



**Конференция участников
Конвенции Организации
Объединенных Наций
против транснациональной
организованной преступности**

Distr.: General
18 July 2017
Russian
Original: English

Рабочая группа по незаконному ввозу мигрантов

Вена, 11–13 сентября 2017 года

Пункт 4 предварительной повестки дня*

**Рассмотрение элемента «финансовой или иной
материальной выгоды» определения незаконного ввоза
мигрантов**

**Рассмотрение элемента «финансовой и материальной
выгоды» определения незаконного ввоза мигрантов**

Справочный документ, подготовленный Секретариатом

I. Введение

1. В принятом Генеральной Ассамблеей в 2000 году Протоколе против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющем Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, содержится первое согласованное на международном уровне определение такого преступления, как «незаконный ввоз мигрантов». В соответствии с Протоколом государства-участники должны принять и обеспечить применение законов, предусматривающих уголовную ответственность за незаконный ввоз мигрантов, «когда он совершается умышленно и с целью получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду» (ст. 6 (1) (a)).

2. В своей резолюции 6/3, озаглавленной «Осуществление Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющего Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности», Конференция призвала государства-участники продолжать работу по обзору и, в соответствующих случаях, совершенствованию своего законодательства, в том числе уголовного, а также признать деяния, предусмотренные Протоколом о незаконном ввозе мигрантов и Конвенцией против организованной преступности, уголовными преступлениями и предусмотреть надлежащие меры наказания, соразмерные характеру и тяжести преступления.

3. В своей резолюции 7/1, озаглавленной «Активизация усилий по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и протоколов к ней», Конференция постановила, что Рабочая группа по незаконному ввозу мигрантов будет постоянным элементом Конференции и будет сопровождать свои доклады и рекомендации Конференции.

* СТОС/COP/WG.7/2017/41.



4. Кроме того, в своей резолюции 2014/23, озаглавленной «Укрепление международного сотрудничества в борьбе с незаконным ввозом мигрантов», Экономический и Социальный Совет призвал государства-члены содействовать осуществлению на национальном и, в надлежащих случаях, региональном и международном уровнях надежного сбора данных и исследований, посвященных проблеме незаконного ввоза мигрантов, в том числе сетям незаконного ввоза и участию организованной преступности в странах происхождения, транзита и назначения, а также возможным связям, которые могут существовать между незаконным ввозом мигрантов и другими видами преступной деятельности.

5. В той же резолюции Совет настоятельно призвал государства-члены, в надлежащих случаях, принимать меры с целью привлечения дополнительного внимания общественности к тому факту, что незаконный ввоз мигрантов представляет собой преступную деятельность, которую часто осуществляют организованные преступные группы в корыстных целях, создавая серьезную угрозу для соответствующих мигрантов.

6. Последующие резолюции по проблеме незаконного ввоза мигрантов, принятые в последние годы Конференцией участников, Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию и Генеральной Ассамблеей, содержали призыв к установлению в национальном законодательстве уголовной ответственности за незаконный ввоз мигрантов в соответствии с Протоколом о незаконном ввозе мигрантов. Наличие у международного сообщества согласия в отношении общего определения ключевых терминов, используемых в контексте Конвенции против организованной преступности и ее протоколов, способствует повышению эффективности международного сотрудничества, направленного на борьбу с транснациональной организованной преступностью, в том числе с незаконным ввозом мигрантов, благодаря реализации принципа обоюдного признания соответствующего деяния преступлением, который активно используется в рамках режимов международного сотрудничества.

7. Настоящий справочный документ был подготовлен Секретариатом для содействия обсуждению в Рабочей группе на ее четвертом совещании. В нем предложены конкретные вопросы для обсуждения, представлен обзор основных проблем и рекомендации по их решению государствами, а также перечень ключевых инструментов и рекомендуемых источников, которые могут быть полезны государствам при осуществлении Протокола.

II. Вопросы для обсуждения

8. При рассмотрении аспекта финансовой и материальной выгоды, который является частью определения «незаконного ввоза мигрантов», Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить, среди прочего, следующие вопросы:

а) Какова цель и сфера применения Протокола против незаконного ввоза мигрантов в связи с «финансовой или иной материальной выгодой»?

б) Как понимается и реализуется элемент «финансовой или иной материальной выгоды» в тех государствах, где он является элементом преступлений, связанных с незаконным ввозом мигрантов?

в) В части «финансовой выгоды» существует ли порог для установления наличия финансового элемента? Например, должна ли подразумевать финансовая выгода получение «прибыли»? Если да, то насколько велика должна быть прибыль для установления наличия этого элемента?

