поощрения** фактического или планируемого въезда в [название государства] или государство – участник Протокола, транзита через него или пребывания в нем другого лица в нарушение закона, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

или

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или материальную выгоду, **обеспечивает, облегчает или поощряет или пытается обеспечить, облегчить или поощрить** фактический или планируемый въезд в [название государства] или государство – участник Протокола, транзит через него или пребывание в нем другого лица в нарушение закона, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, подпункты а) и с) пункта 1 статьи 6.

Оба варианта формулировки статьи 5.G объединяют в одной статье “незаконный ввоз мигрантов” и “незаконное пребывание”, поскольку большинство элементов этих преступлений идентичны. Кроме того, к основной формулировке Протокола (“обеспечивать”) добавлены термины “облегчать или поощрять”, с тем чтобы обеспечить широкий охват диапазона деяний, которые являются неотъемлемой частью процесса незаконного ввоза. Хотя такой подход, возможно, не подойдет для всех правовых систем, эти термины отражают терминологию, используемую в ряде национальных законов.

В обоих вариантах формулировки упоминаются “фактический или планируемый” въезд, транзит или пребывание. В силу такого редакционного решения эти преступления могут быть применены к тем, кто готовится к незаконному ввозу мигрантов, и тем, кто безуспешно пытается незаконно ввезти мигрантов. Такой подход отражает цели Протокола, которые включают предупреждение незаконного ввоза и борьбу с ним.

В этих вариантах упоминается также незаконный въезд “другого лица”, и это ясно дает понять, что преступление должно относиться к тем, кто незаконно ввозит других лиц для получения выгоды, а не к самим незаконно ввозимым мигрантам. Если использовать этот подход, то заявление об отсутствии ответственности (подобное тем положениям, которые содержатся в статье 9 Типового закона) может стать ненужным.

В этих вариантах употреблены слова “въезд или транзит”, с тем чтобы отразить тот факт, что в национальном законодательстве или судебной практике многих государств прямо предусматривается, что лицо не считается “въехавшим”, пока оно находится в транзитной зоне воздушного или морского порта. Включение слова “транзит” оказалось важным в ряде стран. Например, в Бельгии ранее в законе упоминалась только “помощь лицу, не являющемуся

бельгийским подданным, во *въезде или проживании* на территории Королевства». В 1999 году Апелляционный суд Брюсселя постановил, что нахождение иностранцев в транзитной зоне аэропорта с намерением поехать в другую страну не подпадает под понятие «помощи лицу, не являющемуся бельгийским подданным, во въезде» в Королевство. После принятия этого решения стало невозможно осуществлять преследование занимающихся незаконным ввозом лиц, которые использовали Бельгию просто как пункт транзита. Аналогичная проблема вновь возникла в 1999 году, когда Кассационный суд Бельгии вынес постановление, что элемент состава преступления незаконного ввоза не был установлен в ситуации, когда лицо, не являющееся бельгийским подданным, было задержано на пограничном контрольно-пропускном пункте. Суд постановил, что преступление может быть совершено лишь тогда, когда человек «въехал» в Королевство, чего на самом деле не произошло, поскольку соответствующее лицо было остановлено до въезда. После принятия этих решений в определении преступления незаконного ввоза мигрантов в бельгийском законодательстве было специально добавлено понятие «транзита».

(Закон об уголовной защите несовершеннолетних от 28 ноября 2000 года (М.В., 17 March 2001).)

В этих вариантах формулировок упоминается (фактический или ограничившийся попыткой) незаконный въезд в другое государство – участник Протокола. В силу этого в качестве элемента состава преступления необходимо доказать законность или незаконность такого въезда. Следственному органу потребуется собрать доказательства этого факта согласно соответствующим правилам признания иностранных документов и другим правилам доказывания. Конкретные механизмы, которые могут использоваться для подтверждения правовой ситуации в другой стране, различны. Например, во Франции имеется «свидетельство, подтверждающее обычай» (“certificat de coutume”), для того чтобы проинформировать судью о правовой ситуации в другой стране, а различные законы в Соединенном Королевстве позволяют обвинителям представлять свидетельства, выданные иностранными органами, для целей подтверждения правовой ситуации в другой стране.

Пример 1

Любое лицо, которое оказывает помощь в незаконном въезде иностранца в государство – член Европейского союза или соседнее с Австрией государство либо в транзите через него с намерением незаконного обогащения себя или третьей стороны посредством платежа, произведенного с этой целью, подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок до двух лет по решению суда.

(Статья 114 1) Закона о полиции по делам иностранцев 2005 года, Австрия.)

Пример 2

Оказание помощи любым путем, либо прямо, либо через посредника, лицу, которое не является гражданином государства – члена Европейского союза, во въезде на территорию такого вышеупомянутого государства-члена или государства – участника международного соглашения о пересечении внешних границ, которое имеет обязательную силу для Бельгии, транзите через нее или постоянном проживании на ней в нарушение законодательства упомянутого государства с целью получения, прямо или косвенно, выгоды.

(Статья 77 (бис) Закона о въезде, постоянном проживании, расселении и выдворении иностранцев от 15 декабря 1980 года, Бельгия.)

Пример 3

1. Любой, кто оказывает помощь другому лицу во въезде в Нидерланды или транзите через Нидерланды, другое государство – член Европейского союза, Исландию, Норвегию или любое государство, присоединившееся к Протоколу против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, заключенному в Нью-Йорке 15 ноября 2000 года и дополняющему Конвенцию против транснациональной организованной преступности, подписанную в Нью-Йорке 15 ноября 2000 года, или предоставляет этому лицу возможность, или средства, или информацию, которые позволяют ему сделать это, осознавая тот факт или имея серьезные основания полагать, что указанный въезд или транзит является незаконным, будет признан виновным в незаконном ввозе людей и будет приговорен к тюремному заключению на срок до четырех лет или денежному штрафу пятой категории.

2. Любой, кто из материальных побуждений оказывает помощь другому лицу в получении постоянного жительства в Нидерландах или другом государстве – члене Европейского союза, Исландии, Норвегии или любом государстве, присоединившемся к Протоколу, упомянутому в первом пункте, или предоставляет этому лицу возможность, или средства, или информацию, которые позволяют ему сделать это, осознавая тот факт или имея серьезные основания полагать, что указанное постоянное проживание является незаконным, будет приговорен к тюремному заключению на срок до четырех лет или денежному штрафу пятой категории.

(Статья 197а, Незаконный ввоз людей, Уголовный кодекс, Нидерланды.)

Статья 5.Н. Преступления, связанные с поддельными документами на въезд/выезд или удостоверениями личности

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду, **участвует в деяниях с целью предложения, распространения, изготовления, приобретения или предоставления** поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности **или владения** им в обстоятельствах, когда этому лицу известно, или должно было быть разумно известно, или оно должно было разумно подозревать, что этот документ будет использоваться в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

или

Любое лицо, которое умышленно, с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду, **предлагает, распространяет, изготавливает, приобретает или предоставляет** поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности **или владеет** им в обстоятельствах, когда этому лицу известно, или должно было быть разум-

но известно, или оно должно было разумно подозревать, что этот документ будет использоваться в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

Комментарий:

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 b) статьи 6.

В оба варианта формулировок статьи 5.Н помимо основных содержащихся в Протоколе требований относительно “изготовления, приобретения, предоставления или владения” включены дополнительные элементы “предложения” и “распространения”. Акты предложения и распространения поддельных документов имеют важное значение для самого процесса незаконного ввоза.

Строго говоря, пункт 1 b) статьи 6 Протокола применяется только в отношении “незаконного ввоза мигрантов”, а не в отношении “создания условий для незаконного проживания” (см. Руководство для законодательных органов, часть третья, глава II, пункт 41, стр. 377). Однако разработчикам закона следует учитывать, что законодательные органы при введении Протокола в действие могут в соответствии с пунктом 3 статьи 34 Конвенции установить связь преступлений, касающихся документов, с обоими основными составами преступлений (незаконный ввоз мигрантов и создание условий для незаконного проживания), если они примут такое решение. Поэтому, возможно, было бы предпочтительно объединить все три элемента (незаконный ввоз мигрантов, преступления, связанные с документами, и создание условий для незаконного проживания) в один состав преступления. Предложение с такой формулировкой включено в Типовом законе в раздел “Основные преступления: вариант С”.

Пример

Изготовление или предоставление поддельного документа на въезд/выезд или удостоверения личности или владение им

Лицо (первое лицо) является виновным в совершении преступления, если:

- a) первое лицо изготавливает или предоставляет поддельный документ на въезд/выезд или удостоверение личности или владеет им; и
- b) первое лицо предполагает, что этот документ будет использован для содействия въезду другого лица (другое лицо) в иностранное государство, когда въезд другого лица в иностранное государство не отвечает требованиям законодательства этого государства в отношении въезда в это государство; и
- c) первое лицо изготавливает, или предоставляет документ, или владеет им:
 - i) получая (прямо или косвенно) выгоду от этого; или
 - ii) с намерением получить (прямо или косвенно) выгоду.

Наказание: тюремное заключение на срок 10 лет, или штраф в размере 1000 штрафных единиц, или и то, и другое.

(Раздел 73.8 Уголовного кодекса (Содружество), Австралия.)

Основные преступления: вариант С

Комментарий

Этот вариант объединяет все элементы статьи 6 Протокола в одно общее положение о преступлении. Обвинителям необходимо будет конкретно указать деяния, по которым будет предъявлено обвинение в любом обвинительном заключении или акте. Такой комплексный подход может иметь практические преимущества:

- Использование всеохватывающей формулировки позволяет обвинению избежать технического изучения защитой смысла отдельных слов и юридических аргументов в пользу того, что деяние ответчика не подпадает под это определение (что лишает законной силы уголовное преследование за совершение преступления), потому что смысл становится ясен благодаря целому ряду слов, используемых в данной статье.
- Такой подход позволяет охватить каждый этап процесса незаконного ввоза и признать, что мелкие звенья все равно являются важными элементами общей цепочки событий и преступного деяния.
- Такой подход не требует наличия отдельного преступления, связанного с документами, или покушения на совершение преступления. Это сводит к минимуму риск того, что у судьбы, выносящего приговор, может сформироваться мнение, будто законодатели намеренно отразили различную степень виновности в совершении различных преступлений. С точки зрения преследования за совершение этих преступлений может не быть особой разницы – или вообще ее не быть – в степени виновности разных лиц, принимавших участие в различных этапах процесса незаконного ввоза.

Этот вариант может быть наиболее подходящим для государств-участников с юридическими традициями общего права, которые стремятся обеспечить широкий охват всего процесса незаконного ввоза, не допуская даже небольших пробелов, которые могут случайно возникнуть при изложении трех отдельных видов деяний (незаконный ввоз мигрантов, создание условий для незаконного проживания и преступления, связанные с документами).

Статья 5.1. Преступления, связанные с незаконным ввозом мигрантов

1. Любое лицо, которое, с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду, умышленно участвует в деяниях с целью [облегчения или] создания для лица, которое не является гражданином или постоянным жителем [*название государства*] или государства – участника Протокола, условий для въезда в это государство, транзита через него или пребывания в нем в нарушение иммиграционного законодательства, совершает преступление.
2. Лицо, осужденное в соответствии с пунктом 1, выше, подлежит наказанию в виде [*указать диапазон наказаний, с тем чтобы обеспечить достаточную свободу усмотрения для суда применительно к принятию надлежащих решений по ряду различных деяний*].

Комментарий

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1 и 2 статьи 6.

В статье 5.1 упоминается “пребывание в государстве”, а не “постоянное проживание”, с тем чтобы избежать утверждений, что “постоянное проживание” имеет техническое значение (например, могут утверждать, что термин “постоянное проживание” связан с доказыванием намерения оставаться постоянно). Кроме того, термин “пребывание в государстве” относится, например, к ситуациям, когда обвиняемый принимает группу мигрантов, прибывающих самолетом, и размещает их на несколько дней, обеспечивает мобильными телефонами и авиабилетами, прежде чем доставить мигрантов в следующий пункт назначения.

Поскольку это преступление потенциально охватывает целый ряд деяний, предлагается предоставить судьям на выбор ряд различных наказаний, с тем чтобы дать им возможность по своему усмотрению назначать наиболее серьезное наказание наиболее серьезным преступникам. Однако этот вопрос, возможно, уже затронут в рамках действующего национального законодательства.

Пример

Раздел 171а. Пересечение государственных границ без разрешения и незаконный ввоз

1) Любой, кто с целью получения для себя или для другого лица прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды для лица, которое не является гражданином Словацкой Республики или которое не имеет постоянного места жительства на территории Словацкой Республики:

a) организует пересечение государственной границы Словацкой Республики без разрешения или транзит через ее территорию, или создает условия для совершения таких деяний, или содействует им,

b) с целью, указанной в подразделе a), приобретает, предоставляет или имеет поддельный документ на въезд/выезд или поддельное удостоверение личности, или

c) позволяет или помогает лицу оставаться или работать на территории Словацкой Республики, приговаривается к лишению свободы на срок от двух до восьми лет.

(Закон № 300/2005, Уголовный кодекс, Словацкая Республика.)

Статья 6. Отягчающие обстоятельства

Комментарий

В соответствии с подпунктами a) и b) пункта 3 статьи 6 Протокола государства-участники должны обеспечить, чтобы следующие обстоятельства были признаны в качестве отягчающих: обстоятельства, которые ставят или могут поставить под угрозу жизнь или безопасность соответствующих мигрантов; и обстоятельства, которые связаны с бесчеловечным или унижающим достоинство обращением с такими мигрантами, в том числе в целях эксплуатации.

Существуют различные варианты формулировок, которые могут быть использованы для выполнения этого обязательства. Например, в одних случаях может быть целесообразным упомянуть “факторы, которые необходимо учитывать при вынесении приговора”, а не “отягчающие обстоятельства”. В других случаях может быть целесообразным установить “преступления, совершенные при отягчающих обстоятельствах”. Не важно, как именно реализуется это обязательство. Однако важно, чтобы в тех случаях, когда присутствуют соответствующие обстоятельства, преступники подвергались более суровому наказанию, чем то, которому они подверглись бы, если бы таких обстоятельств не было.

В дополнение к обстоятельствам, предусмотренным в пункте 3 статьи 6 Протокола, в Типовой закон для рассмотрения включен перечень дополнительных факультативных отягчающих обстоятельств. В нем отражен ряд обстоятельств, которые имеют отношение к незаконному ввозу. Где это уместно, национальные законодатели могут выбирать из этого перечня или даже добавлять дополнительные факторы для отражения местных реалий. Разработчики национальных законов должны обеспечить, чтобы у судебных органов была рекомендация, как реагировать, в соответствии с национальной политикой в этой области, на ситуации, когда имеет место более чем одно отягчающее обстоятельство.

За некоторые отягчающие обстоятельства уголовное преследование может осуществляться как за самостоятельные преступления (например, убийство, физическое насилие).

Если присутствует любое из следующих обстоятельств, преступления, предусмотренные в настоящей главе, наказываются [*указать более строгое наказание, чем наказание, предусмотренное за основные преступления*]:

а) преступление связано с обстоятельствами, которые ставят или могут поставить под угрозу жизнь или безопасность незаконно ввозимых мигрантов;

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 3 а) статьи 6.

К сожалению, есть множество примеров того, как незаконно ввозимые мигранты подвергались опасности в процессе незаконного ввоза. Это включает, например, случаи, когда мигрантов доставляют на судах, не пригодных для плавания по морю, и существует риск утонуть или в опломбированных контейнерах (например, в морских контейнерах и грузовых автомобилях), в которых недостаточно кислорода и в которых мигранты подвергаются воздействию экстремальных температур. Есть также случаи, когда незаконно ввозимых мигрантов бросают на произвол судьбы в море, в пустыне или на холоде, когда их шансы на выживание весьма невелики. Если присутствуют эти обстоятельства, виновные должны нести более строгое наказание по сравнению с наказанием, которому подвергаются лица, незаконно ввозящие мигрантов без создания угрозы для их жизни или безопасности.

В зависимости от национальной политики разработчики закона, возможно, захотят рассмотреть возможность расширения сферы действия ссылки на этоотягчающее обстоятельство, с тем чтобы охватить и ситуации, когда преступление незаконного ввоза связано с обстоятельствами, которые ставят или могут поставить под угрозу жизнь и безопасность не только незаконно ввозимых мигрантов, но и других, третьих сторон. Например, способы совершения преступлений лицами, занимающимися незаконным ввозом, могут включать действия, которые ставят под угрозу жизнь публичных должностных лиц, которые стремятся пресечь незаконный ввоз мигрантов или даже пытаются вести спасательные работы на море.

b) преступление сопряжено с обстоятельствами, связанными с бесчеловечным или унижающим достоинство обращением с незаконно ввозимыми мигрантами, включая их эксплуатацию;

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 3 b) статьи 6.

Требуется в обязательном порядке обеспечить, чтобы обстоятельства, связанные с “бесчеловечным и унижающим достоинство обращением, включая эксплуатацию”, были указаны в качествеотягчающих обстоятельств. Определения этой формулировки в Протоколе не содержится. В примечаниях для толкования Протокола говорится:

Слова “бесчеловечное или унижающее достоинство обращение”, содержащиеся в подпункте b), призваны включить, без ущерба для сферы применения Протокола о торговле людьми, некоторые формы эксплуатации.

(Подготовительные материалы, стр. 498.)

Формулировка “бесчеловечное и унижающее достоинство обращение” встречается не только в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов, но и в ряде других международных документов, включая следующие:

- Всеобщая декларация прав человека (статья 5)
- Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 7)
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (статья 16)
- Римский статут Международного уголовного суда²⁹ (статья 7)
- Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (статья 10)
- Конвенция Совета Европы о защите прав человека и основных свобод (статья 3)
- Американская конвенция по правам человека (статья 5).

²⁹United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544.

Ни в одном из этих документов не содержится определения понятия “бесчеловечное и унижающее достоинство обращение”. Тем не менее можно определить некоторые характеристики обращения, которое, как утверждается в судебной практике и комментариях по этому вопросу, представляет собой “бесчеловечное или унижающее достоинство обращение”.

Во-первых, ясно, что бесчеловечное или унижающее достоинство обращение включает не только действия, которые причиняют физические страдания, но и действия, вызывающие у жертвы психические страдания³⁰.

Во-вторых, “бесчеловечное или унижающее достоинство обращение” охватывает различные виды обращения, которые вызывают физические или психические страдания, но которые не могут быть квалифицированы как “пытка”, поскольку в них отсутствует один из необходимых элементов. Как отмечал Манфред Новак, Специальный докладчик по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, “пытка” определяется в Конвенции против пыток как действия государственных должностных лиц, которыми умышленно причиняется сильная физическая или нравственная боль или страдания, для достижения определенных целей, таких как получение сведений или признания³¹. Новак отмечал:

Другие действия или бездействие считаются не пытками, а скорее, в зависимости от вида, цели и суровости, жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство обращением; в этих случаях причиняются определенные минимальные боль или страдания, но здесь отсутствует один или несколько из основных элементов термина “пытка”: умысел, достижение определенной цели и/или интенсивность сильной боли³².

Новак приводит пример австрийского заключенного, о котором власти забыли и который в течение 20 дней оставался без пищи и воды и боялся, что он медленно умрет от голода. Ввиду причиненных сильных физических и психических страданий это считается примером бесчеловечного или жестокого обращения. Однако, поскольку активные действия, умысел или целенаправленность отсутствовали, это не являлось пыткой³³.

В-третьих, обращение должно предусматривать определенный уровень жестокости, прежде чем оно может стать “бесчеловечным или унижающим достоинство”. Еще в известном деле 1979 года, связанном с методами допроса, которые применялись Соединенным Королевством к подозреваемым лицам в Северной

³⁰Пункт 5 замечания общего порядка № 20 Комитета по правам человека; см. также пункт 1 статьи 5 Американской конвенции по правам человека, где конкретно говорится о праве каждого человека на “уважение его физической, психической и моральной целостности”. См. также дело *Smith and Grady v. the United Kingdom* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96), judgement at Strasbourg on 27 September 1999 § 120; and case of *Cyprus v. Turkey* (Application No. 25781/94), judgement at Strasbourg of 10 May 2001 § 157 and § 309-310.

³¹Nowak, Manfred, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition (Kehl am Rhein, Engel, 2005), p. 161. Европейский суд по правам человека также стремился провести различие между “пыткой” и “жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство обращением” в деле *Ireland v. the United Kingdom*, 25 Eur. Ct. H.R. (ser.A) (1978), причем пытки находятся на верхней ступени иерархии видов жестокого обращения.

³²Nowak, Manfred, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, p. 161. Новак отмечает этот момент в своем докладе, который он подготовил в качестве Специального докладчика по вопросу о пытках (E/CN.4/2006/6, пункт 35).

³³Nowak, Manfred, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, p. 161.

Ирландии, Европейский суд по правам человека постановил, что обращение является бесчеловечным, если оно было преднамеренным, применялось в течение нескольких часов подряд и либо вызывало реальные телесные повреждения, либо причиняло сильные физические и нравственные страдания. Обращение считалось унижающим достоинство, потому что оно вызывало у жертв чувства страха, тревоги и неполноценности, что могло оскорбить и унижить их³⁴.