г) В части «материальной выгоды» дает ли формулировка «иная материальная выгода» ключ к пониманию того, что именно подразумевает понятие материальной выгоды? Например, охватывает ли она услуги сексуального ха-

рактера, уголовно наказуемые услуги (например, контрабанду наркотиков) или трудовые услуги, оказываемые в качестве платы за незаконный ввоз?

е) Если законодательство того или иного государства-участника не предусматривает элемент «финансовой или иной материальной выгоды», то чем это обусловлено? Упрощает или усложняет исключение такого элемента работу следователей по выявлению случаев незаконного ввоза? Усложняется или упрощается процесс ведения следствия и вынесения приговоров? Какова роль наличия или отсутствия этого элемента в защите предполагаемых незаконных перевозчиков мигрантов?

ф) Какое бремя доказывания связано с установлением наличия элемента финансовой или иной материальной выгоды и намерения получить такую выгоду? Можно ли доказать намерение получить финансовую или иную материальную выгоду в отсутствие фактической выгоды?

г) В какой степени элемент финансовой или материальной выгоды является отягчающим или смягчающим обстоятельством при вынесении приговоров осужденным незаконным перевозчикам? Если установление наличия финансовой или иной материальной выгоды не требуется в качестве элемента этого преступления, может ли отсутствие или наличие финансовой выгоды влиять на приоритеты уголовного правосудия или вынесение приговора?

h) Приводит ли отсутствие такого элемента к уголовному преследованию — или возникновению вероятности такого преследования — лиц, действующих исключительно в гуманитарных или семейных интересах?

и) Учитывая, что незаконный ввоз мигрантов является транснациональным преступлением, мешает ли наличие или отсутствие элемента «финансовой или иной материальной выгоды» международному сотрудничеству, в том числе оказанию взаимной правовой помощи и выдаче, например, по причине несоблюдения требования об обоюдном признании соответствующего деяния преступлением?

j) Влияет ли отсутствие элемента «финансовой или иной материальной выгоды» на расширение понятия «серьезной» организованной преступности? Если да, то как это влияет на отвлечение ресурсов, предусмотренных для ведения следствия и уголовного преследования, от борьбы с организованными преступными группами на борьбу с менее организованными субъектами более низкого уровня?

к) По мнению сотрудников системы уголовного правосудия, мешает или помогает их работе наличие или отсутствие этого элемента в определении? Способствует ли отсутствие в определении элемента «финансовой или иной материальной выгоды» сохранению духа Протокола, цель которого состоит в предупреждении незаконного ввоза мигрантов и борьбе с ним как с формой транснациональной организованной преступности при условии некриминализации миграции как таковой?

l) В Протоколе против незаконного ввоза мигрантов установлены минимальные стандарты, а государства-участники вправе вводить более жесткие или строгие меры, чем те, которые предусмотрены Протоколом. Является ли отсутствие элемента «финансовой или иной материальной выгоды» более жесткой или строгой мерой? Является ли это несоблюдением требования о криминализации или отклонением от его соблюдения?

III. Обзор основных проблем и рекомендации в отношении принятия ответных мер

A. Международно-правовое определение «незаконного ввоза мигрантов» и сфера применения Протокола против незаконного ввоза мигрантов с точки зрения элемента «финансовой или иной материальной выгоды»

9. В Протоколе против незаконного ввоза 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» (ст. 3 (а)). Составители Протокола решили включить элемент «финансовой или иной материальной выгоды» не только в качестве элемента определения правонарушения, но в качестве одного из условий его криминализации (ст. 6).

10. Таким образом, незаконный ввоз мигрантов — это правонарушение, характеризующееся наличием конкретного или специального намерения. Требование о фактическом извлечении выгоды не предусмотрено явным образом: согласно Протоколу преступление, заключающееся в незаконном ввозе мигрантов, считается совершенным, если установлены соответствующие физические элементы, а также намерение получить выгоду. Важно отметить, что в соответствии с положениями Протокола учитывается не столько фактическое получение выгоды, сколько намерение ее получить. Такая постановка вопроса может помочь сместить акценты с точки зрения бремени доказывания, которое в настоящее время тесно связано с поиском доказательств получения конкретной прибыли или платежей в отношении конкретных мигрантов.