Важно, чтобы разработчики национальных законов учитывали взаимосвязь или возможное дублирование между этимотягчающим обстоятельством и принятыми ранее законами о борьбе с торговлей людьми. Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, “бесчеловечное или унижающее достоинство обращение” может включать обращение, преследующее цель осуществления некоторых форм эксплуатации. Следует отметить, что наличие элемента эксплуатации в деле, которое в противном случае считалось бы делом о незаконном ввозе, может привести к применению состава преступления торговли людьми, если соответствующее государство-участник ратифицировало и применяет Протокол о торговле людьми. Например, очень трудно представить себе ситуацию, когда мигранты были незаконно ввезены для целей принудительного труда и рабства без использования в ходе этого процесса какого-то элемента обмана или принуждения (элемент “средства” в определении торговли людьми). Это приведет к тому, что данное деяние будет прямо подпадать под определение “торговли людьми”, содержащееся в Протоколе о торговле людьми. Как отмечалось выше, в примечаниях для толкования указано, что ссылка на эксплуатацию здесь не наносит ущерба этому Протоколу (A/55/383/Add.1, пункт 96).

Соображения редакционного характера

Во многих правовых системах выяснение точного смысла формулировки “бесчеловечное и унижающее достоинство обращение, включая эксплуатацию” оставлено на усмотрение судов, рассматривающих дело. Однако, если предпочтение отдается определению смысла этого термина, полезным может оказаться следующее определение (основанное на вышеупомянутых законодательных материалах):

“Бесчеловечное или унижающее достоинство обращение” включает обращение со стороны любого лица, вызывающее сильную физическую или нравственную боль, страдания или травмы, или чувства страха, тревоги и неполноценности, которые могут оскорбить и унижить человека.

Поскольку концепция “бесчеловечного и унижающего достоинство обращение” обычно чаще применяется к публичным должностным лицам, то, возможно, следует отметить, что это понятие должно применяться к обращению со стороны “любого лица” (будь то публичное должностное лицо или частное лицо).

³⁴Основой для такой цепочки рассуждений стало дело *Ireland v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, 25 Eur. Ct.H.r (1978); 2 EHRR 25 (1979-1980). Последние примеры применения такой цепочки рассуждений см. в деле *Yordanov v. Bulgaria* (Application No. 56856/00), judgement at Strasbourg of 10 August 2006; деле *Cyprus v. Turkey* (Application No. 25781/94), judgement at Strasbourg of 10 May 2001 § 157 and §309-310; деле *Smith and Grady v. the United Kingdom* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96), judgement at Strasbourg of 27 September 1999 § 120.

Пример 1

98E: Отягчающие факторы:

1) При определении меры наказания или других мер в отношении лица, признанного виновным в совершении преступления, предусмотренного разделом 98C или разделом 98D, суд должен принимать во внимание следующее:

a) имели ли место телесные повреждения или смерть (будь то лица, в отношении которого было совершено преступление, или какого-то другого лица) во время совершения преступления;

[...]

c) подвергалось ли лицо, в отношении которого было совершено преступление, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению в результате совершения преступления;

[...]

2) При определении меры наказания или других мер в отношении лица, признанного виновным в совершении преступления, предусмотренного разделом 98D, суд должен принимать во внимание следующее:

a) подвергалось ли лицо, в отношении которого было совершено преступление, эксплуатации (например, сексуальной эксплуатации, требованию заниматься принудительным трудом или изъятию органов) в результате совершения преступления.

(Раздел 98E, Закон о преступлениях 1961 года, Новая Зеландия.)

Пример 2

В статье 77 кватер, 3°, 4° или 5° бельгийского Закона об иностранцах 1980 года предусмотрены следующие отягчающие обстоятельства:

- прямое или косвенное насилие или принуждение;
- злоупотребление особенно уязвимым положением лица по причине его незаконного или непрочного административного статуса, социального положения, беременности, болезни или психической или физической инвалидности или неполноценности, так что у лица нет никакого другого реального и приемлемого выбора, кроме как смириться со злоупотреблением;
- обстоятельства, когда жизнь потерпевшего поставлена под угрозу умышленно или по грубой небрежности (например, жертве позволяют умирать голодной смертью);
- обстоятельства, когда имеются серьезные последствия для психического или физического здоровья мигранта.

Пример 3

Раздел 171a. Пересечение государственных границ без разрешения и незаконный ввоз

2) Лицо, которое совершает преступления, указанные в подразделе 1, приговаривается к лишению свободы на срок от 5 до 10 лет, если:

[...]

с) оно совершает преступление таким образом, что это ставит под угрозу жизнь или здоровье перевозимых лиц или представляет собой бесчеловечное или унижающее достоинство обращение с этими лицами или насилие над ними;

[...]

4) Лицо, признанное виновным в совершении преступления, указанного в подразделе 1, приговаривается к лишению свободы на срок от 8 до 12 лет, если преступление:

а) привело к тяжким телесным повреждениям или смерти... .

(Закон № 300/2005, Уголовный кодекс, Словацкая Республика.)

Пример 4

5. Если одно из преступлений, указанных в первом и третьем пунктах, приводит к тяжким телесным повреждениям или есть опасность того, что жизнь человека может оказаться под угрозой, то виновный будет приговорен к тюремному заключению на срок до 12 лет или денежному штрафу пятой категории.

6. Если одно из преступлений, указанных в первом и третьем пунктах, приводит к смерти, то виновный будет приговорен к тюремному заключению на срок до 15 лет и денежному штрафу пятой категории.

(Уголовный кодекс, статья 197а, Незаконный ввоз людей, Нидерланды.)

с) преступление повлекло за собой тяжкие телесные повреждения или смерть незаконно ввезенного мигранта или другого лица, в том числе смерть в результате самоубийства;

Комментарий

Факультативное положение

Этот вариант отражает особый акцент, сделанный в подпункте а) пункта 3 статьи 6 Протокола на обстоятельства, которые ставят под угрозу незаконно ввезенных мигрантов. Пункт с) применяется к случаям, когда незаконный ввоз приводит к тяжким телесным повреждениям или смерти, а не когда мигранты просто подвергаются подобной опасности.

Разработчики национальных законов, возможно, пожелают дать руководящие указания в отношении того, что представляют собой “тяжкие телесные повреждения”, как это определено в пункте с) данной статьи Типового закона.

d) преступник [воспользовался] [злоупотребил] особой уязвимостью или зависимостью незаконно ввезенного мигранта с целью получения финансовой или иной материальной выгоды;

Комментарий

Факультативное положение

В зависимости от национальной политики может возникнуть желание определить в качестве отягчающих обстоятельств ситуации, когда преступник “воспользовался” или “злоупотребил” положением незаконно ввезенного мигранта для получения конкретной финансовой или материальной выгоды.

Определенными примерами могут служить следующие сценарии:

- мигранты, брошенные в пустыне и не имеющие никакого другого выбора, принимают услуги лица, занимающегося незаконным ввозом, которое в этот момент случайно оказалось там, но должны заплатить ему в три раза больше, чем обычная договорная цена при выезде из ближайшего города;
- посредник в рамках “пакета услуг” по незаконному ввозу организует для мигрантов аренду ветхого дома, которым он владеет в городе транзита, по очень завышенной ставке арендной платы, а также покупку продуктов питания, которые он предоставляет по значительно завышенным ценам, пока мигранты ждут своей отправки в следующий перевалочный пункт.

e) преступник ранее уже совершал такие же или аналогичные преступления;

f) преступление было совершено в рамках деятельности организованной преступной группы;

g) при совершении преступления преступник использовал наркотики, лекарственные препараты или оружие;

Комментарий

Подпункты e)–g) являются факультативными положениями.

Эти отягчающие обстоятельства призваны отразить особый акцент, сделанный в Протоколе и Конвенции на организованной преступности.

h) преступление связано с [большим числом] ввезенных мигрантов;

Комментарий

Подпункт h) является факультативным положением.

В зависимости от местных условий может быть уместно рассмотреть вопрос о включении подобного отягчающего обстоятельства применительно к преступлениям, связанным с большими группами или большим числом незаконно ввезенных мигрантов. Преступления, связанные с незаконным ввозом большого числа мигрантов, могут стать более тяжелым бременем для принимающего государства, и такие преступления могут приносить преступникам более высо-

кую прибыль. Некоторые государства, такие как Соединенное Королевство, стремятся проводить различие между ситуациями, когда в “большую группу” мигрантов входят члены одной расширенной семьи, и ситуациями, когда мигранты не связаны друг с другом. Последняя ситуация считается отягчающим обстоятельством, а первая – нет. В новом законопроекте о внесении поправок в положения уголовного законодательства Австралии о борьбе с незаконным ввозом мигрантов незаконный ввоз более пяти лиц считается преступлением, совершенным при отягчающих обстоятельствах.

i) преступник, в соответствующий момент времени, являлся публичным должностным лицом;

j) при совершении преступления преступник злоупотребил своей властью или положением публичного должностного лица;

Комментарий

Подпункты *i)* и *j)* являются факультативными положениями.

Эти отягчающие обстоятельства отражают признание той особой роли, которую публичные должностные лица играют в содействии процессу незаконного ввоза, выдавая поддельные документы или пропуская людей через контрольно-пропускные пункты без проведения надлежащей проверки. В Конвенции также особое внимание уделяется роли коррупции в содействии транснациональной организованной преступности (Конвенция об организованной преступности, статьи 8 и 9).

Если в национальном законодательстве еще нет подходящего определения “публичного должностного лица”, то, возможно, необходимо включить определение, подобное следующему:

“Публичное должностное лицо” означает:

a) любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица; или

b) любое другое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу.

В целях обеспечения согласованности это определение идентично определению, использованному в Типовом законе о борьбе с торговлей людьми. Как отмечается в этом Типовом законе, если национальное законодательство содержит более широкое определение понятия “публичное должностное лицо”, то это определение может быть использовано для целей закона о борьбе с незаконным ввозом мигрантов. Следует отметить, что деяния, описанные в подпунктах *i)* и *j)*, могут быть криминализованы как особые преступления, подпадающие под действие Конвенции об организованной преступности и Конвенции против коррупции.

Пример 1

Наказание, предусмотренное в настоящей статье [за незаконный ввоз мигрантов], увеличивается на треть, если совершившее преступление лицо или его сообщник является государственным должностным лицом или если для совершения этих преступлений используются несовершеннолетние.

(Статья 245 Закона об иностранцах и миграции (Указ № 8487), Коста-Рика.)

Пример 2

Если деяния, описанные в предыдущих статьях данного раздела [в том числе незаконный ввоз мигрантов], совершаются в отношении несовершеннолетних, в условиях или с помощью любых средств, которые ставят под угрозу здоровье, неприкосновенность или жизнь любого лица, или если действия совершаются гражданским или государственным служащим, наказание увеличивается на треть.

(Статья 108 Закона о миграции (Указ № 95-98), Гватемала.)

Пример 3

3. Если одно из правонарушений, указанных в первом и третьем пунктах [незаконный ввоз мигрантов или создание условий для незаконного проживания], совершается при исполнении любых служебных обязанностей или при осуществлении любой профессиональной деятельности, назначается наказание в виде тюремного заключения на срок до шести лет или денежного штрафа пятой категории, соответствующее лицо может быть лишено права занимать эту должность или заниматься этой профессиональной деятельностью, и судья может предписать предать гласности судебное решение.

4. Если одно из правонарушений, указанных в первом и третьем пунктах [незаконный ввоз мигрантов или создание условий для незаконного проживания], совершено лицом, которое превратило это занятие в свою профессию или которое занимается этим в обычном порядке, или совершено несколькими лицами, действующими по сговору, назначается наказание в виде тюремного заключения на срок до восьми лет или денежного штрафа пятой категории.

(Уголовный кодекс, статья 197а, Незаконный ввоз людей, Нидерланды.)

Пример 4

Если лицом, совершившим [преступление незаконного ввоза мигрантов], является представитель власти, гражданский или публичный служащий, минимальные и максимальные пределы указанного ранее наказания увеличиваются на треть в дополнение к специальному решению о лишении права занимать публичную должность в течение такого же периода времени.

(Статья 318, Незаконный ввоз мигрантов, Уголовный кодекс, Никарагуа.)

- к)* незаконно ввезенный мигрант является ребенком;
- л)* преступник использовал ребенка в качестве сообщника или участника преступного деяния;

Комментарий

Подпункты *к*) и *л*) являются факультативными положениями.

Хотя эти положения являются факультативными, их включение подкрепляется пунктом 4 статьи 16 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, а также различными положениями о защите прав человека, такими как, например, те, которые содержатся в Конвенции о правах ребенка, Конвенции о правах инвалидов и Конвенции о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда 1999 года (Конвенция № 182) Международной организации труда³⁵.

В некоторых случаях лица, занимающиеся незаконным ввозом, как известно, используют детей при совершении преступлений (например, дети используются в качестве членов экипажа на судах). Это не является основанием для криминализации деяний, совершенных детьми. Наоборот, это основание для обеспечения того, чтобы виновные в подобном злоупотреблении детьми понесли более суровое наказание. Например, в одном австралийском деле экипажу индонезийского рыболовного судна были предъявлены обвинения в совершении преступлений незаконного ввоза людей. Среди членов экипажа были один 14-летний и один 15-летний подросток. В первом случае суд распорядился в качестве наказания конфисковать карманные деньги 14-летнего подростка, а 15-летний подросток был приговорен к шестимесячному тюремному заключению с отсрочкой исполнения приговора. При подаче апелляции сторона обвинения утверждала, что приговоры были явно несоразмерными. Тем не менее судья, рассматривавший апелляцию, отклонил этот аргумент, заявив следующее:

Я отклоняю утверждение о том, что, поскольку те, кто организует такой бизнес, предпочитают использовать в качестве членов экипажа несовершеннолетних, рассчитывая, что к ним проявят снисхождение, это является надлежащим основанием для вынесения заслуженного наказания несовершеннолетним лицам, впервые совершившим преступление. Правильным ответом на подобные действия является более суровое наказание взрослых, которые вербуют, нанимают или используют таких детей.

(Curtis and Sidik and Najar [1999] NTSC 135 (Верховный суд Северной территории Австралии).)

- m*) незаконно ввезенная мигрантка беременна;
- n*) незаконно ввезенный мигрант имеет умственную или физическую инвалидность;

Комментарий

Подпункты *m*) и *n*) являются факультативными положениями.

Хотя эти положения являются факультативными, их включение подкрепляется пунктами 1 и 4 статьи 16 Протокола о незаконном ввозе мигрантов и различными положениями о защите прав человека, содержащимися в Международном пакте о гражданских и политических правах и Конвенции о ликвидации всех форм насилия в отношении женщин.

³⁵United Nations, *Treaty Series*, vol. 2133, No. 37245.

Уместно отметить, что в соответствии со статьей 1 Конвенции о правах инвалидов “к инвалидам относятся лица с устойчивыми физическими, психическими, интеллектуальными или сенсорными нарушениями, которые при взаимодействии с различными барьерами могут мешать их полному и эффективному участию в жизни общества наравне с другими”.

о) преступник использовал или угрожал использовать какую-либо форму насилия в отношении незаконно ввезенного мигранта или его семьи;

Комментарий

Факультативное положение

Хотя это положение является факультативным, уделение повышенного внимания насилию в отношении незаконно ввезенных мигрантов подкрепляется пунктом 2 статьи 16 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, который требует от государств-участников принимать надлежащие меры по предоставлению незаконно ввезенным мигрантам соответствующей защиты от насилия, которому они могут подвергнуться по той причине, что они стали объектом незаконного ввоза.

Как уже отмечалось в связи с другими отягчающими обстоятельствами, возможно, целесообразно распространить действие этого положения и на ситуации, когда преступник использовал или угрожал использовать какую-либо форму насилия в отношении не только незаконно ввезенного мигранта или его семьи, но и “любого другого лица”.

р) преступник отобрал, уничтожил или пытался уничтожить документы на въезд/выезд или удостоверение личности незаконно ввезенного мигранта.

Комментарий

Факультативное положение

Уничтожение и изъятие документов на въезд/выезд может стать основанием для переквалификации преступления незаконного ввоза мигрантов в преступление торговли людьми, потому что контроль над проездными документами мигранта свидетельствует о намерении контролировать законного владельца этих документов. Соответственно, уничтожение и изъятие документов на въезд/выезд предлагается считать особым отягчающим обстоятельством.

Важность этого вопроса признается в статье 21 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которая предусматривает, что:

Никто, кроме государственного должностного лица, наделенного законом соответствующими полномочиями, не может в законном порядке конфисковать, уничтожить или попытаться уничтожить документы, удостоверя-

ющие личность, документы, дающие разрешение на въезд или пребывание, проживание или поселение на национальной территории или разрешение на работу. Никакая санкционированная конфискация таких документов не должна производиться без выдачи подробной расписки. Ни в коем случае не допускается уничтожение паспорта или аналогичного документа трудящегося-мигранта или члена его или ее семьи.

*Дополнительные соображения редакционного характера:
смягчающие обстоятельства*

Как уже отмечалось выше, в некоторых случаях может быть целесообразно включить как отягчающие, так и смягчающие обстоятельства. Никаких конкретных предложений по проекту текста по данному вопросу не выдвигается. Тем не менее в *Базовом учебном пособии по расследованию дел о незаконном ввозе мигрантов и судебному преследованию виновных* отмечается ряд “смягчающих факторов”, в том числе следующие: если незаконно ввезенные мигранты не подвергаются никакому риску в силу используемых методов незаконного ввоза; если незаконный ввоз является единичным случаем; и если преступник сотрудничает с должностными лицами правоохранительных органов.

Пример 1

В Бельгии учитываются следующие отягчающие обстоятельства:

- принадлежность к какому-либо меньшинству (например, статья 77 кватер, 1°) или особая уязвимость жертвы;
- злоупотребление особой уязвимостью жертвы (например, статья 77 кватер, 2°);
- использование насилия или угрозы (например, статья 77 кватер, 3°);
- преступник является публичным должностным лицом (например, статья 77 тер, 2°);
- злоупотребление властью или возможностями, связанными с выполняемыми функциями (например, статья 77 тер, 1°);
- действия, повлекшие за собой тяжелую болезнь, потерю трудоспособности или заболевание (например, статья 77 кватер, 5°);
- привычка совершать преступления (например, статья 77 кватер, 6°) или рецидивизм;
- действия, повлекшие за собой смерть (например, статья 77 квинквиес, 1°);
- участие в основной или побочной деятельности сообщества, независимо от того, обладает ли обвиняемый качествами лидера (банды преступников) или нет (например, статья 77 кватер, 7°);
- участие в основной или побочной деятельности преступной организации, независимо от того, обладает ли обвиняемый качествами лидера или нет (например, статья 77 квинквиес, 2°).

(Закон об иностранцах 1980 года, Бельгия.)

Пример 2

Раздел 171а. Пересечение государственных границ без разрешения и незаконный ввоз

2) Лицо, которое совершает преступления, указанные в подразделе 1, приговаривается к лишению свободы на срок от 5 до 10 лет, если:

- a) оно является членом организованной группы;
- b) оно стремится скрыть совершение другого преступления или содействовать совершению другого преступления; или
- c) оно совершает преступление таким образом, что это ставит под угрозу жизнь или здоровье перевозимых лиц или представляет собой бесчеловечное или унижающее достоинство обращение с этими лицами, или злоупотребление ими.

3) Лицо, признанное виновным в совершении преступления, указанного в подразделе 1, приговаривается к такому же наказанию, как и то, которое предусмотрено в подразделе 2, если в результате совершенного преступления оно получает большую выгоду для себя или для другого лица.

4) Лицо, признанное виновным в совершении преступления, указанного в подразделе 1, приговаривается к лишению свободы на срок от 8 до 12 лет, если преступление:

- a) привело к тяжким телесным повреждениям или смерти; или
- b) принесло значительную выгоду преступнику или другому лицу.

5) Лицо, признанное виновным в совершении преступления, указанного в подразделе 1, приговаривается к такому же наказанию, как и то, которое предусмотрено в подразделе 2, если оно совершает преступление как член преступной группы.

6) Лицо, признанное виновным в совершении преступления, указанного в подразделе 1, приговаривается к лишению свободы на срок от 10 до 15 лет, если преступление повлекло за собой смерть более чем одного лица.

(Закон № 300/2005, Уголовный кодекс, Словацкая Республика.)

Пример 3

Наказанию в виде лишения свободы на срок от двух до шести лет подлежит любое лицо, которое проводит или перевозит других лиц в страну или из нее через пункты, не санкционированные соответствующими иммиграционными органами, в обход установленного иммиграционного контроля или путем представления ложной информации либо фальшивых или поддельных документов. Такому же наказанию подлежит любое лицо, которое тем или иным образом поощряет, обещает или облегчает получение фальшивых или поддельных документов, и любое лицо, которое с целью содействия незаконному ввозу мигрантов размещает, скрывает или укрывает иностранцев, нелегально проникших в страну или проживающих в ней. Наказание назначается в виде лишения свободы на срок от трех до восьми лет, если:

- 1) мигрант является несовершеннолетним;
- 2) жизнь или здоровье мигранта поставлены под угрозу вследствие условий совершения преступления или мигранту причинены сильные физические или психические страдания;

- 3) преступник или сообщник является публичным служащим;
- 4) преступление совершено организованной группой в составе двух или более лиц.

(Статья 249, раздел XV, Общий закон о миграции и иностранцах, № 8764, Коста-Рика.)

Статья 7. Злоупотребление уязвимостью незаконно ввозимых мигрантов

Лицо, которое умышленно [пользуется] [злоупотребляет] очевидной [явной] или известной уязвимостью или зависимостью положения незаконно ввезенного мигранта, в том числе уязвимостью или зависимостью, возникшей в результате въезда в государство или пребывания в нем нелегально или без надлежащих документов, беременности, физического или психического заболевания, инвалидности или ограниченной способности принимать решения вследствие того, что мигрант является ребенком, с целью получения прибыли или иной материальной выгоды, совершает преступление, наказуемое [указать наказание].

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1 и 3 статьи 16.

В соответствии с пунктом 1 статьи 16 Протокола государства-участники обязаны принимать все надлежащие меры, в том числе, если это необходимо, в области законодательства, для соблюдения и защиты прав лиц, которые стали объектом деяний, криминализируемых в соответствии с настоящим Законом. Реальность такова, что правами многих незаконно ввезенных мигрантов злоупотребляют или ненадлежащим образом пользуются в процессе незаконного ввоза или в стране назначения. Это усугубляется тем фактом, что незаконно ввезенные мигранты боятся быть обнаруженными властями и могут нести тяжелые финансовые обязательства перед лицами, занимающимися незаконным ввозом. Это приводит к возникновению таких ситуаций, когда условия жизни, работы или перемещения незаконно ввозимых мигрантов становятся негуманными и бесчеловечными. В некоторых случаях эксплуатация может быть настолько жестокой, что правильнее будет наказывать за нее как за торговлю людьми или как за другое серьезное преступление, например убийство или причинение смерти по неосторожности. Однако опыт показывает, что мигранты подвергаются различным видам жестокого или грубого обращения, большинство из которых не столь серьезны, чтобы подпадать под понятие “эксплуатация”, как это определено в контексте торговли людьми. Например, хозяин трущоб, взимающий с незаконно ввезенных мигрантов завышенную плату за аренду комнат, которые переполнены и не имеют основных удобств, таких как водоснабжение или канализация, скорее всего, не подпадет под действие законодательства о борьбе с торговлей людьми. Можно привести еще один пример, когда действия человека, наткнувшегося на группу умирающих в пустыне незаконно ввезенных мигрантов и предложившего доставить их до ближайшего колодца, но только в обмен на все их деньги и вещи, не подпадают под поня-

тие торговли людьми. В некоторых случаях такие ситуации, к сожалению, могут быть настолько распространенными, что подобный вид деяний может потребовать особого внимания.

В этом положении отражена тенденция к уделению повышенного внимания таким формам жестокого обращения и эксплуатации. Есть уже целый ряд национальных примеров, которые можно было бы использовать, в том числе законы Франции и Австрии:

Статья 225-13 Уголовного кодекса. Получение от лица путем злоупотребления уязвимостью или зависимостью его положения безвозмездных услуг или услуг, оплачиваемых вознаграждением, явно не соответствующим значимости произведенной работы, наказывается пятью годами тюремного заключения и штрафом в размере 150 000 евро.

(Уголовный кодекс, Франция.)

Статья 225-14 Уголовного кодекса. Помещение лица путем злоупотребления уязвимостью или зависимостью его положения в такие условия работы или проживания, которые несовместимы с человеческим достоинством, наказывается пятью годами тюремного заключения и штрафом в размере 150 000 евро.

(Уголовный кодекс, Франция.)

1) Любое лицо, которое с целью получения для себя или третьей стороны регулярного дохода за счет использования особой зависимости положения иностранца, незаконно проживающего в Австрии, не имеющего разрешения на работу или в силу иных обстоятельств находящегося в состоянии особой зависимости, эксплуатирует этого иностранца, подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок до трех лет по решению суда.

2) Любое лицо, которое посредством такого деяния подвергает иностранца лишениям или эксплуатирует большое число иностранцев, подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок от шести месяцев до пяти лет.

3) Если такое деяние приводит к смерти иностранца, виновный подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок от одного года до десяти лет.

(Статья 116 Закона о полиции по делам иностранцев, 2005 год, Австрия.)

Аналогичным образом в Бельгии действует закон, направленный против “торговцев, предоставляющих ночлег”:

ГЛАВА III кватер. Злоупотребление особой уязвимостью положения других лиц путем продажи, аренды или предоставления товаров в целях получения сверхприбыли

Статья 433 децисес. Любое лицо, которое злоупотребляет, непосредственно или через посредника, особо уязвимым положением лица вследствие его незаконного или ненадежного административного статуса или его непрочного социального положения путем продажи, аренды или предоставления, в целях получения сверхприбыли, личного имущества, его части, недвижимости, комнаты или иного помещения, указанного в статье 479 Уголовного кодекса, в условиях, несовместимых с человеческим достоинством, таким образом, что у этого лица нет иного реального

и приемлемого выбора, кроме как смириться с этим злоупотреблением, подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок от шести месяцев до трех лет и штрафа в размере от 500 до 25 000 евро. Штраф налагается столько раз, сколько имеется потерпевших.

(Уголовный кодекс, Бельгия.)

Наконец, принятая недавно европейская директива, предусматривающая санкции в отношении нанимателей незаконно находящихся в государстве граждан третьих стран, вводит понятие “особо эксплуататорских условий работы”, которое охватывает ситуации, когда “условия работы значительно отличаются от условий работы законно нанятых работников” (Директива 2009/52/ЕС Европейского парламента и Совета от 18 июня 2009 года, предусматривающая минимальные стандарты в отношении санкций и мер против нанимателей незаконно находящихся в государстве граждан третьих стран, статья 10 с)).

Статья 8. Соответствующие [дополнительные] меры

Если какое-то лицо признано виновным в совершении преступления, предусмотренного настоящим Законом, суд может, в дополнение к любому наказанию, предусмотренному настоящим Законом, и без ограничения любых иных полномочий суда, распорядиться принять следующие меры:

- a) конфискация имущества, доходов от преступления и орудий преступления;
- b) выплата возмещения или компенсации жертвам преступления;
- c) предание гласности судебного решения;
- d) запрет на осуществление, прямо или косвенно, одного или нескольких видов общественной или профессиональной деятельности постоянно или в течение максимального срока в [указать срок];
- e) временное или постоянное закрытие любого учреждения или предприятия, которое использовалось для совершения данного преступления;
- f) лишение права на участие в публичных торгах [и/или] на получение государственных пособий или помощи;
- g) временный или постоянный запрет на участие в публичных закупках;
- h) временный или постоянный запрет на осуществление других видов коммерческой деятельности и/или создание другого юридического лица; и
- i) любые другие уместные меры, не связанные с лишением свободы.

*Комментарий**Факультативное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статьи 2 и 4 и пункт 5 статьи 11.

Это положение является факультативным, поскольку использование подобных дополнительных мер, возможно, уже предусмотрено действующим национальным законодательством или практикой. Однако они приводятся как предложение, ставшее результатом совещания рабочей группы экспертов, посвященного разработке типового закона о борьбе с незаконным ввозом мигрантов. Важно также отметить пункт 5 статьи 11 Протокола, который предусматривает, что государства-участники рассматривают возможность принятия мер, которые позволяют, в соответствии с их внутренним законодательством, отказывать во въезде лицам, причастным к совершению преступлений, признанных таковыми в соответствии с Протоколом о незаконном ввозе мигрантов, или аннулировать их визы.

Эти дополнительные меры преследуют цель поддержать интересы системы уголовного правосудия путем обеспечения судам возможности принимать самые разные меры, направленные на наказание деяний преступников, включая конфискацию активов и доходов от преступлений. Это сделано для того, чтобы свести к минимуму вероятность появления у преступников финансовых ресурсов и возможностей для повторного совершения таких преступлений в будущем. Использована формулировка “без ограничения” любых полномочий суда, с тем чтобы не вмешиваться в независимость судебных органов. Эти меры принимаются “в дополнение” к любым другим мерам, для того чтобы отразить тот факт, что в некоторых случаях могут существовать дополнительные механизмы, которые можно было бы использовать (например, уже могут существовать национальные законы об изъятии доходов от преступной деятельности и о выплате компенсации жертвам преступлений). Кроме того, эта статья содержит “всеохватывающую” ссылку на “любые другие меры”, которые суд сочтет уместными. Это может включать целый ряд мер, которые считаются полезными на местном уровне.

Статья 9. Уголовная ответственность незаконно ввезенных мигрантов

Без ущерба для применения других законов, устанавливающих составы уголовных преступлений, мигранты не подвергаются уголовному преследованию в соответствии с настоящим Законом в силу того обстоятельства, что они стали объектом деяний, указанных в главе II настоящего Закона.

*Комментарий**Факультативное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статья 5; см. также пункт 4 статьи 6 Протокола.

В соответствии со статьей 5 Протокола лицо не может быть обвинено в совершении преступления незаконного ввоза в силу того обстоятельства, что оно стало объектом незаконного ввоза. Это не означает, что такие лица не могут быть подвергнуты уголовному преследованию за незаконный ввоз других лиц или за совершение любых других преступлений. Например, во многих странах действуют законы, устанавливающие уголовную ответственность за такие деяния, как владение поддельными документами на въезд/выезд или незаконный въезд.

В Руководстве для законодательных органов отмечается следующее:

Как уже отмечалось выше, Протокол нацелен прежде всего на то, чтобы с помощью криминализации и других предписаний бороться с незаконным ввозом мигрантов, а не с самой миграцией. В Протоколе ничего не говорится о том, должны ли подвергаться уголовному преследованию лица, незаконно проникающие в страну: статья 5 гласит, что ничто в Протоколе не следует истолковывать как требующее криминализации самих мигрантов или деяний, совершенных самими мигрантами, в отличие от членов организованных преступных групп или лиц, связанных с такими группами. В то же время в пункте 4 статьи 6 предусматривается, что ничто в Протоколе не ограничивает существующие права каждого государства-участника принимать меры в отношении какого-либо лица, деяние которого является уголовно наказуемым согласно его внутреннему законодательству.

(Руководство для законодательных органов, стр. 381, пункт 50.)

В Руководстве для законодательных органов далее отмечается:

В целом Протокол направлен на предупреждение незаконного ввоза мигрантов и борьбу с ним как с формой транснациональной организованной преступности, не затрагивая при этом вопроса о криминализации самой миграции, даже если она и является незаконной в соответствии с другими элементами национального законодательства. Как указывалось выше, это находит свое отражение в статье 5 и в пункте 4 статьи 6, а также в том, что преступления, которые в противном случае могли бы быть применимы к самим мигрантам, особенно это касается преступлений, связанных с документами и признанных таковыми в соответствии с пунктом 1 *b*) статьи 6, сформулированы таким образом, чтобы ограничить или исключить возможность такого применения. Так, например, в случае задержания мигранта с поддельным документом на него, как правило, не распространяется определение преступлений, принятое в национальном законодательстве в соответствии с пунктом 1 *b*), в то время как занимающееся незаконным ввозом лицо, задержанное с таким же документом, который предназначался для незаконного ввоза других лиц, подпадает под это же преступление.

(Руководство для законодательных органов, стр. 383, пункт 54.)

Следует отметить, что если используется редакция вариантов В или С главы II Типового закона, то этого вопроса не возникнет, поскольку оба варианта относятся к действиям в отношении “других лиц”.

Важно также отметить пункт 1 статьи 31 Конвенции 1951 года о статусе беженцев, прямо обязывающий государства не налагать взысканий на бежен-

цев, которые, “прибыв непосредственно из территории, на которой их жизни или свободе угрожала опасность, предусмотренная в статье 1, въезжают или находятся... без разрешения, при условии что такие беженцы без промедления сами явятся к властям и представят удовлетворительные объяснения своего незаконного въезда или пребывания”. Таким образом, крайне важно, чтобы незаконно ввезенные мигранты, входящие в эту категорию, не подвергались наказанию за их незаконный въезд. Если этот вопрос уже не рассматривается в национальном законодательстве по миграции и предоставлению убежища, то, возможно, необходимо включить в какой-либо закон о борьбе с незаконным ввозом мигрантов дополнительную формулировку на этот счет.

Источник: “Краткие выводы по статье 31 Конвенции 1951 года о статусе беженцев”, совещание экспертов за круглым столом в Женеве по теме “Глобальные консультации по вопросу о международной защите”, организованное Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев и Институтом высших исследований по международным вопросам и проблемам развития в Женеве 8 и 9 ноября 2001 года.

Статья 10. Обязанности коммерческих перевозчиков и совершаемое ими правонарушение

1. [Любой коммерческий перевозчик, который] [любое физическое лицо, отвечающее за функционирование коммерческого перевозчика в качестве юридического лица, которое] не удостоверится, что каждый пассажир имеет удостоверение личности и/или документы на въезд/выезд, необходимые для въезда в государство назначения и любое государство транзита, [совершает правонарушение и] подлежит наказанию в виде штрафа в размере [указать размер].
2. [Любой коммерческий перевозчик, который] [любое физическое лицо, отвечающее за функционирование коммерческого перевозчика в качестве юридического лица, которое] не [информирует] [уведомляет] компетентные органы о том, что какое-то лицо пыталось совершить либо совершило поездку с использованием услуг этого перевозчика без удостоверения личности и документов на въезд/выезд, необходимых для въезда в государство назначения или любое государство транзита, осознавая или по халатности игнорируя тот факт, что это лицо является незаконно ввозимым мигрантом, [совершает правонарушение и] [в дополнение к любому другому наказанию, предусмотренному в любом другом законе или законодательном акте] подлежит наказанию в виде штрафа в размере [указать размер].

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 2 и 3 статьи 11.

Пункт 2 статьи 11 Протокола о незаконном ввозе мигрантов обязывает государства-участники принять законодательные или другие надлежащие меры для предупреждения, насколько это возможно, использования транспортных средств, эксплуатируемых коммерческими перевозчиками, при совершении преступления незаконного ввоза мигрантов. Пункт 3 статьи 11 предусматривает, что “в надлежащих случаях и без ущерба для применимых международных конвенций такие меры включают установление для коммерческих перевозчиков... обязательства убедиться в том, что все пассажиры имеют документы на въезд/выезд, необходимые для въезда”. Как отмечается в примечаниях для толкования, этот пункт “требует, чтобы государства-участники устанавливали для коммерческих перевозчиков обязательство лишь убедиться в том, имеют ли пассажиры необходимые документы, а не выносить какое-либо суждение или оценку в отношении действительности или подлинности этих документов” (A/55/383/Add.1, пункт 103).

Поскольку идентичное обязательство предусмотрено в Протоколе о торговле людьми, то в целях обеспечения последовательности положение, используемое в настоящем Типовом законе, основывается на положении по этому вопросу, содержащемся в Типовом законе о борьбе с торговлей людьми. Однако были сделаны дополнения, касающиеся освобождения перевозчика от ответственности в тех случаях, когда незаконно ввозимый мигрант представил прошение о предоставлении убежища или ему предоставлен статус беженца либо дополнительная форма защиты и когда въезд является результатом спасательной операции, будь то на море или где-либо еще.

В некоторых правовых системах уголовная ответственность возлагается на физических лиц, отвечающих за юридическое лицо, даже если каким-либо наказаниям, санкциям или мерам подвергается само юридическое лицо. Поэтому в приведенных выше двух вариантах пункта 1 статьи 10 упоминаются и “коммерческий перевозчик”, и “лицо, отвечающее за функционирование коммерческого перевозчика”, например директор компании или старший руководитель, отвечающий за операции. Включены также варианты, в которых упоминается совершение “правонарушения” или предусматривается, что юридическое лицо “подлежит наказанию в виде штрафа”.

Как отмечается в комментарии к Типовому закону о борьбе с торговлей людьми, есть несколько способов выполнить обязательство, предусмотренное в статье 11: включение соответствующего положения в уголовное законодательство является лишь одним из них. Во многих странах, возможно, было бы более целесообразно затронуть этот вопрос в нормативно-правовых актах гражданского законодательства. Ниже приводится пример такого нормативно-правового акта:

1. [Любой коммерческий перевозчик должен] [любое лицо, которое занимается международными перевозками грузов или людей для получения коммерческой выгоды, должно] убедиться, что каждый пассажир имеет удостоверение личности и/или документы на въезд/выезд, необходимые для въезда в страну назначения и любые страны транзита.
2. Коммерческий перевозчик несет ответственность за расходы, связанные с размещением этого лица в [государство] и вывозом из него.

Приводятся следующие примеры национального законодательства и нормативно-правовых актов.

Пример 1

Обязанности компаний, занимающихся международными перевозками

а) Компании, занимающиеся международными перевозками, должны убедиться, что каждый пассажир имеет необходимые документы на въезд/выезд, включая паспорта и визы, для въезда в страну назначения и любые страны транзита.

б) Требование, предусмотренное в пункте а), относится как к сотрудникам, которые продают или выдают билеты, посадочные талоны или аналогичные документы, так и к сотрудникам, которые собирают или проверяют билеты до или после посадки.

с) На компании, которые не выполняют требования, предусмотренные в настоящем разделе, будет наложен штраф [указать соответствующую сумму]. За повторное невыполнение этого требования может быть применено наказание в виде отзыва лицензии на деятельность в соответствии с [действующим законодательством] [включить ссылку на закон, регулирующий отзыв лицензий].

(Государственный департамент Соединенных Штатов, Правовые основы борьбы с торговлей людьми, § 400, выпущено Управлением по контролю за торговлей людьми и борьбе с ней, февраль 2004 года.)

Пример 2

1. Компании, занимающиеся международными перевозками, должны убедиться при выдаче проездного документа, имеют ли их пассажиры удостоверения личности, необходимые для въезда в их страну транзита или назначения.

2. Обязательство, предусмотренное в пункте 1, несет также водитель транспортного средства, используемого в международных автомобильных перевозках, при посадке пассажиров, а также сотрудники, отвечающие за проверку проездных документов.

(Закон о предупреждении торговли людьми и борьбе с ней, статья 47, Румыния.)

3. Коммерческий перевозчик [не совершает правонарушения] [не подлежит наказанию в виде штрафа] в соответствии с настоящей статьёй, если:

а) имелись разумные основания полагать, что документы, которыми располагало перевозимое лицо, были документами на въезд/выезд, необходимыми для законного въезда в [название государства];

б) перевозимое лицо имело законные документы на въезд/выезд при посадке или последней посадке на транспортное средство для поездки в [название государства];

с) въезд в [название государства] произошел только в силу обстоятельств, не зависящих от [коммерческого перевозчика] [лица, которое занимается перевозками товаров или людей для получения коммерческой выгоды];

d) въезд в [название государства] стал результатом спасательной операции [на море].

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 2 и 3 статьи 11.

В примечаниях для толкования Протокола о незаконном ввозе мигрантов отмечается, что меры и санкции, применяемые в соответствии с пунктом 2 статьи 11 Протокола, должны принимать во внимание другие международные обязательства соответствующего государства-участника. Нельзя допускать, чтобы санкции в отношении перевозчика препятствовали выполнению давно существующего обязательства капитанов судов оказывать помощь лицам, терпящим бедствие на море. Статья 7 Протокола предусматривает, что государства-участники сотрудничают в максимально возможной степени в целях предупреждения и пресечения незаконного ввоза мигрантов по морю в соответствии с международным морским правом. В примечаниях для толкования Протокола отмечается:

Международное морское право включает Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву, а также другие соответствующие международные документы. Ссылки на Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву не наносят ущерба и не затрагивают каким-либо образом позицию любого государства в отношении данной Конвенции.

(A/55/383/Add.1, пункт 98; *Подготовительные материалы*, стр. 501.)

Таким образом, предусмотренные в Протоколе обязательства, в том числе обязательство обеспечить, чтобы коммерческие перевозчики не использовались для транспортировки незаконно ввозимых мигрантов, определяются существующими обязательствами по Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву. Как отмечается в комментарии к статье 25 Типового закона, капитан судна обязан оказывать помощь лицам, терпящим бедствие на море (см. также обсуждение по статье 25 Типового закона). Это обязательство является давней морской традицией и обязательством по нормам международного права. В зависимости от конкретного географического расположения территории государств-участников и методов, используемых лицами, занимающимися незаконным ввозом в их регионе, государства-участники, возможно, пожелают рассмотреть и другие соответствующие исключения для коммерческих перевозчиков, участвующих в спасательных операциях. Например, если обнаружены незаконно ввезенные мигранты, которые попали в бедственное положение в пустыне, оказавшиеся там коммерческие перевозчики не должны игнорировать их просто из-за страха судебного преследования в соответствии с положениями об ответственности перевозчика.

4. Коммерческий перевозчик не несет ответственности на основании настоящей статьи, если [компетентные органы] [в соответствии с положениями [соответствующий акт]] предоставили перевозимым им лицам защиту от выдворения и/или доступ к системе предоставления убежища.

*Комментарий**Факультативное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 2 и 3 статьи 11.