11. Государства — участники Протокола обязаны ввести уголовную ответственность как за незаконный ввоз мигрантов, так и за изготовление поддельных проездных документов или удостоверений личности и владение ими, если целью такого поведения является создание условий для незаконного ввоза мигрантов, как определено в Протоколе. Кроме того, государства-участники обязаны ввести уголовную ответственность за создание условий для незаконного пребывания, если это делается умышленно и с целью получить прямо или косвенно финансовую или иную материальную выгоду. Таким образом, структура положений о криминализации предусматривает наличие элемента «финансовой или иной материальной выгоды» в качестве элемента правонарушений, связанных не только с незаконным ввозом мигрантов, но и с подделкой документов и созданием условий для незаконного пребывания.

12. Такие положения следует толковать в духе статьи 5 Протокола, где явным образом предусмотрено, что Протокол не применяется для уголовного преследования мигрантов в силу только того обстоятельства, что они стали объектом незаконного ввоза. Наличие элемента «финансовой или иной материальной выгоды» в определении и положениях о криминализации способствует защите незаконно ввозимых мигрантов от уголовного преследования, что позволяет сместить акценты и сделать предметом преступления не незаконный въезд, пребывание и т.д., а стремление получить прибыль или иную выгоду. Что касается преступлений, связанных с документами, то обладание или иные предусмотренные законом действия сами по себе не являются достаточными для установления преступления; должно быть установлено намерение получить финансовую или иную материальную выгоду, а также намерение или цель создать условия для незаконного ввоза мигрантов. Это требование обеспечивает дополнительную защиту от преследования для мигрантов, которые самостоятельно организуют свой незаконный въезд.

13. В примечании для толкования определения незаконного ввоза мигрантов¹ говорится, что элемент «финансовой или иной материальной выгоды» был включен в определение, 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. Цель Протокола не заключается в криминализации деятельности членов семей или таких групп поддержки, как религиозные или неправительственные организации.

14. Тщательный анализ процесса подготовки Протокола, а также соответствующих руководящих и иных материалов позволяет сделать следующие выводы: а) основной объект Протокола — это деятельность организованных преступных групп, действующих в целях получения прибыли; и б) Протокол не ставит своей целью преследование лиц, действующих в гуманитарных целях или на основании тесных семейных связей, если отсутствует цель получения финансовой или иной материальной выгоды, и не может использоваться в качестве правовой основы для этого².

1. Основной объект Протокола — это деятельность организованных преступных групп, действующих в целях получения прибыли

15. Как показывает преамбула и история разработки Протокола, в более широком смысле он направлен на противодействие участию организованных преступных групп в организованном, несанкционированном перемещении мигрантов в целях получения прибыли, которое нередко сопряжено с большими рисками с точки зрения безопасности и благополучия мигрантов. Концепция финансовой или иной материальной выгоды, включенная в содержащееся в Протоколе определение незаконного ввоза мигрантов, формализует элемент преступного умысла, являющийся частью незаконного ввоза мигрантов как правонарушения.

16. Хотя в Протоколе нет определения «финансовой или иной материальной выгоды», в Конвенции против организованной преступности этот термин используется в определении организованной преступной группы, которая представляет собой «структурно оформленную группу в составе трех или более лиц, которая существует в течение определенного периода времени и действует согласованно с целью совершения одного или нескольких серьезных преступлений или правонарушений [...], с тем чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду». Актуальность этого определения обусловлена тем, что сфера применения самого Протокола, согласно его статье 4, включает в себя преступления, связанные с незаконным ввозом мигрантов, если они носят транснациональный характер и совершены при участии организованной преступной группы.

17. На национальном уровне наличие элемента причастности организованной преступной группы не является обязательным условием криминализации соответствующих правонарушений; в статье 34 (2) Конвенции против организованной преступности подтверждено, что участие организованной преступной группы не является обязательным и что факт совершения преступления устанавливается вне зависимости от того, может ли быть доказано такое участие или нет. Однако основным объектом Протокола против незаконного ввоза мигрантов являются соответствующие деяния, совершенные организованными преступными группами, а элемент «финансовой или иной материальной выгоды» из определения «организованной преступной группы» (Конвенция против

¹ Подготовительные материалы, касающиеся 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. 477.

² United Nations Office on Drugs and Crime, *The Concept of «Financial or Other Material Benefit» in the Smuggling of Migrants Protocol: Issue Paper* (Vienna, 2017), p. 14.