Это положение является факультативным и применяется к государствам, которые являются участниками Конвенции 1951 года о статусе беженцев и Протокола 1967 года, касающегося статуса беженцев. Государства, у которых имеется конкретный закон об осуществлении положений Конвенции 1951 года и Протокола к ней, могут сослаться на него в этом положении.

В примечаниях для толкования Протокола о незаконном ввозе мигрантов отмечается, что меры и санкции, применяемые в соответствии с пунктом 2 статьи 11 Протокола, должны принимать во внимание международные обязательства соответствующего государства-участника, включая Конвенцию 1951 года о статусе беженцев и Протокол 1967 года, касающийся статуса беженцев, как это особо подчеркнуто в статье 19 Протокола о незаконном ввозе мигрантов:

Кроме того, следует отметить, что этот пункт не ограничивает ненадлежащим образом усмотрение государств-участников в отношении невозложения на перевозчиков ответственности за перевозку беженцев, не имеющих каких-либо документов, и что статья 19 сохраняет общие обязательства государств-участников по международному праву в этом отношении, поскольку содержит прямую ссылку на Конвенцию 1951 года и Протокол 1967 года, касающийся статуса беженцев. Статья 11 была также принята при том понимании, что она не будет применяться таким образом, чтобы побуждать коммерческих перевозчиков к созданию необоснованных препятствий для передвижения законных пассажиров.

(A/55/383/Add.1, пункт 103; *Подготовительные материалы*, стр. 530.)

Статья 11. Содействие въезду и пребыванию в интересах процессов отправления правосудия

[Компетентный орган] [министр] может предоставить незаконно ввезенному мигранту [визу] [вид на жительство] в целях содействия расследованию [и/или] судебному преследованию в связи с преступлением, подпадающим под действие настоящего Закона.

*Комментарий**Факультативное положение*

Источник: Данная статья призвана содействовать практическому выполнению обязательства криминализовать определенные деяния, о которых говорится в статье 6.

Хотя это и не предусмотрено Протоколом, опыт показывает, что сотрудничество незаконно ввезенных мигрантов имеет важное значение для выявления,

проведения расследования и судебного преследования в отношении лиц, занимающихся незаконным ввозом. Например, незаконно ввезенные мигранты могут быть единственными свидетелями процесса незаконного ввоза. Поэтому они могут быть единственными людьми, которые могут дать надежные сведения или свидетельские показания относительно того, кто руководил процессом незаконного ввоза, кто выполнял функции сопровождающего, а кто был просто еще одним незаконно ввезенным мигрантом. Учитывая важность активного проведения расследования и уголовного преследования в отношении лиц, виновных в незаконном ввозе мигрантов, может потребоваться принятие практических мер для обеспечения того, чтобы незаконно ввезенные мигранты могли при необходимости оставаться в стране (или вернуться туда) для участия в процессе отправления правосудия. То, в какой форме это будет сделано, зависит от национального законодательства: например, одни страны, такие как Соединенные Штаты, используют механизм “условно-досрочного освобождения”; другие страны выдают временные визы; третьи же страны предоставляют вид на жительство. Поэтому данное положение необходимо будет скорректировать, для того чтобы оно отвечало общим принципам иммиграционного и визового режима.

Хотя разрешения на въезд и визы, как правило, используются в тех случаях, когда люди уже согласились дать показания против подозреваемого, эти механизмы могут быть использованы в качестве меры, обеспечивающей незаконно ввезенным мигрантам определенный период времени для осмысления своего положения и принятия обоснованного решения относительно того, согласны ли они или нет принять участие в процессе уголовного правосудия. Некоторые незаконно ввезенные мигранты, возможно, подверглись большой опасности или угрозам во время их поездки (например, голодали или были заперты в контейнерах при крайне высокой температуре и без достаточного количества воздуха). Возможно, им потребуется время, чтобы оправиться от своего опыта, прежде чем они смогут принять действенное участие в опросе или собеседовании или принять взвешенное решение, участвовать ли в процессе уголовного правосудия или нет.

Бельгия внесла поправки в свое законодательство, так что некоторые незаконно ввезенные мигранты, в частности те, кто стал объектом незаконного ввоза при отягчающих обстоятельствах, получают доступ к системам защиты, предназначенным для жертв торговли людьми. Так, доступ к системе защиты может быть предоставлен, если, например, из-за преступления жертва подверглась серьезной угрозе, если в результате незаконного ввоза жертва стала инвалидом или если жертвой был ребенок (77 кватер, 1°–5°, Закон от 15 декабря 1980 года, Бельгия). Срок для обдумывания служит переходным периодом, в течение которого незаконно ввезенный мигрант может решить, хочет ли он сделать заявление или подать жалобу.

Пример 1

Иностранцы, незаконному въезду или транзиту которых способствовало соответствующее деяние, не подвергаются наказанию в качестве участников преступления (статья 12 Уголовного кодекса). Их высылка или депортация может быть отсрочена, если – и в той степени, насколько – это необходимо для их допроса по фактам дела.

(Статья 114(6) Закона о полиции по делам иностранцев, 2005 год, Австрия.)

Пример 2

5)(A). Генеральный прокурор может, за исключением случаев, предусмотренных в подпункте *b*) или в разделе 214 *f*), по своему усмотрению условно-досрочно освободить в Соединенных Штатах временно на таких условиях, которые он может установить только в каждом конкретном случае, по неотложным соображениям гуманитарного характера или для большой общественной пользы любого иностранца, ходатайствующего о разрешении на въезд в Соединенные Штаты, однако такое условно-досрочное освобождение иностранца не рассматривается как разрешение иностранцу на въезд, и если после того, как цели условно-досрочного освобождения, по мнению Генерального прокурора, достигнуты, иностранец незамедлительно вернется или будет возвращен под стражу, из-под которой он был условно-досрочно освобожден, и в дальнейшем его дело будет по-прежнему рассматриваться так же, как и дело любого другого лица, ходатайствующего о разрешении на въезд в Соединенные Штаты.

(Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, s.212 *d*) 5).)

Пример 3

1. Иностранец, который пересек границу Испании без соблюдения мер, установленных для этой цели, или который не выполнил своего обязательства задекларировать въезд и находится в Испании нелегально или работает без разрешения, без документов или с незаконными документами, став жертвой, пострадавшим или свидетелем акта незаконной торговли людьми, нелегальной иммиграции, или торговли рабочей силой, или эксплуатации в целях проституции путем злоупотребления бедственным положением, может быть объявлен освобожденным от административной ответственности и не высылается, если он сообщает компетентным органам о правонарушителях или сообществах, занимающихся вышеупомянутой торговлей, или сотрудничает и взаимодействует с должностными лицами компетентных иммиграционных органов, предоставляя необходимую информацию или давая свидетельские показания, если в этом есть необходимость, в рамках соответствующего производства, возбужденного в отношении упомянутых правонарушителей.

2. Компетентные административные органы, на которые возложено изучение санкционирующего распоряжения, представляют соответствующее предложение органу, который должен принять по нему решение.

3. Иностранцам, объявленным освобожденными от административной ответственности, по их выбору, может быть организована репатриация в их родную страну или предоставлено право постоянного проживания в Испании, а также разрешение на работу и помощь в их социальной интеграции в соответствии с тем, что установлено в настоящем Законе.

4. Если государственному обвинителю становится известно, что иностранный гражданин, о высылке которого выдано распоряжение, фигурирует в уголовном производстве в качестве потерпевшего, пострадавшей стороны или свидетеля, и он считает, что присутствие указанного иностранца необходимо для осуществления судебного разбирательства, компетентному правительственному органу демонстрируется необходимость непроизведения высылки, а в том случае, если высылка уже произведена, аналогичным образом санкционируется возвраще-

ние иностранца в Испанию на срок, необходимый для выполнения необходимых процедур, при этом не исключается возможность принятия мер, предусмотренных в Конституционном законе 19/1994 от 23 декабря, для защиты свидетелей и экспертов в уголовных делах.

(Статья 59 Конституционного закона 8/2000 от 22 декабря 2000 года, Испания.)

Пример 4

Административные иммиграционные меры защиты и профилактики, установленные в настоящем Декрете-законе, и предусмотренное им регулирование применяются к обычным или незаконным мигрантам, которые сотрудничают в расследовании вышеперечисленных незаконных видов деятельности.

(Статья 81-4, раздел VIII, Защита потерпевших, Декрет-закон № 3 от 22 февраля 2008 года, Панама.)

Глава III. Меры по защите и оказанию помощи

Комментарий

Как отмечается в комментарии к статье 1 Типового закона, некоторые права являются неотъемлемыми и применимы ко всем лицам, независимо от их миграционного статуса. Согласно Протоколу о незаконном ввозе мигрантов, государства-участники согласились обеспечивать, чтобы неотъемлемые права, вытекающие из права в области прав человека и прав беженцев, а также гуманитарного права, не ущемлялись каким-либо образом в результате осуществления мер по борьбе с незаконным ввозом мигрантов.

В дополнение к этим общим правам в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов было подтверждено еще несколько более конкретных прав. В частности, государства-участники обязаны принимать все надлежащие меры:

- для защиты незаконно ввезенных лиц от гибели, пыток или других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (пункт 1 статьи 16);
- для защиты незаконно ввезенных мигрантов от насилия (пункт 2 статьи 16);
- для предоставления надлежащей помощи мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу лицами, занимающимися незаконным ввозом (пункт 3 статьи 16);
- для предоставления информации о консульских уведомлениях и сношениях с консульскими должностными лицами (пункт 5 статьи 16);
- для передачи мигрантов, добывающихся предоставления убежища, органам, занимающимся этими вопросами (пункт 1 статьи 19).

При осуществлении всех этих мер государства-участники обязаны принимать во внимание особые потребности женщин и детей (пункт 4 статьи 16).

Конкретные пути выполнения этих обязательств будут, вероятно, включать принятие целого ряда мер: принятие национальных законов и, скорее всего, выработку соответствующих политических установок и процедур. Кроме того, в Руководстве для законодательных органов отмечается, что от разработчиков национального законодательства может также потребоваться скорректировать формулировки действующих законодательных положений, с тем чтобы они применялись таким образом, чтобы это не являлось дискриминационным в отношении незаконно ввезенных мигрантов и незаконно проживающих лиц в силу их статуса, как таковых (Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 статьи 19).

Статья 12. Право на неотложную медицинскую помощь

1. Незаконно ввезенные мигранты имеют право на получение любой медицинской помощи, которая срочно требуется для сохранения их жизни или избежания непоправимого ущерба их здоровью, на основе равенства с гражданами [*название государства*].
2. Им нельзя отказывать в такой неотложной медицинской помощи в силу каких-либо отклонений, в том что касается их въезда или пребывания в [*название государства*].

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 16.

Хотя необходимость выполнения обязательства соблюдать и защищать права незаконно ввезенных мигрантов (включая право на жизнь) носит императивный характер, пути достижения этого могут быть различными.

Каждый человек имеет неотъемлемое право на жизнь (Международный пакт о гражданских и политических правах, пункт 1 статьи 6). Это подтверждено в пункте 1 статьи 16 Протокола, согласно которому государства-участники договорились принимать все надлежащие меры, в том числе, если это необходимо, в области законодательства, для соблюдения и защиты прав лиц, которые стали объектом незаконного ввоза, в частности права на жизнь и права не подвергаться пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания. Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций – орган, которому поручено следить за выполнением Международного пакта о гражданских и политических правах, – отмечал, что право на жизнь – это основополагающее право, от которого не допускается никаких отступлений. В своем замечании общего порядка № 6 (1982), касающемся права на жизнь, Комитет отмечает, что «праву на жизнь слишком часто дается узкое толкование. Выражение “неотъемлемое право на жизнь” не может быть правильно понято, если толковать его ограниченно, и защита этого права требует от государств принятия конструктивных мер».

Хотя право всех лиц, независимо от миграционного статуса, на доступ к неотложной медицинской помощи четко не определено, оно может быть выведено из права на жизнь, зафиксированного в Международном пакте о гражданских и политических правах. Как отмечал Комитет по правам человека, государства – участники Пакта должны обеспечить, чтобы этому праву не давалось узкое толкование, поскольку защита права на жизнь часто требует принятия конструктивных мер со стороны государств-участников. Если руководствоваться этими доводами, то из них вытекает, что в рамках практической реализации этого права необходимо обеспечивать, чтобы во всех случаях, когда какое-то лицо (в том числе и незаконно ввезенный мигрант) нуждается в неотложной медицинской помощи, ему должна быть оказана такая помощь, независимо от таких соображений, как его иммиграционный статус. Отказ в оказании неотложной медицинской помощи в ситуации, когда это может иметь опасные для жизни последствия, однозначно является нарушением права на жизнь. Это право имеет особое значение в контексте незаконного ввоза мигрантов,

поскольку незаконно ввозимые мигранты могут быть перехвачены властями после того, как мигрантов закрыли в морских контейнерах без достаточного количества воздуха или продуктов питания, или после того, как они совершили длительную и опасную поездку. Помимо медицинской помощи они могут нуждаться и в предметах первой необходимости (пища, вода, жилье).

Приведенный здесь вариант формулировки основан на статье 28 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которая предусматривает:

Трудящиеся-мигранты и члены их семей имеют право на получение любой медицинской помощи, которая является крайне необходимой для сохранения их жизни или избежания непоправимого ущерба их здоровью на основе равенства с гражданами соответствующего государства. Им нельзя отказывать в такой срочной медицинской помощи в силу каких-либо отклонений, в том что касается пребывания или занятости.

Право человека на здоровье гарантировано в пункте 1 статьи 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, в котором государства – участники Пакта признают “право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья”. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам в своем замечании общего порядка № 14 (2000), касающемся права на наивысший достижимый уровень здоровья, заявляет, что “государства несут обязанность уважать право на здоровье, в частности воздерживаясь от принятия мер, закрывающих или ограничивающих равный доступ всем, в том числе заключенным или содержащимся под стражей лицам, представителям меньшинств, лицам, просящим убежища, и незаконным иммигрантам, к профилактическим, лечебным и паллиативным услугам здравоохранения, воздерживаясь от возведения дискриминационной практики в ранг государственной политики...” (E/C.12/2000/4).

Статья 13. Защита мигрантов от насилия

[Компетентный орган] [министр] [принимает надлежащие меры] [разрабатывает руководящие принципы в отношении надлежащих мер] [издает распоряжения в отношении надлежащих мер] по предоставлению мигрантам соответствующей защиты от насилия, которому они могут подвергнуться со стороны отдельных лиц или групп по той причине, что они стали объектом деяний, указанных в главе II настоящего Закона. Эти меры учитывают особые потребности женщин и детей.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 2 и 4 статьи 16.

В соответствии с пунктом 2 статьи 16 Протокола государства-участники обязаны принимать надлежащие меры по предоставлению мигрантам соответствующей защиты от насилия, которому они могут подвергнуться со стороны отдельных лиц или групп по той причине, что они стали объектом деяний, криминализуемых в соответствии со статьей 6 Протокола. При применении статьи 16

государства-участники должны принимать во внимание особые потребности женщин и детей (пункт 4 статьи 16 Протокола).

В Протоколе не указано, что подразумевается под “надлежащими мерами” защиты. Это необходимо будет решать на национальном уровне с учетом видов насилия, которому могут подвергнуться незаконно ввозимые мигранты, ситуаций, в которых может быть применено насилие, общин и отдельных лиц, которые могут быть затронуты этим, и ресурсов, выделяемых на решение этих вопросов. Например, в одних государствах могут быть целевые программы предупреждения преступности, и при разработке этих программ следует учитывать возможность виктимизации незаконно ввезенных мигрантов. У других государств есть программы поддержки их граждан, находящихся за границей, через их посольства в основных странах назначения (см. пример национальной практики, ниже). В третьих случаях защита должна будет включать обеспечение мигрантам доступа к физической защите с помощью правоохранительных мер.

Пример

Являясь одной из основных стран происхождения трудящихся-мигрантов в мире, Филиппины приняли ряд мер для обеспечения того, чтобы трудящиеся-мигранты могли иметь доступ к своим правам в их странах назначения независимо от того, находятся ли они в бедственном положении или нет. Хотя трудящиеся-мигранты, как правило, не все являются незаконно ввезенными мигрантами, меры защиты, перечисленные в Законе о трудящихся-мигрантах 1995 года (Закон Республики № 8042), могут быть предоставлены и незаконно ввезенным мигрантам. Меры защиты включают, помимо прочего, создание чрезвычайного фонда для репатриации, принудительную репатриацию несовершеннолетних трудящихся-мигрантов и создание информационных центров для трудящихся-мигрантов и других филиппинцев, находящихся за границей. Эти центры расположены на территории и под административной юрисдикцией посольств Филиппин в странах с большой концентрацией филиппинских трудящихся-мигрантов.

Центры предоставляют различные виды помощи, в том числе:

- консультирование и юридические услуги;
- помощь в рамках социального обеспечения, включая медицинское обслуживание и госпитализацию;
- информацию, консультации и программы, направленные на содействие социальной интеграции, например инструктаж после прибытия, расселение и услуги по налаживанию связей с общинами в целях социальной интеграции;
- схемы для регистрации работников без документов;
- развитие людских ресурсов, например профессиональная подготовка и повышение квалификации;
- программы и мероприятия, учитывающие гендерные факторы, для оказания помощи в удовлетворении особых потребностей трудящихся-мигрантов из числа женщин;
- программы ориентации для возвращающихся работников и других мигрантов;
- повседневное отслеживание ситуации, обстоятельств и действий, затрагивающих трудящихся-мигрантов и других филиппинцев за рубежом.

Создание работающих круглосуточно центров является совместным началом различных государственных учреждений. В странах с высокой концентрацией трудящихся-мигрантов из Филиппин в число работников центров входят юрист и социальный работник.

Статья 14. Помощь мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу

[Компетентный орган] [Соответствующий министр] [предоставляет надлежащую помощь] [разрабатывает руководящие принципы в отношении надлежащей помощи] [издает распоряжения в отношении надлежащей помощи] мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом деяний, указанных в главе II настоящего Закона. Эти меры учитывают особые потребности женщин и детей.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 3 и 4 статьи 16.

Обязательства, предусмотренные в пунктах 3 и 4 статьи 16, носят императивный характер, однако пути выполнения этих обязательств могут быть различными.

Пункт 3 статьи 16 Протокола требует от государств-участников предоставлять надлежащую помощь мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом деяний, криминализуемых в соответствии со статьей 6 Протокола. При применении статьи 16 государства-участники должны принимать во внимание особые потребности женщин и детей.

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, пункт 3 статьи 16 не устанавливает нового права, а лишь “создает новые обязательства в том смысле, что он требует от государств-участников обеспечить необходимую помощь мигрантам и незаконно проживающим в случаях, когда их жизнь или безопасность поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом преступления, признанного таковым в соответствии с Протоколом” (Руководство для законодательных органов, часть третья, глава II, пункт 71, стр. 402).

В зависимости от обстоятельств основные соображения могут включать обеспечение физической безопасности (например, сотрудниками правоохранительных органов); доступ к крайне необходимым продуктам питания, жилью и медицинской помощи; доступ к консульским услугам; и юридические консультации.

В Бельгии лица, которые стали объектом некоторых форм незаконного ввоза мигрантов приотягчающих обстоятельствах, пользуются такой же защитой, как и та, что предоставляется жертвам торговли людьми. Это относится к случаям, когда жизнь потерпевшего была поставлена под угрозу умышленно или по грубой небрежности и когда преступление привело, по-видимому, к неизлечимому заболеванию, постоянной физической или психической непол-

ноценности, полному изъятию органа или использованию органа или же к тяжкому увечью, как это указано в статье 77 кватер, 4° и 5°, Закона Бельгии от 15 декабря 1980 года. В циркулярном письме от 26 сентября 2008 года об осуществлении межведомственного сотрудничества в области оказания помощи жертвам торговли людьми и/или некоторых других тяжких форм торговли людьми, которое было опубликовано в бельгийском Официальном вестнике от 31 октября 2008 года, излагаются подробные процедуры осуществления вышеуказанного закона; в разделе III *a)* этой директивы говорится, что, как только какое-либо лицо можно считать – на основании показаний – предполагаемой жертвой торговли людьми или некоторых других тяжких форм торговли людьми, его информируют о процедуре, связанной с его статусом, не только представители полиции или служб социальной проверки, непосредственно вступающие с ним в контакт, но и представители любой другой службы, которые вступают в контакт с потенциальными жертвами. В этой связи жертвам предоставляют набор разъяснительных информационных материалов.

Статья 15. [Гражданское] [судебное] производство

1. Незаконно ввезенный мигрант, который подвергся насилию, пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания или жизнь или безопасность которого были поставлены под угрозу по той причине, что он стал объектом деяний, криминализируемых в соответствии с настоящим Законом, имеет право возбудить [гражданское] [судебное] производство для возмещения материального и нематериального ущерба, понесенного в результате указанных действий.
2. Наличие уголовного производства, связанного с теми же действиями, по которым предъявлен гражданский иск, не затрагивает право на возбуждение [гражданского] [судебного] производства для возмещения материального или нематериального ущерба.
3. Иммиграционный статус или возвращение незаконно ввезенного мигранта в его родную страну или нахождение незаконно ввезенного мигранта под соответствующей юрисдикцией по другим причинам не препятствуют вынесению судом распоряжения о выплате компенсации, предусмотренной настоящей статьей.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1–3 статьи 16.