организованной преступности, ст. 2 (а)) явным образом еще раз указан в Протоколе против незаконного ввоза мигрантов как в определении незаконного ввоза мигрантов (ст. 3), так и в положении о криминализации (ст. 6). Более того, в статье 4 говорится, что Протокол применяется к предупреждению, расследованию и уголовному преследованию в связи с преступлениями, если они совершены при участии организованной преступной группы, что лишний раз подтверждает ориентированность Протокола на противодействие организованной преступности. Кроме того, в «Руководстве для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и протоколов к ней» поясняется, что «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 Протокол»³.

18. Ключевым фактором, определяющим структуру сетей по незаконному ввозу мигрантов, является корысть и извлечение максимальной прибыли. Связи между преступниками, входящими в сеть незаконного ввоза, можно сравнить с деловыми отношениями, при этом существует возможность, что какой-либо преступник может выполнять свою функцию в нескольких преступных сетях. Такие сети могут быть вовлечены в другого рода организованную преступную деятельность, такую как отмывание денежных средств, полученных от преступной деятельности, или, например, в незаконный оборот огнестрельного оружия и наркотиков; маршруты, используемые для торговли людьми, иногда совпадают с основными маршрутами незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, причем к этому причастны одни и те же организованные преступные группы⁴.

2. Протокол не может использоваться в качестве правовой основы для преследования лиц, действующих с гуманитарными намерениями или на основании тесных семейных связей, если отсутствует цель получения финансовой или иной материальной выгоды

19. Согласно «Подготовительным материалам» намерение составителей заключалось в том, чтобы исключить деятельность тех, кто помогает мигрантам по гуманитарным причинам или в силу тесных семейных связей. Как отмечено в примечании для толкования к соответствующему положению, «цель протокола не заключается в криминализации деятельности членов семей или таких групп поддержки, как религиозные или неправительственные организации» (стр. 477, пункт 88).

20. Эта тема развивается в «Руководстве для законодательных органов», где подтверждено, что включение упоминания «финансовой или иной материальной выгоды» было действительно связано с намерением исключить группы, руководствующиеся исключительно политическими или социальными мотивами. В этом документе также отражена стоявшая перед составителями задача «обеспечить, чтобы Протокол не требовал от государств установления уголовной ответственности или принятия иных мер в отношении групп, которые занимаются тайным ввозом мигрантов из благотворительных или альтруистических соображений, что иногда имеет место в случае тайного провоза лиц, ищущих убежище» (см. стр. 365, пункт 19).

³ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.2, стр. 373, пункт 28.

⁴ Записка Секретариата об анализе аспектов незаконного ввоза мигрантов, связанных с организованной преступностью, включая финансовые расследования и меры, направленные на борьбу с доходами от преступной деятельности (СТОС/COP/WG.7/2015/4), пункт 14.

21. В «Типовом законе о борьбе с незаконным ввозом мигрантов» по этому вопросу не сказано почти ничего нового: в нем подтверждено, что термин «финансовая или иная материальная выгода» является неотъемлемой частью определения «незаконного ввоза мигрантов», а также отмечено, что «платеж или прибыль, полученные в результате незаконного ввоза мигрантов, могут 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»⁵.

22. Используемую в Протоколе концепцию «выгоды» следует рассматривать в широком смысле. При разработке Протокола государства намеренно приняли решение заменить термин «прибыль» на гораздо более широкое понятие «финансовая или иная материальная выгода». Концепция финансовой или иной материальной выгоды (с дополнительным уточнением — получаемой «прямо или косвенно») охватывает не только финансовую выгоду, но и, например, трудовые услуги или услуги сексуального характера, платежи, сделанные посредниками или через посредников, а также платежи или выгоды — как обещанные, так и полученные.

23. Вывод о том, что Протокол против незаконного ввоза мигрантов не ставит своей целью преследование субъектов гуманитарной деятельности (в частности, связанной с лицами, ищущими убежища) и не может использоваться в качестве правовой основы для него, подтверждается в пункте 1 статьи 19, где явным образом говорится о продолжении применения международного права, включая международное гуманитарное право и международное право в области прав человека, в частности Конвенции о статусе беженцев 1951 года и Протокола 1967 года, касающегося статуса беженцев, а также закрепленного в этих документах принципа невыдворения.

24. Протокол не запрещает государствам устанавливать уголовную ответственность за преступления, которые он не охватывает, — например, за создание условий для незаконного въезда или незаконного пребывания. Однако этот документ не является правовой основой для преследования лиц за создание условий для незаконного въезда или незаконного пребывания, если отсутствует намерение получить финансовую или иную материальную выгоду.