Государства-участники договорились принимать все надлежащие меры, в том числе, если это необходимо, в области законодательства, для соблюдения и защиты прав незаконно ввезенных мигрантов, в частности права на жизнь и права не подвергаться пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания. Государства-участники также договорились принимать меры по предоставлению мигрантам защиты от

насилия и по предоставлению помощи мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом деяний, криминализуемых в соответствии со статьей 6 Протокола.

С практической точки зрения, хотя система уголовного правосудия дает государству возможность преследовать преступников, она может очень мало дать незаконно ввезенным мигрантам, которые могут быть просто свидетелями в рамках производства. Возможность возбуждать гражданское производство (которое следует толковать как включающее все неуголовное производство, как, например, разбирательство в судах по трудовым вопросам или по гражданским делам) в отношении лиц, виновных в причинении вреда или жестоком обращении в процессе незаконного ввоза, может дать незаконно ввезенным мигрантам шанс добиться возмещения, если они стали объектами виктимизации в процессе незаконного ввоза.

В некоторых правовых системах термин “судебный иск” может быть более подходящим, чем “гражданское производство” или “гражданский процесс”. В некоторых правовых системах гражданский процесс может исключать производство в отношении должностных лиц государства (то есть правительственных должностных лиц). Термин “судебный иск” может быть более уместным в условиях, когда преследуется цель охватить действия как правительственных органов, так и частных граждан.

Статья 16. Незаконно ввезенные мигранты-дети

1. В дополнение к любым другим мерам защиты, предусмотренным в настоящем Законе:

a) во всех действиях правительственных должностных лиц, учреждений и судов в отношении незаконно ввезенных мигрантов-детей главным соображением должно быть обеспечение наилучших интересов ребенка;

b) если возраст незаконно ввезенного мигранта неясен и есть основания полагать, что незаконно ввезенный мигрант является ребенком, он считается ребенком до установления его возраста;

c) любое собеседование или осмотр незаконно ввезенного мигранта-ребенка проводится специально подготовленным специалистом, в подходящих для этого условиях, на языке, который ребенок использует и понимает, и в присутствии родителя ребенка, законного опекуна или поддерживающего лица;

d) незаконно ввезенные мигранты-дети имеют право на доступ к образованию, в котором не может быть отказано и которое не может быть ограничено по причине их или их родителей незаконного въезда или положения;

e) содержание под стражей незаконно ввезенного мигранта-ребенка осуществляется согласно закону и используется лишь в качестве крайней меры и в течение как можно более короткого соответствующего периода времени.

2. Если незаконно ввезенный мигрант является несопровождаемым ребенком, [компетентный орган]:

а) назначает законного опекуна для представления интересов ребенка;

б) принимает все необходимые меры для установления его личности и гражданства;

с) прилагает все усилия для установления местонахождения его семьи, в том числе в целях содействия воссоединению семьи, если это отвечает наилучшим интересам ребенка.

3. Для целей настоящей статьи “несопровождаемый ребенок” – это ребенок, разлученный с обоими родителями и другими родственниками и не находящийся на попечении взрослого лица, которое по закону или обычаю несет ответственность за такое попечительство.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1 и 4 статьи 16; Конвенция о правах ребенка, статьи 2, 28 и 37.

Хотя обязательства, отраженные в пунктах 1 и 4 статьи 16, носят императивный характер для всех участников Протокола, использование данной конкретной формулировки является факультативным. Следует также отметить, что ратификация Конвенции о правах ребенка носит всеобщий характер, и, следовательно, вполне вероятно, что большинство государств связаны ее положениями. Поэтому в пункте 1 а) статьи 16 Типового закона использован заимствованный из Конвенции принцип обеспечения наилучших интересов ребенка.

Кроме того, в основе пункта 1 с) статьи 16 лежат Руководящие принципы, касающиеся правосудия в вопросах, связанных с участием детей – жертв и свидетелей преступлений (резолюция 2005/20 Экономического и Социального Совета, приложение). Типовой закон, касающийся правосудия в вопросах, связанных с участием детей – жертв и свидетелей преступлений, который содействует осуществлению Руководящих принципов, определяет “поддерживающее лицо” как “специально подготовленное лицо, назначенное для оказания ребенку помощи на протяжении всего процесса отправления правосудия в целях предотвращения риска принуждения, ревиктимизации или вторичной виктимизации”³⁶.

Комитет по правам ребенка в своем замечании общего порядка № 6 (2005) об обращении с несопровождаемыми и разлученными детьми за пределами страны их происхождения дал указания, касающиеся обязательств государств в отношении несопровождаемых и разлученных детей. Замечание общего порядка № 6 (2005) применимо к ситуации всех несопровождаемых или раз-

³⁶*Justice in Matters Involving Child Victims and Witnesses of Crime: Model Law and Related Commentary*, опубликовано Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности в 2009 году, размещено по адресу: www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters...pdf.

лученных детей, которые находятся за пределами страны своего гражданства, независимо от их миграционного статуса. Таким образом, оно охватывает лиц, ищущих убежища, детей-беженцев и детей, которые являются незаконно ввезенными мигрантами. Определение “несопровождаемого ребенка”, содержащееся в пункте 3 статьи 16 Типового закона, вытекает из определения, содержащегося в пункте 7 замечания общего порядка № 6 (2005) Комитета по правам ребенка.

См. также Региональные руководящие принципы, касающиеся оказания помощи несопровождаемым детям в случае репатриации, которые были подготовлены на Региональной конференции по вопросам миграции, состоявшейся в городе Гватемала 9 июля 2009 года.

Незаконно ввезенные мигранты-дети, как правило, не должны содержаться под стражей. Если содержание под стражей оправдано в порядке исключения (например, в целях установления личности), то это должно использоваться лишь в качестве крайней меры, в течение как можно более короткого соответствующего периода времени и в условиях или обстановке, приемлемых для детей (см. статью 37 Конвенции о правах ребенка). Необходимо принимать особые меры в отношении жилых помещений, которые должны быть пригодны для детей и в которых дети должны быть отделены от взрослых, если только не считается, что в наилучших интересах ребенка этого делать не следует. основополагающим подходом во всех ситуациях должен быть “уход”, а не “содержание под стражей”.

Незаконно ввезенные мигранты-дети, временно лишённые свободы, должны быть обеспечены всеми предметами первой необходимости, а также получать надлежащую медицинскую помощь и консультации психолога, а при необходимости – и образование. В идеале это должно осуществляться за пределами центров содержания под стражей, с тем чтобы облегчить продолжение ими своего образования после освобождения. Дети также имеют право на отдых и игры.

Что касается образования, то в статье 28 Конвенции о правах ребенка предусмотрено, в частности, следующее:

1. Государства-участники признают право ребенка на образование, и с целью постепенного достижения осуществления этого права на основе равных возможностей они, в частности:

- a) вводят бесплатное и обязательное начальное образование;
- b) поощряют развитие различных форм среднего образования, как общего, так и профессионального, обеспечивают его доступность для всех детей и принимают такие необходимые меры, как введение бесплатного образования и предоставление в случае необходимости финансовой помощи;
- c) обеспечивают доступность высшего образования для всех на основе способностей каждого с помощью всех необходимых средств;
- d) обеспечивают доступность информации и материалов в области образования и профессиональной подготовки для всех детей;
- e) принимают меры по содействию регулярному посещению школ и снижению числа учащихся, покинувших школу.

2. Государства-участники принимают все необходимые меры для обеспечения того, чтобы школьная дисциплина поддерживалась с помощью методов, отражающих уважение человеческого достоинства ребенка и в соответствии с настоящей Конвенцией.

В Конвенции о правах ребенка также предусмотрено, что государства-участники принимают все необходимые меры для обеспечения защиты ребенка от всех форм дискриминации или наказания на основе статуса родителей ребенка, законных опекунов или членов семьи (Конвенция о правах ребенка, пункт 1 статьи 2).

Статья 17. Доступ незаконно ввезенных мигрантов к консульским должностным лицам

1. Если незаконно ввезенный мигрант арестован, задержан или содержится под стражей, орган, который произвел арест или задержание, обязан незамедлительно информировать незаконно ввезенного мигранта о его праве на сношения с консульскими должностными лицами, и принимаются все разумные меры для содействия таким сношениям.
2. Если незаконно ввезенный мигрант выражает заинтересованность в установлении контактов с консульскими должностными лицами, орган, который произвел арест или задержание, обязан уведомить соответствующего консула или консулов о том, что гражданин этого государства был арестован или задержан, указать место, где содержится незаконно ввезенный мигрант, и содействовать контактам.
3. Если незаконно ввезенный мигрант показывает, что он не хочет иметь контактов с консульским учреждением, следует уважать этот выбор.
4. Незаконно ввезенные мигранты, которые содержатся под стражей или под арестом, имеют следующие права:
 - a) на встречи с консульскими должностными лицами;
 - b) на беседы и переписку с консульскими должностными лицами; и
 - c) на незамедлительное получение сообщений, направленных консульскими учреждениями.
5. Орган, который произвел арест или задержание, принимает все разумные меры для содействия таким встречам и сношениям.
6. Орган, который произвел арест или задержание, безотлагательно передает всю корреспонденцию, полученную от незаконно ввезенного мигранта и адресованную соответствующему консульскому учреждению.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 5 статьи 16; Венская конвенция о консульских сношениях³⁷, статья 36.

³⁷United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638.

Хотя обязательство, предусмотренное в пункте 5 статьи 16 Протокола, носит императивный характер для всех государств-участников, пути выполнения этого обязательства могут быть различными.

Статья 36 Венской конвенции о консульских сношениях предусматривает следующее:

Сношения и контакт с гражданами представляемого государства

1. В целях облегчения выполнения консульских функций в отношении граждан представляемого государства:

a) консульские должностные лица могут свободно сноситься с гражданами представляемого государства и иметь доступ к ним. Граждане представляемого государства имеют такую же свободу в том, что касается сношений с консульскими должностными лицами представляемого государства и доступа к ним;

b) компетентные органы государства пребывания должны безотлагательно уведомлять консульское учреждение представляемого государства о том, что в пределах его консульского округа какой-либо гражданин этого государства арестован, заключен в тюрьму или взят под стражу в ожидании судебного разбирательства или же задержан в каком-либо ином порядке, если этот гражданин этого потребует. Все сообщения, адресуемые этому консульскому учреждению лицом, находящимся под арестом, в тюрьме, под стражей или задержанным, также безотлагательно передаются этими органами консульскому учреждению. Указанные органы должны безотлагательно сообщать этому лицу о правах, которые оно имеет согласно настоящему подпункту;

c) консульские должностные лица имеют право посещать гражданина представляемого государства, который находится в тюрьме, под стражей или задержан, для беседы с ним, а также имеют право переписки с ним и принимать меры к обеспечению ему юридического представительства. Они также имеют право посещать любого гражданина представляемого государства, который находится в тюрьме, под стражей или задержан в их округе во исполнение судебного решения. Тем не менее консульские должностные лица должны воздерживаться выступать от имени гражданина, который находится в тюрьме, под стражей или задержан, если он определенно возражает против этого.

2. Права, о которых говорится в пункте 1 настоящей статьи, должны осуществляться в соответствии с законами и правилами государства пребывания, при условии, однако, что эти законы и правила должны способствовать полному осуществлению целей, для которых предназначены права, предоставляемые в соответствии с настоящей статьей.

Права на свободу и личную неприкосновенность

Хотя в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов конкретно упоминается право на сношения с консульскими должностными лицами, это, конечно, не единственное право лиц, лишенных свободы. Все лица, лишенные свободы, имеют право на ряд основных правовых и процессуальных гарантий, включая следующее:

- Незаконно ввезенные мигранты имеют право на свободу и личную неприкосновенность и не могут быть подвергнуты индивидуально или коллективно произвольному аресту и задержанию.

- Они не могут быть лишены свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом (например, в целях установления личности или в ожидании выдворения).
- Содержание под стражей должно производиться по распоряжению или с санкции судьи, и в каждом отдельном случае должен автоматически производиться регулярный и судебный, а не только административный, пересмотр необходимости содержания под стражей. Такой пересмотр должен включать оценку законности содержания под стражей, а не только его обоснованности, или же другие, более низкие стандарты, применяемые в процессе пересмотра.
- К лишению свободы следует прибегать лишь в качестве крайней меры и в течение как можно более короткого соответствующего периода времени. В законе также должен быть закреплен абсолютный максимальный срок содержания под стражей, и по истечении этого срока задержанный должен автоматически освобождаться. К незаконно ввезенным мигрантам следует в максимально возможной степени применять меры, альтернативные содержанию под стражей.
- Если незаконно ввезенные мигранты арестованы, им сообщаются причины ареста и в срочном порядке сообщаются любые предъявленные им обвинения на языке, который они понимают.
- Если незаконно ввезенные мигранты лишены свободы в результате ареста или задержания, они имеют право безотлагательно предстать перед судебным органом для оспаривания законности их содержания под стражей.
- С незаконно ввезенными мигрантами, лишенными свободы, следует обращаться гуманно и с уважением достоинства, присущего человеческой личности, и их культурной самобытности. Если они лишены свободы, то они должны всегда содержаться отдельно от осужденных лиц.

См., в частности, статьи 9 и 10 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Кроме того, в Двадцати руководящих принципах Совета Европы в отношении принудительного возвращения содержатся важные указания по международно-правовым рамкам, которые применяются к содержанию под стражей лиц до их возвращения³⁸.

³⁸Руководящие принципы размещены на веб-сайте Совета Европы (www.coe.int).

Глава IV. Координация и сотрудничество

Статья 18. Учреждение национального координационного комитета

1. [Соответствующий министр] учреждает национальный координационный [комитет/орган], состоящий из должностных лиц [указать *соответствующие учреждения*], должностных лиц других соответствующих государственных учреждений и представителей местных правительственных и неправительственных организаций, предоставляющих услуги.

2. Национальный координационный [комитет/орган]:

a) контролирует и координирует осуществление настоящего Закона;

b) разрабатывает политику, [нормативно-правовые акты], руководящие принципы, процедуры и другие меры в целях содействия осуществлению настоящего Закона;

c) разрабатывает национальный план действий по обеспечению всеобъемлющего и эффективного осуществления настоящего Закона, что включает процесс периодического обзора достижения поставленных целей и задач;

d) осуществляет контроль и докладывает [соответствующему министру] [парламенту] о выполнении обязательств по Протоколу о незаконном ввозе мигрантов;

e) содействует межведомственному и междисциплинарному сотрудничеству между различными правительственными учреждениями, международными организациями и неправительственными организациями; и

f) содействует сотрудничеству с соответствующими странами происхождения, транзита и назначения, в частности с органами пограничного контроля.

3. [Указать название учреждения/представителя] назначается [секретарем/секретариатом] Комитета. При необходимости Комитет может учреждать [подкомитеты/рабочие группы].

*Комментарий**Факультативное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статьи 2, 7, 10 и 14.

Статья 18 является факультативным положением, хотя и отвечает целям Протокола.

Осуществление законодательства и политики по борьбе с незаконным ввозом мигрантов является комплексной задачей и всегда связано с участием многочисленных учреждений, причем каждое из них играет важную роль, хотя и работает в рамках различных мандатов и ограничений. Как показывает опыт, создание межведомственного координационного органа для работы над вопросами незаконного ввоза в рамках всех правительственных структур весьма способствует и реализации политики, и оперативной координации. Такой орган может служить для соответствующих учреждений форумом, который дает им возможность регулярно встречаться для осуществления планирования, обсуждения правовых, политических и процедурных вопросов, а также для рассмотрения отдельных дел и бюджетных аспектов.

Во многих случаях такой орган может быть создан и без принятия соответствующего законодательства. Например, в связи с торговлей людьми в Таиланде создан Комитет по координации и контролю деятельности по борьбе с торговлей людьми ("Комитет ККТЛ"). Согласно национальному Закону о борьбе с торговлей людьми:

Раздел 23. Комитет ККТЛ имеет следующие полномочия и обязанности:

- 1) подготовка и контроль за осуществлением планов реализации и координации соответствующих учреждений, будь то на центральном, региональном или местном уровне или же в рамках общин и гражданского общества, в целях обеспечения согласованности с политикой, стратегиями и мерами по предупреждению и пресечению торговли людьми;
- 2) подготовка и контроль за выполнением планов и директив, касающихся создания потенциала для сотрудников, отвечающих за предупреждение и пресечение торговли людьми;
- 3) подготовка и контроль за проведением кампаний по информированию и просвещению общественности в вопросах предупреждения и пресечения торговли людьми;
- 4) контроль и оценка деятельности, осуществляемой в соответствии с политикой, стратегиями и мерами, а также осуществления деятельности в соответствии с настоящим Законом и представление Комитету соответствующих докладов;
- 5) контроль за деятельностью, связанной с международными обязательствами, сотрудничеством и координацией с зарубежными органами по вопросам предупреждения и пресечения торговли людьми, и представление Комитету соответствующих докладов;
- 6) разработка правил и утверждение выплат и распоряжения имуществом Фонда согласно разделу 44 (4);

7) подготовка и контролирование планов осуществления согласно настоящему Закону в целях достижения наибольшей эффективности работы правоохранительных органов и обеспечения согласованности с законодательством о борьбе с отмыванием денег, законодательством о борьбе с коррупцией на национальном уровне и любым другим соответствующим законодательством, включая международные обязательства;

8) выполнение любых других действий, порученных Комитетом.

[...]

Раздел 25. Комитет и Комитет ККТЛ могут создать подкомитет или рабочую группу для рассмотрения, консультирования и выполнения любых задач, порученных Комитетом и Комитетом ККТЛ...

(Закон о борьбе с торговлей людьми, В.Е. 2551 (2008), Таиланд.)

Примечание: “Комитет” – это Комитет по борьбе с торговлей людьми, возглавляемый премьер-министром.

Еще один пример относится к Соединенным Штатам и касается разработки информационно-пропагандистских программ по борьбе с незаконным ввозом мигрантов:

Секретарь внутренней безопасности, в консультации с Генеральным прокурором и Государственным секретарем, при необходимости разрабатывают и осуществляют информационно-пропагандистские программы для просвещения общественности в Соединенных Штатах и за рубежом о мерах наказания за ввоз и укрывательство иностранцев в нарушение настоящего раздела.

(Раздел 274, Закон об иммиграции и гражданстве [8 USC 1324], Соединенные Штаты.)

Статья 19. Подготовка кадров и предупреждение незаконного ввоза мигрантов

[Указать название национального координационного комитета]:

а) разрабатывает и распространяет среди специалистов, в том числе среди сотрудников иммиграционных органов и системы уголовного правосудия, которые могут столкнуться с незаконно ввезенными мигрантами, информацию и материалы и организует подготовку кадров, с тем чтобы помочь им в предупреждении незаконного ввоза мигрантов и борьбе с ним при одновременной защите и соблюдении прав незаконно ввезенных мигрантов;

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1 и 2 статьи 14.

Хотя обязательства, предусмотренные в статье 14, носят императивный характер, пути выполнения этих обязательств могут быть различными.

Пункт 1 статьи 14 Протокола обязывает государства-участники обеспечивать или совершенствовать специализированную подготовку сотрудников миграционных и других соответствующих органов по вопросам предупреждения незаконного ввоза мигрантов и гуманного обращения с мигрантами. Кроме того, пункт 2 статьи 14 Протокола требует от государств-участников сотрудничать друг с другом и с международными организациями, неправительственными организациями, прочими соответствующими организациями и другими элементами гражданского общества, в надлежащих случаях, в обеспечении на своей территории должной подготовки кадров в целях предупреждения, пресечения и искоренения незаконного ввоза мигрантов. Протокол предписывает включать в такую подготовку:

- повышение надежности и качества документов на въезд/выезд;
- обнаружение и выявление поддельных документов на въезд/выезд или удостоверений личности;
- сбор оперативной информации о преступлениях, касающейся, в частности, выявления организованных преступных групп, методов, используемых для транспортировки мигрантов, неправомерного использования документов на въезд/выезд или удостоверений личности и способов сокрытия, используемых при незаконном ввозе мигрантов;
- совершенствование процедур обнаружения незаконно ввозимых мигрантов в установленных и неустановленных пунктах въезда и выезда;
- гуманное обращение с мигрантами и защита их прав.

Предложенная в Типовом законе формулировка предусматривает возложение ответственности за подготовку кадров на назначенный национальный координационный комитет, с тем чтобы обеспечить надлежащую координацию этой работы между учреждениями и уделение ей повышенного внимания. Однако это не единственный возможный метод выполнения обязательства, предусмотренного в статье 14. Например, это обязательство может быть выполнено с помощью законодательных мер, как, например, разработка соответствующих программ подготовки кадров в рамках отдельных учреждений.

b) разрабатывает и распространяет программы общественной информации, направленные на углубление понимания обществом того обстоятельства, что незаконный ввоз мигрантов представляет собой преступную деятельность, которую часто осуществляют организованные преступные группы в корыстных целях и которая создает серьезную опасность [угрозу] для незаконно ввозимых мигрантов;

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статья 15.

Хотя обязательства, предусмотренные в статье 15, носят императивный характер, пути выполнения этих обязательств могут быть различными.

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, разработчики Протокола стремились ввести требование о принятии мер, направленных на углубление понимания обществом характера явления незаконного ввоза мигрантов и того обстоятельства, что этим часто занимаются организованные преступные группы. Предложенный в Типовом законе вариант формулировки предусматривает возложение ответственности за подготовку соответствующих информационных кампаний на назначенный национальный координационный комитет, с тем чтобы обеспечить придание этой важной задаче достаточной значимости и уделение ей необходимого внимания. Однако соблюдения обязательства, предусмотренного в пункте 1 статьи 15 Протокола, можно добиться и с помощью других мер, включая незаконотательные меры.

При подготовке информационных кампаний важно, чтобы ответственные органы принимали во внимание право каждого человека покинуть любую страну, включая свою собственную (Международный пакт о гражданских и политических правах, пункт 2 статьи 12), и права лиц, ищущих убежища. В соответствии с пунктом 3 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах вышеупомянутое право покинуть страну не может быть объектом никаких ограничений, кроме тех, которые предусмотрены законом, необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в Пакте другими правами.

с) содействует разработке программ и сотрудничеству в области развития на национальном уровне и совершенствует такие программы и сотрудничество, учитывая социально-экономические реальности миграции и уделяя особое внимание районам, находящимся в неблагоприятном экономическом и социальном положении, с целью борьбы с коренными социально-экономическими причинами незаконного ввоза мигрантов, такими как нищета и низкий уровень развития.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 3 статьи 15.

Обязательство, предусмотренное в пункте 3 статьи 15, носит императивный характер. Однако пути выполнения этого обязательства могут быть различными.

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, пункт 3 статьи 15 Протокола, признавая, что одной из коренных причин незаконного ввоза является стремление людей уйти от нищеты или угнетения в надежде улучшить свою жизнь, предусматривает содействие разработке программ и сотрудничеству в области развития или совершенствованию таких программ и сотрудничества с целью устранения социально-экономических причин незаконного ввоза (Руководство для законодательных органов, стр. 409, пункт 82). Законодателям и разработчикам национальных законов следует учитывать, что содержащиеся в Протоколе положения, касающиеся предупреждения, следует читать совместно со статьей 31 Конвенции, которая касается предупреждения всех форм организованной преступности.

Глава V. Сотрудничество в области незаконного ввоза мигрантов по морю

Комментарий

Основное внимание в статье 8 Протокола о незаконном ввозе мигрантов уделяется содействию мерам правоохранительных органов в связи с незаконным ввозом мигрантов с использованием судов других государств-участников. Государство-участник может запрашивать сотрудничество других государств-участников в связи с судами, которые несут его собственный флаг; судами, которые несут флаг других государств-участников; судами, которые не имеют национальности; или судами, которые приравнены к судам без национальности.

Кроме того, пункт 6 статьи 8 Протокола предусматривает, что каждое государство-участник должно назначить центральный орган применительно к делам, связанным с морскими вопросами, что может потребовать принятия законодательных мер по созданию такого органа и наделению его необходимыми полномочиями, включая право разрешать другому государству-участнику принимать меры в отношении судна, несущего флаг данного государства, и право запрашивать разрешение у другого государства-участника на принятие мер в отношении судна, несущего флаг этого государства-участника. Центральный орган может также устанавливать контакты с прибрежными государствами, для того чтобы запросить их разрешение на принятие мер в отношении судов, находящихся в их территориальных водах (см. пункт 7 статьи 23 Типового закона).

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, в этой связи для осуществления данных положений может потребоваться принятие законодательных актов, предусматривающих предоставление правоохранительным органам полномочий в отношении судов, несущих флаги других государств (Руководство для законодательных органов, стр. 425, пункт 96). В этом контексте государствам необходимо будет обратить внимание на такие вопросы, как предоставление полномочий на проведение досмотра и получение информации, полномочий на арест и конфискацию, на использование силы в разумных пределах, выдачу документов, свидетельствующих о предоставлении таких полномочий, и обеспечение соответствующей правовой защиты должностных лиц, занимающихся такими вопросами. Вопрос о том, будет ли это достигнуто путем ссылки на действующее национальное законодательство либо путем установления конкретных полномочий в связи с незаконным ввозом мигрантов, лучше всего решать на национальном уровне.

Цель сотрудничества: предупреждение и пресечение незаконного ввоза по морю

При разработке национального законодательства по данному вопросу крайне важно, чтобы государства-участники помнили об основных целях Протокола:

предупреждение незаконного ввоза мигрантов и борьба с ним, а также содействие развитию сотрудничества между государствами-участниками с этой целью при одновременной защите прав незаконно ввозимых мигрантов. В рамках сотрудничества в деле борьбы с незаконным ввозом мигрантов по морю для достижения этих целей необходимо будет уделить пристальное внимание ряду вопросов, включая следующие:

- *Задачи правоохранительных органов.* Какие законы, политику и процедуры необходимо разработать для обеспечения того, чтобы деятельность правоохранительных органов на море действительно была позитивным вкладом в решение задач системы уголовного правосудия по выявлению, расследованию и судебному преследованию лиц, которые несут ответственность за незаконный ввоз мигрантов по морю? Например, у незаконно ввозимых мигрантов, перехваченных в море, может быть ценная информация о личностях и методах работы лиц, занимающихся незаконным ввозом. Помимо возникающих проблем с правами человека практика, предусматривающая главным образом просто недопущение или возвращение мигрантов без какой-либо возможности их опроса, скорее всего, приведет к потере важных сведений и доказательств в отношении деятельности лиц, занимающихся незаконным ввозом.
- *Права человека и гуманитарные цели.* Как мероприятия, проводимые на море, обеспечивают безопасность и уважение достоинства всех причастных лиц? Как можно сделать мероприятия, проводимые на море, “чувствительными в плане защиты”, с тем чтобы не допустить непреднамеренного отказа какому-либо лицу в праве обратиться за международной защитой или возвращения лица в то место, где его основные права человека окажутся под угрозой?

Контекст: Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву

Статьи 7–9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов следует рассматривать в контексте международного морского права, в частности Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 года (именуемой “Конвенция” в приводимых ниже комментариях к главе V Типового закона). При разработке национального законодательства в целях осуществления Протокола о незаконном ввозе мигрантов государства-участники должны будут обеспечивать согласованность с Конвенцией. Следует также отметить, что Типовой закон не преследует цели осуществления соответствующих положений Конвенции.

Конвенция содержит общий принцип международного права, заключающийся в том, что суда имеют национальность того государства, под флагом которого они имеют право плавать (пункт 1 статьи 91). Этот принцип отражен в пункте 1 *b*) статьи 4 Типового закона, который устанавливает юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных на борту судна, несущего флаг государства. Суда подчиняются исключительной юрисдикции государства флага в открытом море, кроме исключительных случаев, предусмотряемых в международных договорах или в Конвенции (пункт 1 статьи 92). Государство флага обязано осуществлять свою юрисдикцию и контроль в административных, технических и социальных вопросах над судами, плавающими под его флагом (статья 94 Конвенции).

В соответствии с международным морским правом государство может принимать меры в отношении иностранного судна, участвующего в незаконном ввозе мигрантов по морю. Прибрежное государство может принимать меры

в отношении такого судна в пределах своего территориального моря (см. комментарий к статье 4 Типового закона, выше). Прибрежное государство может также принимать меры в отношении иностранного судна в своей прилегающей зоне или в порядке осуществления права на преследование по горячим следам (статьи 33 и 111 Конвенции). Согласно применимым положениям Конвенции, согласия государства флага на такие действия не требуется.

В прилегающей зоне прибрежное государство может осуществлять контроль, необходимый для предотвращения нарушений иностранным судном его иммиграционных законов и правил в пределах его территории или территориального моря либо наказания за них (статья 33 Конвенции). Право преследования по горячим следам возникает в тех случаях, когда прибрежное государство имеет достаточные основания считать, что иностранное судно нарушило законы и правила этого государства. В статье 111 Конвенции определены сфера действия права преследования по горячим следам, а также порядок осуществления этого права прибрежным государством.

Кроме того, в соответствии со статьей 110 Конвенции все государства имеют право на осмотр. Согласно статье 110, военный корабль, встретивший в открытом море иностранное судно (иное, чем судно, пользующееся иммунитетом), вправе произвести высадку на судно и подвергнуть его осмотру, если есть разумные основания подозревать, что это судно занимается определенными видами деятельности, в том числе в тех случаях, когда судно не имеет национальности или, хотя на нем поднят иностранный флаг или оно отказывается поднять флаг, это судно в действительности имеет ту же национальность, что и данный военный корабль. Статья 110 применима также и к исключительной экономической зоне, и право на осмотр может быть осуществлено в соответствии с положениями статьи 58 Конвенции. Право на осмотр является исключением из общего принципа исключительной юрисдикции государства флага над его судами в открытом море (статья 92 Конвенции).

В соответствии с пунктом 7 статьи 8 Протокола о незаконном ввозе мигрантов государство-участник, имеющее разумные основания подозревать, что судно участвует в незаконном ввозе мигрантов по морю и не имеет национальности или может быть приравнено к судну без национальности, может произвести высадку на судно и его досмотр. Если обнаружены доказательства, подтверждающие это подозрение, такое государство-участник принимает надлежащие меры согласно соответствующим положениям внутреннего и международного права.

Статьи 7–9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов устанавливают рамки для сотрудничества между государствами-участниками при принятии мер в связи с незаконным ввозом мигрантов по морю. Эти рамки предусматривают, что государство-участник в отношении судна, которое либо несет его флаг или заявляет о том, что оно зарегистрировано в этом государстве, либо не имеет национальности, либо приравнивается к судну без национальности, может запросить помощь другого государства-участника в пресечении использования данного судна с целью незаконного ввоза мигрантов (пункт 1 статьи 8 Протокола).

Кроме того, эти рамки включают механизм, в соответствии с которым государство-участник в отношении судна, которое несет его флаг, может разрешить другому государству-участнику высадиться на это судно, произвести его досмотр и принять другие надлежащие меры в отношении этого судна для пресечения его использования в целях незаконного ввоза мигрантов по морю (пункт 2 статьи 8 Протокола).

Пункт 3 статьи 9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов

При рассмотрении вопроса о том, какие меры могут быть приняты на море, законодателям важно помнить о защитительных положениях, содержащихся в пункте 3 статьи 9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, которые предусматривают, что любая мера, принятая или осуществляемая в соответствии с главой II Протокола, должным образом отражает необходимость не препятствовать или не наносить ущерба *a)* правам и обязательствам и осуществлению юрисдикции прибрежных государств в соответствии с международным морским правом (упоминается выше); и *b)* правомочиям государства флага на осуществление юрисдикции и контроля по административным, техническим и социальным вопросам, связанным с судном.

Глава V Типового закона подготовлена по образцу Типового закона о борьбе со злоупотреблением наркотиками 2000 года, разработанного Программой Организации Объединенных Наций по международному контролю над наркотиками (ЮНДКП) в целях содействия осуществлению международных конвенций по контролю над наркотиками. Статьи 7–9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов основаны на статье 17 Конвенции Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года.

Статья 20. Расширенная юрисдикция, предусмотренная в настоящей главе

В дополнение к юрисдикции, предусмотренной в статье 4, настоящая глава применяется к деяниям, совершенным за пределами [*название государства*] на борту судна, в отношении которого есть разумные основания подозревать, что оно участвует, прямо или косвенно, в незаконном ввозе мигрантов по морю:

- a)* если судно не имеет национальности или может быть приравнено к судну без национальности;
- b)* если судно, хотя и несет иностранный флаг или отказывается показать флаг, имеет в действительности национальность соответствующего государства; или
- c)* если судно несет флаг или имеет знаки регистрации государства – участника Протокола, иного чем [*название государства*].

Комментарий***Обязательное положение***

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1, 2 и 7 статьи 8.

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, установление юрисдикции в отношении незаконного ввоза мигрантов по морю является необходимым условием для эффективного осуществления статей 7–9 Протокола (Руководство для законодательных органов, стр. 425, пункт 95). Важно читать эту статью совместно со статьей 4 Типового закона.

В примечаниях для толкования по статье 8 Протокола отмечается, что слово “участвует” в незаконном ввозе мигрантов должно пониматься широко. Например, сюда следует включать суда-базы, которые задерживаются уже после перегрузки мигрантов на более мелкие суда для высадки на берег, а также суда, которые просто перевозят незаконно ввозимых мигрантов (*Подготовительные материалы*, стр. 514).

В соответствии с пунктом 2 статьи 92 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву судно, плавающее под флагами двух или более государств, пользуясь ими смотря по удобству, не может требовать признания ни одной из соответствующих национальностей другими государствами и может быть приравнено к судам, не имеющим национальности.

Статья 21. Назначение компетентного национального органа

1. В целях содействия сотрудничеству между [название государства] и другими государствами – участниками Протокола в деле предупреждения и пресечения незаконного ввоза мигрантов по морю [соответствующий министр] назначает в письменной форме орган или органы, для того чтобы:

a) получать запросы о помощи от государств – участников Протокола и отвечать на них;

b) направлять запросы о помощи государствам – участникам Протокола;

c) получать запросы о подтверждении регистрации или права судна нести флаг [название государства] и отвечать на них;

d) получать от государств – участников Протокола запросы о разрешении принять надлежащие меры [изложенные в настоящей главе] и отвечать на них; и

e) направлять государствам – участникам Протокола запросы о разрешении принять надлежащие меры [изложенные в настоящей главе].

2. Компетентный национальный орган или органы оперативно реагируют на любой запрос, направленный в соответствии с пунктом 1.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 6 статьи 8.

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, пункт 6 статьи 8 Протокола предписывает каждому государству-участнику назначить какой-либо центральный орган, который занимался бы решением морских вопросов, что может потребовать принятия законодательного акта о создании такого органа и наделении его необходимыми полномочиями, в частности правом разрешать другому государству-участнику совершать те или иные действия в отношении судов, которые несут флаг его государства (Руководство для законодательных

органов, стр. 426, пункт 98). В соответствии с пунктом 6 статьи 8 Протокола государства-участники обязаны уведомить Генерального секретаря Организации Объединенных Наций о назначенном органе, с тем чтобы эта информация могла быть направлена всем государствам-участникам.

Вопрос о местонахождении компетентного национального органа решает само соответствующее государство. Тем не менее важно, чтобы компетентный национальный орган работал в тесном контакте и сотрудничестве с любыми другими национальными или местными органами, занимающимися смежными вопросами. Например, в Руководстве для законодательных органов отмечается, что при определении местонахождения своего центрального органа государствам следует учитывать такие факторы, как легкость доступа к национальному судходному реестру, с тем чтобы можно было подтвердить регистрацию того или иного судна; легкость координации с другими национальными ведомствами, в том числе морскими правоохранительными органами, и возможность работы такого органа на круглосуточной основе (Руководство для законодательных органов, стр. 426, пункт 98). Среди других важных соображений – месторасположение спасательно-координационных центров и поисково-спасательных подразделений, созданных в соответствии с Международной конвенцией по поиску и спасанию на море³⁹. Кроме того, компетентный национальный орган должен также отвечать за направление запросов другим государствам-участникам. Поэтому через него должны проходить запросы национальных ведомств (таможни, полиции и других правоохранительных органов) и он должен иметь возможность направлять эти запросы иностранным государствам (Руководство для законодательных органов, стр. 426, пункт 98).

Как только компетентный национальный орган назначен, подробная информация о нем должна быть представлена в ЮНОДК, с тем чтобы ее можно было включить в интерактивный справочник по компетентным национальным органам, который ведется ЮНОДК.

Статья 22. Назначение уполномоченных должностных лиц

1. [Соответствующий министр] может назначить в письменной форме любого [сотрудника полиции] [сотрудника таможни] [любое другое лицо или группу лиц] уполномоченным должностным лицом для целей, связанных с осуществлением полномочий в соответствии с настоящей главой.
2. Полномочия уполномоченных должностных лиц включают [включить изложение полномочий или перекрестную ссылку на соответствующий национальный закон].

Комментарий

Факультативное положение

Как отмечается во введении к настоящей главе, совместная деятельность правоохранительных органов на море связана с целым рядом сложных вопросов, включая проблемы обеспечения безопасности человеческой жизни на море,

³⁹United Nations, *Treaty Series*, vol. 1405, No. 23489; дополнительная информация размещена по адресу www.imo.org.

требования уголовного правосудия, а также необходимость того, чтобы любые меры были ориентированы на обеспечение защиты. Ввиду этих сложностей законодательные органы, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об ограничении права на осуществление полномочий, созданных в соответствии с Протоколом, относительно небольшим числом должностных лиц или служащих, которые располагали бы необходимой подготовкой, компетенцией и оснащением (Руководство для законодательных органов, стр. 427, пункт 101).

Законодательным органам, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о полномочиях уполномоченных должностных лиц, особенно ввиду того, что в некоторых случаях они будут действовать за пределами национальной территории. Если эти вопросы уже затронуты в действующем национальном законодательстве, то, возможно, целесообразно сделать перекрестные ссылки на существующие национальные законы. В данном конкретном контексте соответствующие соображения будут включать:

- право останавливать, подниматься на борт и задерживать суда;
- право производить обыск и накладывать арест;
- право опрашивать лиц, находящихся на борту судна;
- возможность обеспечивать помощь, например переводчиков или других лиц, которые могут потребоваться для оказания содействия в рабочем качестве (например, инженер или механик судна);
- возможность передавать лиц, находящихся на борту судна, соответствующим органам, в том числе правоохранительным органам, включая также учреждения, отвечающие за оценку ходатайств о предоставлении международной защиты.

Если имеется просто возможность включить перекрестные ссылки на существующие полномочия в соответствии с действующим законодательством, эти ссылки должны быть тщательно проверены, с тем чтобы гарантировать их применимость к ситуациям, когда должностное лицо находится на борту судна под иностранным флагом.

Статья 23. Условия и ограничения на осуществление особых правоприменительных полномочий уполномоченными должностными лицами

1. Любые полномочия, возложенные на уполномоченных должностных лиц на основании настоящей главы, могут осуществляться в отношении любого судна, указанного в пункте 1 *b*) статьи 4 или в статье 20, в целях выявления незаконного ввоза мигрантов по морю и принятия соответствующих мер в этой связи.

2. Эти полномочия не могут осуществляться в отношении судна, находящегося за пределами территориального моря [*название государства*] и несущего флаг или имеющего знаки регистрации другого государства – участника Протокола, за исключением тех случаев, когда:

a) [*название государства*] осуществляет свое право контроля в прилегающей зоне или право преследования по горячим следам; или

b) полномочиями наделил [соответствующий министр] [руководитель национального центрального органа].

3. [Соответствующий министр] [руководитель национального центрального органа] не наделяет полномочиями, указанными в пункте 2 b), выше, если не убедится, что:

a) государство – участник Протокола просило о помощи [название государства] в целях выявления или предупреждения незаконного ввоза мигрантов и принятия соответствующих мер; или

b) государство – участник Протокола уполномочило [название государства] на совершение действий в этих целях.

4. [Соответствующий министр] [руководитель национального центрального органа] устанавливает такие условия или ограничения на осуществление полномочий, которые могут оказаться необходимыми для соблюдения любых условий или ограничений, установленных государством – участником Протокола.

5. [Соответствующий министр] [руководитель национального центрального органа] может, либо по своей собственной инициативе, либо в ответ на просьбу государства – участника Протокола, разрешить государству – участнику Протокола осуществить в отношении судна [название государства] полномочия, соответствующие тем, которыми наделены должностные лица, уполномоченные в соответствии с настоящей главой, но при соблюдении таких условий или ограничений, если таковые имеются, которые он может установить.

6. Пункт 5, выше, применяется без ущерба для любого соглашения, которое заключено или может быть заключено от имени [название государства] и в соответствии с которым [название государства] обязуется не возражать против осуществления любым другим государством в отношении судна [название государства] полномочий, соответствующих тем, которыми наделены должностные лица, уполномоченные в соответствии с настоящей главой.

7. Полномочия, которыми наделены должностные лица, уполномоченные в соответствии с настоящей главой, не осуществляются в территориальном море любого другого государства без разрешения [соответствующего министра] [руководителя национального центрального органа], который не предоставляет такие полномочия, если только данное государство не согласилось на осуществление этих полномочий.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 2 и 5 статьи 8.

Статья 23 Типового закона призвана создать четкую основу для регулирования именно в тех случаях, когда уполномоченные должностные лица имеют право принимать меры в отношении судна, подозреваемого на разумных основаниях в участии в незаконном ввозе мигрантов по морю. Эта система применяется в отношении:

- судна, несущего флаг государства (пункт 1 *b*) статьи 4 и пункт 1 *b*) статьи 20 Типового закона;
- судна, не имеющего национальности или приравненного к судну без национальности (статья 20 (1) Типового закона);
- судна, несущего флаг другого государства – участника Протокола о незаконном ввозе мигрантов (статья 20 (3) Типового закона).

В отношении судна, несущего флаг государства, пункт 1 статьи 23 Типового закона предусматривает осуществление правоприменительных полномочий уполномоченными должностными лицами. Однако следует отметить, что у государства, возможно, уже есть действующее национальное законодательство, допускающее осуществление соответствующих правоприменительных полномочий в отношении судов под его флагом.