25. Тем не менее стоит признать, что подход, прописанный в Протоколе в этой связи, не является общепризнанным. В частности, что касается создания условий для незаконного въезда, в некоторых государствах и регионах используется дифференцированный подход, который не исключает возможность преследования за незаконный ввоз мигрантов тех лиц, которые действуют в гуманитарных целях или на основе тесных семейных связей, даже в случае отсутствия намерения (или отсутствия очевидного намерения) получить финансовую выгоду.

В. Национальные подходы к определению (статья 3) и криминализации (статья 6) незаконного ввоза мигрантов

26. При установлении уголовной ответственности за незаконный ввоз мигрантов многие государства — участники Протокола не включили элемент «финансовой или иной материальной выгоды» в свое законодательство, несмотря на то что он является одним из ключевых компонентов международного определения. Такие расхождения вызывают вопросы по поводу возможного влияния различных подходов к этому определению на деятельность по обеспечению эффективной и скоординированной борьбы с транснациональными преступлениями, связанными с незаконным ввозом мигрантов.

⁵ Организация Объединенных Наций, 2010, стр. 14.

27. Значительная часть литературы, в которой затрагивается вопрос «финансовой или иной материальной выгоды» в контексте незаконного ввоза мигрантов, касается деятельности, проводимой Европейским союзом. Правовой механизм Европейского союза, связанный с борьбой с незаконным ввозом мигрантов, основывается на двух документах, а именно на директиве 2002/90/ЕС Совета Европейского союза, в которой дается определение содействия несанкционированному въезду, транзиту и пребыванию, и рамочном решении 2002/946/ЈНА об укреплении уголовно-исполнительной системы в целях предотвращения содействия несанкционированному въезду, транзиту и пребыванию.

28. Вкратце, согласно этим документам, государства — члены Европейского союза должны ввести уголовную ответственность за содействие несанкционированному пребыванию, если такое содействие осуществляется для получения финансовой выгоды. Однако государства-члены вправе ввести уголовную ответственность за это преступление вне зависимости от наличия мотива получения «финансовой выгоды» и обязаны ввести уголовную ответственность за содействие несанкционированному въезду или транзиту даже в случае отсутствия финансовой выгоды. Важно отметить, что в статье 1 директивы о содействии предусмотрено право государств-членов не налагать санкции за совершение преступлений, связанных с содействием несанкционированному въезду или транзиту, в тех случаях, когда такие действия совершаются в целях оказания гуманитарной помощи соответствующим лицам.

29. Как показало недавнее обследование, в большинстве государств — членов Европейского союза для установления факта незаконного ввоза мигрантов в принципе достаточно только доказательства содействия незаконному въезду, а подтверждение наличия дополнительных физических элементов или преступного умысла, связанных с получением правонарушителем выгоды или прибыли либо намерением их получить, не является обязательным. В большинстве государств — членов Европейского союза наличие финансовой или материальной выгоды является отягчающим обстоятельством при назначении наказания⁶. Подход, используемый Европейским союзом, в соответствии с которым государства-члены могут исключить из числа уголовно наказуемых действия, направленные на оказание гуманитарной помощи, но не обязаны этого делать, не означает, что невозможно преследование лиц, участвующих в создании условий для несанкционированного въезда или транзита из гуманитарных соображений. В этом случае уголовная ответственность может распространяться на тех лиц, которые оказывают помощь мигрантам, оказавшимся в сложной ситуации, в результате чего происходит их несанкционированный въезд в одно из государств — членов Европейского союза.

1. Отдельные соображения в связи с применением и практикой

30. В некоторых государствах, где элемент «финансовой или иной материальной выгоды» в том или ином виде включен в законодательство, эта концепция нередко ограничивается только финансовой или имущественной выгодой, хотя, по мнению специалистов-практиков, в принципе могут приниматься во внимание и другие выгоды, такие как трудовые и, возможно, другие услуги. В законодательстве других государств отражено намерение обеспечить возможности для широкого толкования этого элемента. В таких государствах случаи, когда, например, мигрант управляет судном (или ведет автомобиль), на котором осуществляется незаконный ввоз, в качестве платы за незаконную перевозку или в обмен на снижение этой платы, в целом рассматриваются как содержащие элемент извлечения выгоды⁷.

⁶ Council of Europe, European Committee on Crime Problems, Working document: national laws relating to smuggling of migrants in Council of Europe member States (Strasbourg, 2016), p. 6.

⁷ Там же.

31. В государствах, где эта концепция включает «косвенное» извлечение прибыли, таковое понимается как ожидание обогащения в случаях, когда выгода еще не получена или только «намечается». В этих государствах правовое оформление концепции «финансовой или иной материальной выгоды» не предполагает никакого порогового уровня прибыли или иной выгоды; даже небольшой прибыли или относительно несущественной выгоды достаточно, чтобы установить факт наличия элемента или удовлетворения условия, которое позволяет квалифицировать правонарушение как совершенное при отягчающих обстоятельствах, и размер прибыли или выгоды не является препятствием для преследования.

32. В целом в группе стран, которые в той или иной мере включили концепцию «финансовой или иной материальной выгоды» в свое законодательство, ее смысловое наполнение трактуется достаточно широко, что позволяет учитывать различные способы, используемые контрабандистами для извлечения выгоды при совершении преступлений. Однако на практике, судя по всему, концепция «финансовой или иной материальной выгоды» в основном толкуется только с точки зрения получения финансовой выгоды, наличие которой используется в качестве удобного разграничивающего показателя, позволяющего отличать уголовно наказуемую контрабандистскую деятельность от других видов поведения.

2. Гуманитарные исключения в законодательстве и на практике

33. Как было отмечено выше, намерение составителей Протокола заключалось в том, чтобы определение незаконного ввоза мигрантов не применялось к организованному перемещению мигрантов через национальные границы в случае его осуществления исключительно в гуманитарных целях. Однако явным образом прописанные исключения гуманитарного характера встречаются редко⁸. Кроме того, если в стране предусмотрено исключение для организованного въезда или выезда, осуществляемого не по корыстным мотивам, то это предполагает наличие исключения для незаконного ввоза, осуществляемого исключительно в гуманитарных целях, но такой широкий подход используется редко, и, как подтвердило недавнее исследование Управления Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности (УНП ООН), в целом тенденция такова, что государства либо не включают такое исключение в законодательство, либо толкуют его узко.

34. В большинстве стран гуманитарные исключения на практике функционируют как исключения из наказания, а не из обвинения. Аналогичная ситуация существует в некоторых странах, где наличие прибыли или выгоды учитывается только тогда, когда необходимо опровергнуть предположение о гуманитарном характере помощи, оказываемой лицам, ищущим убежища. В странах, в законодательстве которых явным образом предусмотрено гуманитарное исключение, наличие мотивов смешанного характера (т.е. гуманитарных и финансовых) является достаточным для неприменения такого исключения, в результате чего по таким делам проведение следствия и назначение наказания осуществляется таким же образом, как и по делам о незаконном ввозе мигрантов.

⁸ Из 13 стран, рассмотренных в рамках недавнего исследования УНП ООН, только в четырех гуманитарных исключения явным образом включены в законодательство, и даже в этих странах они применяются в четко определенных ограниченных обстоятельствах («The Concept of «Financial or Other Material Benefit» in the Smuggling of Migrants Protocol» — «Понятие «финансовая или иная материальная выгода» в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов»). Примеры из юридической практики, связанные с гуманитарными исключениями, также размещены на сайте Информационно-справочного портала о незаконном ввозе мигрантов (см., например, *R v Abdulle* (2014) и *R v Abdulle* (2015), Канада; резолюция 151/2008, Испания; и постановление суда от 14 сентября 2014 года, Франция).

35. Были озвучены опасения по поводу вероятности возникновения ситуации, когда гуманитарные субъекты будут защищены от каких бы то ни было последствий в связи со своими действиями по созданию условий для систематического и массового неконтролируемого перемещения людей; в частности, такие опасения озвучивались государствами, которые столкнулись с крупномасштабными потоками мигрантов. Обеспокоенность также связана с тем, что жесткое применение этого принципа может быть выгодно контрабандистам⁹.

36. На практике наличие мотивации гуманитарного характера может влиять на решение о преследовании и вынесение приговора. Если законодательство не предусматривает исключений гуманитарного характера, то, судя по всему, в ситуациях, когда присутствует явно выраженное гуманитарное намерение и отсутствуют какие-либо указания на наличие финансовой или иной материальной выгоды (либо преследуемой, либо полученной) со стороны подозреваемого, государства нередко решают отказаться от преследования. В случае уголовного преследования по таким делам приговор может быть смягчен (наказание либо смягчается, либо не назначается вообще) на основании того, что у правонарушителя не было намерения получить финансовую или иную материальную выгоду. Хотя наличие любого намерения получить выгоду опровергает предположение о том, что поведение носило гуманитарный характер, приговор все же может быть смягчен (обычно в форме назначения менее строгого наказания) даже в тех ситуациях, когда контрабандист получил некоторую прибыль или выгоду, при условии что это не было его основным мотивом.