Пункт 5 статьи 23 устанавливает процедуру выдачи лицом, занимающим высокую должность в правительстве (министром или руководителем компетентного национального органа), разрешения другому государству-участнику на осуществление правоприменительных полномочий в отношении судна, несущего флаг этого государства.

В зависимости от обстоятельств, пункт 6 статьи 23 может применяться в отношении судна, несущего флаг государства.

В отношении судна, не имеющего национальности или приравненного к судну без национальности, пункт 1 статьи 20 Типового закона предусматривает осуществление правоприменительных полномочий уполномоченными должностными лицами. В этой связи может применяться пункт 1 *b*) статьи 4 (см. комментарий к статье 4 и главе V Типового закона в отношении Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву).

В отношении судна, несущего флаг другого государства – участника Протокола и находящегося за пределами территориального моря этого государства, основные положения, изложенные в статье 23 Типового закона, включают ряд элементов.

Следует напомнить, что, согласно международному морскому праву, прибрежные государства могут принимать меры в отношении иностранных судов в пределах своего территориального моря (см. комментарий к статье 4 Типового закона). Осуществление правоприменительных полномочий может быть затронуто в отдельном национальном законодательстве, касающемся морского права.

В соответствии с пунктом 2 статьи 23 право на осуществление правоприменительных полномочий в отношении судна, несущего флаг другого государства-участника, которое находится за пределами территориального моря этого государства, должно быть предоставлено лицом, занимающим высокую должность в правительстве (министром или руководителем компетентного национального органа).

Однако требование в отношении предоставления особых полномочий не применяется в тех случаях, когда государство осуществляет в отношении судна свое право контроля в прилежащей зоне или право преследования по горячим следам (пункт 2 а) статьи 23) (см. комментарий к главе V Типового закона в отношении Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву). В этой связи осуществление правоприменительных полномочий может быть затронуто в отдельном национальном законодательстве, касающемся морского права.

Право на осуществление правоприменительных полномочий в отношении судна, несущего флаг другого государства-участника, может быть предоставлено, если это государство-участник обратилось за помощью к государству или разрешило государству принимать меры в отношении этого судна (пункт 3 статьи 23).

Что касается осуществления правоприменительных полномочий в отношении судна, находящегося в территориальном море другого государства, то в отношении этого судна не могут быть предприняты никакие действия без согласия прибрежного государства, как это предусмотрено в пункте 7 статьи 23 Типового закона и в Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву.

Как уже отмечалось в связи со статьей 4 Типового закона, в соответствии с Конвенцией Организации Объединенных Наций по морскому праву “территория” включает территориальное море прибрежного государства. Как отмечается в примечаниях для толкования по статье 7 Протокола о незаконном ввозе мигрантов:

Достигнуто понимание, согласно которому меры, предусмотренные в главе II Протокола, не могут быть приняты в территориальном море другого государства, за исключением случаев, когда соответствующее прибрежное государство дает на то разрешение или уполномочие. Этот принцип закреплен в морском праве, и нет необходимости в его повторном закреплении в Протоколе.

(A/55/383/Add.1, пункт 98; *Подготовительные материалы*, стр. 501.)

Что касается осуществления правоприменительных полномочий в отношении судна в соответствии с главой V Типового закона, то внимание законодатель обращается на защитительные положения, содержащиеся в пункте 3 статьи 9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, в отношении государства флага и прибрежного государства (см. комментарий к главе V, выше).

Статья 24. Оперативная основа для принятия мер на море

1. Любая мера, принимаемая на море в соответствии с настоящей главой, осуществляется только военными кораблями или военными летательными аппаратами либо другими кораблями или летательными аппаратами [включая суда таможни, береговой охраны и полиции], которые имеют четкие внешние знаки, позволяющие опознать их как состоящие на государственной службе, и которые уполномочены для этой цели.

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 4 статьи 9.

Идентификация судов как состоящих на государственной службе может быть произведена с помощью сочетания физических обозначений, цвета судна и официальных флагов (вымпелов).

2. При принятии мер в отношении судна в соответствии с настоящей главой уполномоченное должностное лицо обязано предпринять все необходимые шаги для того, чтобы:

a) предоставить мигрантам защиту от насилия, которому они могут подвергнуться со стороны отдельных лиц или групп по той причине, что они стали объектом деяний, криминализируемых в соответствии с настоящим Законом;

b) предоставить помощь мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом деяний, криминализируемых в соответствии с настоящим Законом;

c) принять во внимание особые потребности женщин и детей;

d) обеспечить безопасность лиц на борту и гуманное обращение с ними;

e) обеспечить, чтобы любые принимаемые меры отвечали правам человека и гуманитарным обязательствам, включая право покидать любую страну, право искать убежище и международную защиту, а также обязательству невыдворения;

f) должным образом учитывать необходимость не ставить под угрозу безопасность судна или его груза;

g) должным образом учитывать необходимость не наносить ущерба коммерческим или юридическим интересам государства флага или любого другого заинтересованного государства; и

h) обеспечить, в пределах имеющихся возможностей, чтобы любая мера, принятая в отношении судна, отвечала соображениям экологической безопасности.

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 9; пункты 1–4 статьи 16; и пункт 1 статьи 19.

Закрепленное в пункте 1 а) статьи 9 Протокола обязательство обеспечивать безопасность всех лиц на борту судна и гуманное обращение с ними во время осуществления совместных правоприменительных действий на море носит императивный характер для всех государств-участников. Это обязательство имеет особое значение в ситуациях, когда суда перехвачены на море в рамках принятия более широких мер по пресечению незаконного ввоза мигрантов. Последствия в плане безопасности возникают не только в смысле неотложной необходимости обеспечить физическую безопасность всех лиц (в том числе незаконно ввозимых мигрантов) на борту любого перехваченного судна, но и в связи с обеспечением того, чтобы любые лица, которым может быть причинен вред (например, членами организованных преступных групп) или которые выражают желание обратиться за международной защитой (в соответствии с правом в области прав человека или прав беженцев), были переданы соответствующим компетентным органам. Кроме того, необходимо обеспечить, чтобы мигранты, высаженные с судна, были доставлены в подходящее место, где они будут в безопасности.

В соответствии с пунктами 2 и 3 статьи 16 Протокола государства-участники согласились принимать “надлежащие меры” по предоставлению мигрантам соответствующей защиты от насилия, которому они могут подвергнуться со стороны отдельных лиц или групп, и “предоставлять надлежащую помощь” мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом деяний, указанных в статье 6 Протокола. Эти обязательства могут иметь особое значение в контексте незаконного ввоза мигрантов по морю, если, например, тот факт, что судно просто не будет пропущено или незаконно ввозимые мигранты будут оставлены на борту судна, будет означать, что незаконно ввозимые мигранты фактически останутся в руках членов организованной преступной группы. Такие действия, помимо того что они вызовут серьезные проблемы в плане прав человека, вполне могут осложнить выполнение задач правоохранительных органов, которые можно было бы решить более эффективно, если бы незаконно ввезенных мигрантов доставили в безопасное место и создали необходимые условия для их опроса профессиональными следователями.

В соответствии с пунктом 4 статьи 16 Протокола государства-участники соглашаются, что при применении положений статьи 16 они будут принимать во внимание особые потребности женщин и детей. Необходимо будет решить, как лучше всего выполнить это обязательство в оперативном плане. Например, соответствующие соображения включают обеспечение наличия сотрудников и уполномоченных должностных лиц мужского и женского пола, прошедших соответствующую подготовку по проведению операций, и обеспечение наличия основных средств, таких как средства санитарной защиты, детское питание и пеленки.

Согласно пункту 1 статьи 16 Протокола, государства-участники договорились принимать, в соответствии со своими обязательствами по международному праву, все надлежащие меры, в том числе, если это необходимо, в области законодательства, для “соблюдения и защиты прав лиц, которые стали объектом деяний, указанных в статье 6 [настоящего] Протокола, как эти права предусмотрены применимыми нормами международного права, в частности права на жизнь и права не подвергаться пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания”. В пункте 1 статьи 19 более конкретно говорится об обязательстве, когда это применимо, сохранять действие Конвенции 1951 года о статусе беженцев, в частности закрепленного в ней принципа невыдворения.

Эти обязательства имеют особые последствия в контексте сотрудничества между правоохранительными органами на море. Управление Верховного комис-

сара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ ООН) отмечало, что все чаще термин “системы въезда” включает не только меры, принимаемые на границе, но и операции по перехвату, направленные на то, чтобы помешать, воспрепятствовать или не дать отдельным лицам достичь территории и/или въехать на нее. Эти меры все чаще принимаются за пределами собственной территории государства, в открытом море и даже на территории третьих государств. Иными словами, в широком понимании деятельность правоохранительных органов на море является частью систем въезда. УВКБ ООН выступает за использование систем въезда, ориентированных на защиту, которые учитывают потребности людей в защите и обязанность государств соблюдать свои обязательства по международному праву в области прав человека и прав беженцев, включая принцип невыдворения. Ориентированные на защиту системы въезда гарантируют, что законные меры контроля не будут применяться произвольно, и позволяют выявлять лиц, ищущих убежища, и другие группы с особыми потребностями в защите и предоставлять им доступ на территорию, где их потребности могут быть должным образом оценены и удовлетворены⁴⁰. В число “должностных лиц на въезде”, которые работают в этих системах, входят любые сотрудники, уполномоченные принимать меры против незаконного ввоза мигрантов по морю. Соответственно, в их действиях должны учитываться права человека и гуманитарные обязательства, в том числе право каждого человека покидать любую страну, включая свою собственную, и право каждого человека искать убежища, а также другие меры международной защиты. Поскольку вопросы, связанные с обеспечением соблюдения этих стандартов на практике, довольно сложны, вполне вероятно, что государствам необходимо будет рассмотреть вопрос о разработке механизмов для содействию их осуществлению, таких как кодексы поведения, кодексы практики, стандартные оперативные процедуры и специальная подготовка для должностных лиц на въезде.

Исполнительный комитет Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев выпустил заключение по вопросу о гарантиях защиты при принятии мер по перехвату (№ 97 (LIV)–2003)⁴¹. Это заключение может стать полезным руководством при разработке национальных практических мер по перехвату. Например, Исполнительный комитет рекомендует следующее:

- Государство, на суверенной территории которого или в территориальных водах которого происходит перехват, несет главную ответственность за удовлетворение любых потребностей перехватываемых лиц в их защите.
- Меры по перехвату должны учитывать фундаментальное различие по международному праву между теми, кто стремится получить международную защиту и нуждается в ней, и теми, кто может обратиться за защитой в стране своего гражданства или в другой стране.
- Меры по перехвату не должны приводить к лишению просителей убежища и беженцев доступа к международной защите или приводить, прямо или косвенно, к возвращению лиц, нуждающихся в международной защите, на границу территорий, где их жизнь или свобода находятся под угрозой на основании, предусмотренном Конвенцией, или когда у человека есть другие основания претендовать на защиту на основе международного права. Перехваченные лица, признанные нуждающимися в международной защите, должны иметь доступ к долговременным решениям.

⁴⁰Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев, “Защита беженцев и смешанная миграция: план действий из 10 пунктов”, январь 2007 года.

⁴¹Размещено по адресу www.unhcr.org.

- Перехваченные лица, которые не обращаются за международной защитой или которые, как устанавливается, не нуждаются в ней, должны подлежать быстрому возвращению в их соответствующие страны происхождения или другую страну гражданства или обычного места жительства.
- Все лица, включая должностных лиц государства и служащих коммерческих предприятий, осуществляющие меры по перехвату, должны проходить специализированную подготовку, в том числе по имеющимся способам оказания перехваченным лицам, ссылающимся на потребности в международной защите, помощи в их обращении в надлежащие органы государства, в котором имел место перехват, или, в соответствующих случаях, в их обращении в УВКБ ООН.

Статья 25. Гарантии в связи с угрозой для жизни на море

Ничто в настоящем Законе не затрагивает обязанность любого [лица] [уполномоченного должностного лица] [капитана судна] оказывать помощь лицам, терпящим бедствие на море.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 5 статьи 8; Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, статья 98.

Охрана человеческой жизни на море имеет первостепенное значение. В любой ситуации на море, когда жизнь находится под угрозой, первейшая обязанность заключается в обеспечении безопасности и устранении любой угрозы для жизни. Необходимо разработать и ввести в действие законодательство, которое будет гарантировать, что должностные лица знают о том, что обязанность осуществлять спасательные работы имеет приоритет перед любыми другими задачами, в том числе и правоохранительными. Должностные лица должны знать, что в любых обстоятельствах, когда есть подтверждение того, что кто-то терпит бедствие на море, необходимо провести спасательные работы, даже если нет никаких подозрений в осуществлении незаконного ввоза.

Обязательство охранять жизнь на море нашло отражение в формулировке, использованной в пункте 5 статьи 8 Протокола о незаконном ввозе мигрантов, в котором предусматривается, что государства-участники не принимают дополнительных мер без прямого разрешения государства флага, “за исключением тех, которые необходимы для устранения непосредственной угрозы для жизни людей или которые вытекают из соответствующих двусторонних или многосторонних соглашений”.

Капитан судна обязан оказывать помощь тем, кто терпит бедствие на море. Это — давняя морская традиция и обязательство в соответствии с нормами международного права. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву предусматривает:

Каждое государство [-участник] вменяет в обязанность капитану любого судна, плавающего под его флагом, в той мере, в какой капитан может это сделать, не подвергая серьезной опасности судно, экипаж или пассажиров:

a) оказывать помощь любому обнаруженному в море лицу, которому угрожает гибель;

b) следовать со всей возможной скоростью на помощь терпящим бедствие, если ему сообщено, что они нуждаются в помощи, поскольку на такое действие с его стороны можно разумно рассчитывать.

(Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, пункт 1 статьи 98.)

Обязанность оказывать помощь не ограничивается только открытым морем, а распространяется и на другие морские зоны, например на исключительную экономическую зону.

Обязанность оказывать помощь терпящим бедствие на море закреплена также и в других конвенциях, в том числе в Международной конвенции по охране человеческой жизни на море 1974 года. Согласно Международной конвенции по поиску и спасанию на море 1979 года, государства-участники обязаны «обеспечить оказание помощи любому лицу, терпящему бедствие на море, ...независимо от национальной принадлежности или статуса такого лица или обстоятельств, при которых это лицо было обнаружено» (глава 2.1.10), а также «оказать им первую медицинскую или иную помощь и доставить их в безопасное место» (глава 1.3.2 Международной конвенции по поиску и спасанию).

В 2006 году вступили в силу поправки к Международной конвенции по охране человеческой жизни на море и Международной конвенции по поиску и спасанию на море, принятых под эгидой Международной морской организации. В соответствии с поправками договаривающиеся правительства/государства-участники обязаны, в частности, осуществлять координацию и сотрудничество для обеспечения того, чтобы капитаны судов, оказывающие помощь путем принятия на борт лиц, терпящих бедствие на море, освободились от своих обязательств при минимальном дальнейшем отклонении от намеченного курса судна и организовывали высадку, как только это становится практически возможно. Поправки также обязывают капитанов, которые приняли на борт лиц, терпящих бедствие на море, гуманно обращаться с этими лицами в пределах возможностей судна.

В число других имеющих отношение к этому вопросу документов Международной морской организации входят Руководство по обращению с людьми, спасенными на море (MSC 78/26/Add.2, приложение 34), и циркулярное письмо под названием «Принципы, касающиеся административных процедур высадки лиц, спасенных на море» (FAL.3/Circ.194)⁴².

Ниже приводятся полезные ссылки по данному вопросу:

- Доклад Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев об обращении с людьми, спасенными на море:

⁴²Размещено по адресу www.imo.org.

выводы и рекомендации недавних совещаний и встреч экспертов за круглым столом, созданных Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (A/АС.259/17);

- Международная морская организация/Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев, *Спасание на море: Руководство по принципам и практике, применимым к мигрантам и беженцам* (размещено на сайте www.imo.org).

Статья 26. Компенсация за причиненные убытки или ущерб

Вариант А

[Обладатель законных прав на] судно имеет право на [разумную] компенсацию за убытки или ущерб, причиненные в результате действий, предпринятых или предположительно предпринятых должностным лицом, уполномоченным в соответствии с настоящей главой, если:

a) мотивы, с учетом которых были приняты меры, оказываются необоснованными; и

b) судно [или любое лицо на борту судна] не совершило какого-либо деяния, оправдывающего принятые меры.

или

Вариант В

Обладатель законных прав на судно имеет право на [разумную] компенсацию за убытки или ущерб, причиненные в результате действий, предпринятых или предположительно предпринятых должностным лицом, уполномоченным в соответствии с настоящей главой, если мотивы, с учетом которых были приняты меры, оказываются необоснованными, за исключением случаев, когда судно [или любое лицо на борту судна] совершило какое-либо деяние, оправдывающее принятые меры.

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 статьи 9.

В пункте 2 статьи 9 говорится о компенсации, когда “мотивы, с учетом которых были приняты меры..., оказываются необоснованными..., при условии что это судно не совершило какого-либо деяния, оправдывающего принятые меры”. Например, судно, которое преднамеренно стало на якорь около судна-базы, этими действиями может дать разумные основания подозревать, что оно уча-

ствовало в деятельности судна-базы, даже если это оказывается неверным. Можно привести еще один пример, когда судно, которое без достаточных оснований не остановилось по требованию уполномоченного должностного лица сделать это, также теряет любое право на компенсацию.

Пункт 2 статьи 9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов в некоторых отношениях аналогичен статьям 110 (право на осмотр) и 111 (право преследования по горячим следам) Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, поскольку эти статьи Конвенции также предусматривают возмещение судну, если меры, принятые в порядке осуществления права на осмотр или преследование по горячим следам, оказываются необоснованными или неоправданными (см. пункт 3 статьи 110 и пункт 8 статьи 111 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву).

В этих обстоятельствах убытки или ущерб могут быть причинены целому ряду как физических, так и юридических лиц, например фрахтователю судна. Поэтому термин “обладатель законных прав на судно” заключен в квадратные скобки. В национальном законодательстве может быть предусмотрена более точная формулировка.

Некоторым дополнительным руководством по формулировке может служить Соглашение Совета Европы о незаконном обороте на море в осуществление статьи 17 Конвенции Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ⁴³. Статья 26 данного Соглашения, возможно, дает приемлемые варианты осуществления пункта 2 статьи 9 Протокола о незаконном ввозе мигрантов:

Статья 26. Ущерб

1. Если в процессе принятия мер во исполнение статей 9 и 10, выше, какому-либо лицу, будь то физическому или юридическому, причинены убытки, ущерб или вред в результате небрежности или какой-либо другой ошибки, совершенной принимающим меры государством, оно обязано выплатить в этой связи компенсацию.
2. Если меры принимаются таким образом, что это не оправдывается условиями настоящего Соглашения, то принимающее меры государство обязано выплатить компенсацию за любые причиненные убытки, ущерб или вред. Принимающее меры государство обязано также выплатить компенсацию за любые такие убытки, ущерб или вред, если подозрения оказываются необоснованными и при условии, что судно, на борт которого произведена высадка, оператор или экипаж не совершили никаких действий, оправдывающих принятие таких мер.

(Соглашение Совета Европы о незаконном обороте на море, принятое во исполнение статьи 17 Конвенции Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ, статья 26.)

⁴³Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 156.

Глава VI. Процессы, связанные с возвращением незаконно ввезенных мигрантов

Статья 27. Назначение учреждения или учреждений

1. [Компетентный орган] выполняет функции, изложенные в настоящей главе.

2. При выполнении своих функций [компетентный орган]:

a) может сотрудничать с соответствующими международными организациями, включая Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев и Международную организацию по миграции; и

b) соблюдает любые другие соответствующие [национальные и международные] правовые нормы.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 6 статьи 18.

Возвращение незаконно ввезенных мигрантов является сложной проблемой, и здесь возникает ряд важных вопросов согласно международному праву, в частности праву в области прав человека и прав беженцев, а также гуманитарного права. Хотя Протокол и не требует этого, государства-участники могут счесть полезным назначить одно учреждение в рамках правительственной структуры для контролирования и координации процесса возвращения.

В ряде государств содействие возвращению оказывается в рамках сотрудничества с такими международными организациями, как Международная организация по миграции и Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев. В этой связи, возможно, необходимо предусмотреть соответствующие полномочия.

Цель пункта 2 *b)* статьи 27 Типового закона – сохранить действие других существующих законов, например о выдаче паспортов и по другим связанным с миграцией вопросам. Такая необходимость может возникнуть не во всех правовых системах.

Статья 28. Передача мигрантов с особыми потребностями в защите

1. При осуществлении своих функций в соответствии с настоящей главой [компетентный орган] обеспечивает, чтобы незаконно ввезенные мигранты, которые добиваются международной защиты в соответствии с национальным законодательством о предоставлении убежища, Конвенцией о статусе беженцев и международным правом или у которых есть особые потребности в защите, были оперативно переданы [соответствующим] [компетентным] органам для принятия решения по их делу.

2. [Компетентный орган] обеспечивает, чтобы Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев получило доступ к незаконно ввезенным мигрантам, ищущим убежища, и другим лицам, на которых распространяется компетенция Управления.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункты 1–3 статьи 16 и пункт 1 статьи 19.

Соблюдение статей 16 и 19 Протокола является обязательным. Однако конкретные пути обеспечения соблюдения этих обязательств могут быть различными.

В руководящем принципе 1 Руководящих принципов Совета Европы в отношении принудительного возвращения говорится, что “принимаящее государство должно принять меры для поощрения добровольного возвращения, которому должно отдаваться предпочтение перед принудительным возвращением. По мере необходимости следует анализировать и улучшать программы, которые оно осуществляет в этой связи”.

Незаконно ввезенных мигрантов часто выявляют или обнаруживают в составе “смешанных” миграционных потоков. Например, речь может идти о незаконно ввезенных мигрантах, которые на законных основаниях претендуют на получение международной защиты, например в соответствии с Конвенцией 1951 года о статусе беженцев или международным правом в области прав человека, ввиду реальной опасности того, что они могут подвергнуться пыткам или другим видам жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания после своего возвращения. Важно, чтобы незаконно ввезенным мигрантам, нуждающимся в международной защите, была предоставлена реальная возможность добиваться ее.

В процессе незаконного ввоза мигранты могли стать объектом торговли людьми или других серьезных преступлений, таких как сексуальное или иное насилие. Даже если эти мигранты не отвечают требованиям в отношении предоставления международной защиты или не добиваются ее, они все равно могут нуждаться в доступе к применимым мерам защиты (например, специальные процедуры и помощь, предоставляемая жертвам торговли людьми).

У сотрудников первого эшелона (например, пограничников, сотрудников центров содержания под стражей, должностных лиц, уполномоченных в соответствии с главой V) может не иметься необходимых времени, опыта или компетенции для оценки ходатайств о предоставлении убежища или, например, для всесторонней оценки того, является ли человек жертвой торговли людьми. Однако эти сотрудники играют важную роль в предварительной идентификации лиц, попадающих под соответствующие категории (например, лиц, ищущих убежища, и предполагаемых жертв торговли людьми), и передаче лиц, находящихся в таком положении, соответствующим специальным органам. Сотрудникам первого эшелона, вероятно, потребуются соответствующие директивы, стандартные оперативные процедуры и профессиональная подготовка в этих вопросах, а также механизмы поддержания тесных рабочих отношений с соответствующими специальными органами.

Обязательство выявлять и защищать незаконно ввезенных мигрантов, которые подвергаются угрозе виктимизации, и оказывать им помощь четко зафиксировано в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов. Согласно пункту 2 статьи 16 Протокола, государства-участники соглашаются принимать надлежащие меры по предоставлению мигрантам соответствующей защиты от насилия, которому они могут подвергнуться со стороны отдельных лиц или групп по той причине, что они стали объектом деяний, криминализуемых в соответствии с Протоколом. Кроме того, пункт 3 статьи 16 предусматривает, что государства-участники предоставляют надлежащую помощь мигрантам, жизнь или безопасность которых поставлены под угрозу по той причине, что они стали объектом деяний, криминализуемых в соответствии со статьей 6 Протокола. Это включает ситуации, когда, например, незаконно ввезенные мигранты подвергаются риску дальнейшей виктимизации со стороны организованных преступных групп или когда незаконно ввезенных мигрантов перевозили в крайне опасных условиях, например в закрытых морских контейнерах или грузовиках, вследствие чего их физическое и психическое состояние могло серьезно ухудшиться.

Статья 29. Обеспечение безопасности при обмене информацией

1. [Компетентный орган] разрабатывает политику и процедуры для обеспечения того, чтобы любой обмен информацией о незаконно ввезенном мигранте с [государством возвращения] [любым другим государством] не поставил возвращаемое лицо или его или ее родственников под угрозу [после возвращения].
2. Информация о существовании или содержании какого-либо ходатайства, сделанного незаконно ввезенным мигрантом с целью получения международной защиты, [государству возвращения] [любому другому государству] не предоставляется.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 16 и пункт 1 статьи 19.

Соблюдение пункта 1 статьи 16 и пункта 1 статьи 19 Протокола является обязательным. Однако конкретные пути обеспечения соблюдения этих обязательств могут быть различными.

Обмен между государствами некоторыми персональными сведениями о незаконно ввезенных мигрантах будет необходим для содействия процессу возвращения. Однако крайне важно разработать меры для обеспечения того, чтобы никакой обмен информацией не поставил под угрозу незаконно ввезенных мигрантов (или их семьи). Без такой защиты государства могут непреднамеренно подвергнуть незаконно ввезенного мигранта риску репрессалий по возвращении в страну происхождения.

В Руководящих принципах Совета Европы в отношении принудительного возвращения говорится об успешном виде практики в деле обработки информации о незаконно ввезенных мигрантах:

Руководящий принцип 12. Сотрудничество между государствами

1. Государство пребывания и государство возвращения сотрудничают в целях содействия возвращению иностранцев, которые, как выяснилось, незаконно находятся в принимающем государстве.
2. В ходе такого сотрудничества государство пребывания и государство возвращения соблюдают ограничения на обработку персональных данных, касающихся причин, по которым лицо возвращают. Государство происхождения несет такое же обязательство, когда с его органами вступают в контакт с целью установления личности, гражданства или места проживания возвращаемого лица.
3. Ограничения на обработку таких персональных данных не наносят ущерба какому-либо обмену информацией, который может иметь место в контексте судебного или полицейского сотрудничества, если предоставлены необходимые гарантии.
4. Государство пребывания проявляет должную осмотрительность для обеспечения того, чтобы обмен информацией между его органами и органами государства возвращения не поставил возвращаемое лицо или его родственников под угрозу после возвращения. В частности, государство пребывания не должно делиться информацией, касающейся ходатайства о предоставлении убежища.

Статья 30. Законность и действительность документов

[Компетентный орган] проводит по просьбе соответствующего органа или представителя другого государства – участника Протокола в течение разумного срока проверку законности и действительности выданных или якобы выданных от имени [название государства] документов на въезд/выезд или удостоверений личности, в отношении которых имеются подозрения, что они используются с целью незаконного ввоза мигрантов.

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, статья 13.

Следует обратить внимание, что статья 13 Протокола имеет общее применение: она не ограничивается процессом возвращения. Например, она может быть использована сотрудниками правоохранительных органов, которым необходимо проверить законность документов, прежде чем выдвинуть определенные обвинения согласно уголовному законодательству.

Статья 31. Содействие возвращению незаконно ввезенных мигрантов

[Компетентный орган]:

а) по просьбе соответствующего органа или представителя другого государства – участника Протокола, незаконно ввезенного мигранта или по своей собственной инициативе содействует без необоснованных или неразумных задержек возвращению в *[название государства]* незаконно ввезенного мигранта, который является гражданином *[название государства]* или имеет право постоянно проживать в *[название государства]* в момент возвращения;

*Комментарий**Обязательное положение*

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 18.

Как отмечается в Руководстве для законодательных органов, государства-участники обязаны сотрудничать в выявлении или определении статуса лиц, которые являются их гражданами или имеют право постоянно проживать на их территории. Они обязаны сотрудничать в возвращении (“содействовать возвращению и принимать”) своих граждан и рассмотреть возможность содействия возвращению лиц, которые имеют те или иные права на постоянное проживание на их территории, но не являются их гражданами, в том числе выдавать документы, которые могут потребоваться для возвращения таких лиц из стран, в которые они были незаконно ввезены (Руководство для законодательных органов, часть третья, глава II, пункт 106, стр.430). Требование согласиться с возвращением своих граждан и “рассмотреть” возможность содействия возвращению других лиц зависит от статуса этих лиц.

Как отмечается в примечаниях для толкования Протокола, пункт 1 статьи 18 был принят при том понимании, что возвращение не осуществляется до надлежащей проверки наличия гражданства или права постоянно проживать у соответствующего лица. Кроме того, слова “постоянно проживать” понимаются как означающие “долгосрочное проживание, но не обязательно бессрочное проживание”. В примечаниях для толкования также говорится, что статья 18 понимается как не наносящая ущерба внутреннему законодательству, касающемуся предоставления права на проживание или продолжительности проживания (A/55/383/Add.1, пункт 112; *Подготовительные материалы*, стр. 560).

b) по просьбе соответствующего органа или представителя другого государства – участника Протокола, незаконно ввезенного мигранта или по своей собственной инициативе содействует возвращению в [название государства] незаконно ввезенного мигранта, который имел право постоянно проживать в [название государства] в момент въезда в принимающее государство в соответствии с [вставить соответствующие национальные законы];

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 статьи 18.

Пункт 2 статьи 18 требует от государств-участников, в соответствии со своим внутренним законодательством, “рассмотреть возможность” содействия возвращению и принятия незаконно ввезенных мигрантов, которые “имели право постоянно проживать на его территории в момент въезда в принимающее государство”.

c) по просьбе соответствующего органа или представителя другого государства – участника Протокола без необоснованных или неразумных задержек проверяет, является ли незаконно ввезенный мигрант гражданином или имеет ли он право постоянно проживать в [название государства];

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 3 статьи 18.

d) по просьбе соответствующего органа или представителя другого государства – участника Протокола содействует выдаче документов или других разрешений, какие могут потребоваться для того, чтобы незаконно ввезенный мигрант, который является гражданином [название государства] или имеет право постоянно проживать в [название государства], мог поехать и [проехать транзитом или] вновь въехать в [название государства].

Комментарий

Обязательное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 4 статьи 18.

Разработчикам национального законодательства потребуется рассмотреть вопрос о том, как это положение соотносится с любыми действующими национальными законами о выдаче паспортов и других документов на въезд/выезд.

Слова “проехать транзитом или” заключены в квадратные скобки, поскольку они не являются обязательными. Тем не менее вопрос транзита может иметь важное значение в процессе возвращения и поэтому затронут в настоящем тексте.

Статья 32. Защита незаконно ввезенных мигрантов в процессе возвращения

1. [Компетентный орган] обеспечивает, чтобы [любое планируемое или фактическое] возвращение незаконно ввезенного мигранта отвечало нормам международного права, в частности права в области прав человека и прав беженцев, а также гуманитарного права, включая принцип невыдворения, принцип недискриминации, право на жизнь, запрещение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, и, когда речь идет о детях, обеспечение наилучших интересов ребенка.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 1 статьи 16 и пункты 1 и 2 статьи 19.

Соблюдение пункта 1 статьи 16 и пункта 1 статьи 19 Протокола является обязательным. Однако конкретные пути обеспечения соблюдения этих обязательств могут быть различными. Поскольку они уже включены в статью 2 Типового закона, пункт 1 статьи 32 носит факультативный характер.

Протокол о незаконном ввозе мигрантов четко предусматривает возвращение незаконно ввезенных мигрантов. Однако из обязательств, закрепленных в пункте 1 статьи 16, и из “защитительной оговорки”, содержащейся в пункте 1 статьи 19 Протокола, становится ясно, что государства – участники Протокола должны обеспечивать, чтобы все процессы и процедуры, связанные с возвращением незаконно ввезенных мигрантов, отвечали нормам международного права, в частности международному праву в области прав человека и прав беженцев, а также гуманитарного права.

С практической точки зрения при разработке политики и процедур, касающихся возвращения, потребуется рассмотреть многочисленные вопросы, с тем чтобы обеспечить соблюдение международно-правовых обязательств. Об успешных видах практики говорится в Двадцати руководящих принципах Совета Европы в отношении принудительного возвращения, где отмечается важность ряда вопросов, включая следующие:

- Содействие добровольному возвращению незаконно ввезенных мигрантов, которые не претендуют на защиту. Добровольное возвращение связано с меньшими рисками для прав человека незаконно ввезенных мигрантов, чем принудительное возвращение (руководящий принцип 1).
- Обеспечение того, чтобы любое решение о возвращении незаконно ввезенного мигранта принималось в установленном юридическом порядке и могло быть обжаловано. Это позволит избежать произвола в процессе принятия решений (важная гарантия против риска дискриминации при осуществлении прав человека) (руководящий принцип 2).

- Обеспечение того, чтобы любое решение о возвращении незаконно ввезенного мигранта принималось после всестороннего рассмотрения любых ходатайств о предоставлении международной защиты и вопроса о том, не будет ли предлагаемое возвращение нарушением прав человека соответствующего индивидуума (в частности права на жизнь и права не подвергаться пыткам и другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания). Это имеет важное значение для недопущения нарушения принципа невыдворения (руководящий принцип 2).
- Обеспечение того, чтобы любое распоряжение о высылке выносилось на основе разумного и объективного изучения конкретных обстоятельств дела каждого человека (а не в порядке массовой высылки) (руководящий принцип 3).
- Обеспечение того, чтобы возвращаемому лицу была предоставлена, на понятном ему языке, копия распоряжения о высылке и информация о существующей процедуре пересмотра. Это имеет важное значение для обеспечения надлежащей правовой процедуры (руководящий принцип 4).
- Обеспечение наличия эффективных средств правовой защиты в связи с распоряжением о высылке (руководящий принцип 5).
- Обеспечение законности содержания под стражей в ожидании процесса возвращения, включая ограничение по времени продолжительности любого содержания под стражей, условия содержания под стражей и наличие средств судебной защиты в связи с содержанием под стражей (руководящие принципы 6–11).
- Обеспечение безопасности, порядка и уважения человеческого достоинства в процессе возвращения, в том числе путем налаживания сотрудничества с возвращаемыми лицами на всех этапах этого процесса, обеспечение подготовленности возвращаемого лица к поездке, использование только надлежащим образом подготовленных сопровождающих лиц и ограничений на применение силы в процессе возвращения (руководящие принципы 15–20).

Дополнительную информацию можно найти в Двадцати руководящих принципах Совета Европы в отношении принудительного возвращения (2005 год).

В Типовом законе не ставится задача дать подробные рекомендации относительно того, как создать систему для возвращения нелегальных мигрантов, в том числе и незаконно ввезенных мигрантов. Однако законодателям важно обеспечить, чтобы любые законы или нормативно-правовые акты по данному вопросу были четко связаны с соответствующими механизмами, гарантирующими поощрение перечисленных выше прав и уважение к ним.

2. При оказании содействия возвращению незаконно ввезенных мигрантов [*компетентный орган*] принимает надлежащие меры для обеспечения того, чтобы [любое планируемое или фактическое] возвращение незаконно ввезенных мигрантов осуществлялось упорядоченным образом и при должном учете вопросов обеспечения безопасности и уважения достоинства соответствующих лиц.
3. Необходимо прилагать все усилия для того, чтобы ограничить применение силы в процессе [возвращения] [высылки]. Единственными прием-

лемыми формами сдерживания являются те, которые представляют собой реакцию, строго пропорциональную фактическому или разумно ожидаемому сопротивлению конкретного возвращаемого лица и необходимую для контроля за ним.

Комментарий

Пункт 2 является обязательным, а пункт 3 – факультативным положением.

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 4 статьи 18.

Соблюдение пункта 4 статьи 18 Протокола является обязательным. Однако конкретные пути обеспечения соблюдения этого обязательства могут быть различными.

Соответствующие меры, которые могут быть приняты для обеспечения безопасности и уважения достоинства человека в ходе процесса высылки, рассматриваются в Руководящих принципах Совета Европы в отношении принудительного возвращения. Как отмечается в комментарии к руководящему принципу 1, предпочтительным вариантом всегда должно быть добровольное возвращение. Добровольное возвращение, скорее всего, будет более дешевым вариантом для государства-участника и будет создавать меньше рисков в том, что касается прав человека. В комментарии к руководящему принципу 1 отмечается, что добровольному возвращению можно содействовать путем принятия таких мер, как предоставление возвращаемому лицу разумно необходимого времени для добровольного выполнения распоряжения о высылке и оказание такой практической помощи, как создание стимулов или покрытие транспортных расходов (Двадцать руководящих принципов в отношении принудительного возвращения, стр. 10 и 11 английского текста).

В Руководящих принципах Совета Европы также охвачен целый ряд других вопросов, касающихся обеспечения безопасного, упорядоченного и достойного возвращения незаконно ввезенных мигрантов, в том числе условия, при которых может быть отдано распоряжение о содержании под стражей в ожидании высылки, ограничения на срок содержания под стражей и важность обеспечения средств судебной защиты в связи с содержанием под стражей (руководящие принципы 6–11), а также описываются успешные виды практики, которых следует придерживаться, если необходимо прибегнуть к принудительному возвращению, включая обеспечение подготовленности к поездке и медицинский осмотр, использование сопровождающих лиц и ограничения на применение силы (руководящие принципы 15–20).

В руководящем принципе 15 отмечается важность усилий по обеспечению сотрудничества возвращаемых лиц на всех этапах процесса высылки, с тем чтобы свести к минимуму необходимость применения силы в любой форме. Руководящий принцип 15 предполагает, что в тех случаях, когда возвращаемое лицо находится под стражей, ему должна быть заранее предоставлена информация о процедуре высылки и информация, переданная органам государства возвращения. Ему должна быть предоставлена возможность подготовиться к такому возвращению, в частности путем установления необходимых контактов как в принимающем государстве, так и в государстве возвращения, а при необходимости и получить свои личные вещи, что будет способствовать его достойному возвращению.

Руководящий принцип 19, касающийся средств сдерживания, также имеет особое отношение к вопросу обеспечения порядка и уважения достоинства:

1. Единственными приемлемыми формами сдерживания являются те, которые представляют собой реакцию, строго пропорциональную фактическому или разумно ожидаемому сопротивлению возвращаемого лица и необходимую для контроля за ним.
2. Использование методов сдерживания и принудительных мер, которые могут привести к частичному или полному перекрытию дыхательных путей, или фиксация возвращаемого лица в такой позиции, в которой оно рискует задохнуться, не допускаются.
3. Члены группы сопровождения должны иметь подготовку, предусматривающую определение средств сдерживания, которые могут быть использованы и при каких обстоятельствах; в рамках своей специальной подготовки члены группы сопровождения должны быть проинформированы о рисках, связанных с использованием каждого метода. Если подготовка не организована, то средства сдерживания, обстоятельства, при которых они могут быть использованы, и риски, связанные с их использованием, должны как минимум определяться в нормативно-правовых актах или инструкциях.
4. Лекарственные препараты должны применяться к лицам во время их выдворения только на основании медицинского решения, принимаемого в каждом конкретном случае.

(Двадцать руководящих принципов Совета Европы в отношении принудительного возвращения.)

Статья 33. Защита существующих механизмов

Ничто в настоящей главе не наносит ущерба:

- a) любым правам или средствам правовой защиты, предоставляемым или имеющимся в распоряжении лиц, которые стали объектом любого преступления, связанного с незаконным ввозом мигрантов, в соответствии с любым другим законом;
- b) любым обязательствам, взятым по любому применимому международному договору, будь то двустороннему или многостороннему, или любому другому применимому оперативному соглашению, которое регулирует, полностью или частично, вопросы возвращения лиц, которые стали объектом незаконного ввоза мигрантов.

Комментарий

Факультативное положение

Источник: Протокол о незаконном ввозе мигрантов, пункт 2 статьи 19 и пункт 8 статьи 18.

Подпункт а) преследует цель сохранить действие существующих законов, которые могут применяться ко всем лицам, включая и незаконно ввезенных мигрантов. Это может быть необходимо, например, в тех случаях, когда может возникнуть некоторая неопределенность относительно того, могут ли определенные законодательные нормы (например, из сферы уголовного или трудового законодательства) быть применены в отношении неграждан, включая незаконно ввезенных мигрантов.

Например, незаконно ввезенные мигранты, которые стали жертвами любого преступления (а не только насильственного преступления), должны иметь возможность сообщить компетентным органам о любой виктимизации в результате совершенного преступления, и эти заявления должны быть надлежащим образом расследованы и по ним должно быть возбуждено уголовное преследование. Если это невозможно сделать, то незаконно ввезенные мигранты могут стать легкой добычей для преступников, которые знают, что они могут относительно безнаказанно обращаться с незаконно ввезенными мигрантами как со своей добычей. Если действие уголовного законодательства еще не распространяется на всех лиц (включая таких не являющихся гражданами лиц, как незаконно ввезенные мигранты), то государствам, возможно, потребуется расширить сферу применения существующих положений об уголовных преступлениях, в частности тех, которые касаются преступлений с применением насилия, с тем чтобы их можно было использовать для защиты незаконно ввезенных мигрантов, которые становятся жертвами преступлений.

Еще один пример – это случай, когда у незаконно ввезенных мигрантов может быть возможность добиваться урегулирования своего миграционного статуса с помощью существующих иммиграционных программ (например, в рамках программ воссоединения семей или миграции квалифицированной рабочей силы). Настоящий закон не направлен на нарушение применения других таких законов.

Подпункт б) призван сохранить применимость любых соглашений, которые регулируют установленный порядок возвращения в отношениях между странами и которые уже заключены или могут быть заключены в будущем. Это отражает пункт 8 статьи 18 Протокола, в котором говорится, что статья 18 не затрагивает обязательств, взятых по любому другому применимому договору или оперативному соглашению, которые регулируют, полностью или частично, вопросы возвращения лиц, ставших объектом деяний, криминализируемых в соответствии с Протоколом.



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности

Vienna International Centre, PO Box 500, 1400 Vienna, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org