37. Использование стороной обвинения своих дискреционных полномочий при принятии решения о проведении следствия по определенным делам, как и возможности проявить гибкость при вынесении приговора, в целом позволяют учитывать самые разные фактические ситуации, хотя такой подход нельзя считать идеальным с точки зрения достижения последовательных и надлежащих результатов.

38. В большинстве государств назначения, где проводилось исследование УНП ООН, значительной долей незаконно ввозимых лиц являются лица, ищущие убежища, и многие из них впоследствии действительно получают статус беженцев. На практике при рассмотрении дел, связанных с не предполагающим извлечение выгоды организованным въездом или пребыванием лиц, ищущих убежище, гуманитарные исключения, описанные выше, применяются вне зависимости от того, имел ли мигрант намерение просить убежище, или того, что являлось его намерением по мнению или информации контрабандиста.

39. Исключения, связанные с организованным въездом или пребыванием членов семей, также, судя по всему, носят ограниченный характер. В зависимости от обстоятельств конкретного дела может применяться общее гуманитарное исключение, о котором шла речь выше. В большинстве государств специалисты-практики подтвердили, что содействие незаконному въезду членов семьи без намерения получить прибыль вряд ли может стать приоритетным объектом для уголовного преследования и что, даже если бы преследование по таким делам осуществлялось, скорее всего, наказание не было бы назначено или оно было бы незначительным. В то же время содействие незаконному въезду членов семьи с намерением получить прибыль вряд ли будет рассматриваться как действие гуманитарного характера, в отношении которого должно быть сделано исключение. Таким образом, хотя использование таких дискреционных полномочий предусмотрено, в целом освобождение от уголовного преследования в случае незаконного ввоза членов семей не поддерживается, в том числе по причине того, что некоторые преступные организации носят семейный характер и что в силу широкого понимания понятия «семья» такое исключение могло бы распространяться на существенное число бенефициаров.

⁹ Там же.

40. Вне зависимости от того, каким образом учтен в национальном законодательстве элемент мотивации к получению прибыли или выгоды и учтен ли он вообще, реализация правового механизма в связи с незаконным ввозом должна быть ориентирована на существующие реалии, т.е. преступления, совершаемые в целях получения финансовой или иной материальной выгоды.

С. Вопросы, связанные с доказыванием, санкции и меры сдерживания

41. Соображения политического и практического характера, на которых основано использование «финансовой или иной материальной выгоды» как элемента базовых правонарушений, связанных с незаконным ввозом мигрантов, включают идею о том, что аспект получения прибыли или выгоды является ключевым элементом преступления незаконного ввоза мигрантов, а также основой для понимания этого преступления и реагирования на него.

42. В то же время идея, лежащая в основе полного исключения элемента «финансовой или иной материальной выгоды» или его использования только в качестве отягчающего обстоятельства, заключается в том, что, хотя получение прибыли практически всегда является мотивирующим фактором в случаях незаконного ввоза мигрантов, государства должны иметь в своем распоряжении адекватные гибкие возможности для реагирования на все ситуации, в которых имели место организованный незаконный въезд и пребывание. Наличие у стороны обвинения или суда дискреционных полномочий позволяет обращать внимание — если не исключительно, то в основном — на тех, чья основная мотивация заключается в получении прибыли.

43. Что касается более практических аспектов, то существует обеспокоенность по поводу существенного бремени доказывания, которое является результатом включения «финансовой или материальной выгоды» в качестве элемента базовых правонарушений, особенно если обвинители обязаны предоставить доказательства фактического получения выгоды, а не просто намерения ее получить. Необходимо также принимать во внимание трудности, связанные с получением надежных доказательств, в частности показаний незаконно ввезенных мигрантов, а также получением доказательств в тех ситуациях, когда оплата услуг осуществляется через посредника или иным косвенным образом. Однако исключение элемента прибыли не означает устранения этих трудностей, и нередко он является крайне важным для понимания того, что реально произошло.

44. По мнению специалистов-практиков из тех государств, в законодательстве которых «финансовая или иная материальная выгода» отсутствует как элемент базовых правонарушений, связанных с незаконным ввозом мигрантов, включение в законодательство требования о предоставлении доказательств наличия финансовой или иной материальной выгоды стало бы источником трудностей как на этапе следствия, так и на этапе уголовного преследования. Они указали на сложности, связанные с ведением финансовых расследований и установлением связи между конкретной выгодой и конкретным лицом, особенно в случаях, когда речь идет о крупномасштабном незаконном ввозе мигрантов. Кроме того, они неоднократно подчеркивали сложности, связанные с получением надежных доказательств (как прямых, так и подкрепляющих) от самих незаконно ввезенных мигрантов, что перекликается с опасениями, озвученными специалистами-практиками из других государств. Незаконно ввезенные мигранты нередко боятся уголовного преследования, так как оно может негативно повлиять на рассмотрение их ходатайств о предоставлении убежища, а также места. Даже если незаконно ввезенные мигранты готовы сотрудничать, из них, как правило, получают плохие свидетели, так как их легко дискредитировать и они нередко обладают лишь незначительной информацией об организаторах незаконного ввоза, находящихся на более высоком уровне.

45. Наличие какого-либо аспекта концепции «финансовой или иной материальной выгоды» представляется важным соображением, вне зависимости от того, закреплён ли этот аспект в законодательстве и, если закреплён, то как. Как было отмечено выше, элемент «финансовой или иной материальной выгоды» является отягчающим обстоятельством при принятии решения о наложении наказания за определенные преступления, связанные с организацией незаконного въезда и пребывания. В целом, если имеет место получение выгоды или такое намерение, размер прибыли или выгоды считается несущественным с точки зрения установления факта совершения соответствующего преступления. Вне зависимости от того, какой подход используется тем или иным государством, оценка мотивации для незаконного ввоза мигрантов, судя по всему, является ключевым фактором при вынесении приговора, а наличие финансового мотива к совершению преступления влияет на оценку его объективной серьезности.

46. Точно так же, как незаконный ввоз мигрантов в целях воссоединения семьи или из гуманитарных соображений с большой вероятностью не приведет к назначению самых тяжелых форм наказания, наличие явного финансового мотива (и доказательств получения или ожидания получения существенной прибыли) неизбежно приводит к назначению более серьезного наказания. В соответствии с этим подходом действия, приносящие относительно небольшую финансовую выгоду (особенно если такую выгоду получают или ожидают получить субъекты низкого уровня, имеющие низкий доход и нанятые для управления судном, которое осуществляет контрабандную перевозку), скорее всего, будут караться менее суровым наказанием.

47. Те лица, чья мотивация к совершению преступления незаконного ввоза мигрантов носит исключительно корыстный характер, считаются более виновными и заслуживающими более сурового наказания, чем те, чья мотивация носит альтруистический или смешанный характер. Этот подход также отражает соображения практического характера: низкая фактическая или ожидаемая выгода свидетельствует о том, что речь идет о нарушителях низкого уровня. Однозначная мотивация к получению прибыли и ожидание или получение крупной выгоды обычно характерны для организованных преступных групп и совершения преступлений на высоком уровне, а также для действий, сопряженных с эксплуатацией или угрозой для незаконно ввозимых мигрантов. В ситуациях, когда выгода носит нефинансовый характер, т.е. представляет собой работу или услуги, отягчающие обстоятельства, возникающие в этой связи, могут быть не только связаны с фактом наличия прибыли или выгоды, но и принимать другие формы (например, если имели место негуманное обращение или эксплуатация).

48. Существует фундаментальная, очень важная связь между контрабандой и выгодой; если отсутствуют гуманитарные мотивы или мотивы, связанные с воссоединением семьи, то мотивом для незаконного ввоза мигрантов всегда является извлечение прибыли. Этот факт может по-разному отражаться в законодательстве, но суды, по всей видимости, не испытывают трудностей с опознаванием таких реалий и реагированием на них. При установлении факта наличия финансовой или иной материальной выгоды принимаются во внимание такие факторы, как отсутствие семейных связей или иных взаимоотношений между контрабандистом и незаконно ввезенным мигрантом, оплата услуг ранее ввезенными мигрантами, совершение обвиняемым правонарушений ранее, ведение им образа жизни, который не может быть обеспечен законно полученными средствами или организация перевозки в настолько плохих условиях, что она не может осуществляться из гуманитарных соображений.

49. Помимо показаний свидетелей важным следственным инструментом, позволяющим доказать намерение получить финансовую или материальную выгоду и факт наличия такой выгоды в случае отсутствия официальных документов, подтверждающих соответствующие транзакции, является прослушивание телефонных разговоров. Отслеживание банковских и иных операций также

широко используется во многих государствах, но в некоторых странах оно сопряжено с трудностями, особенно если переводы осуществляются в иностранные банки или из них. Судебная практика, связанная с незаконным ввозом мигрантов, также показывает, что платежи нередко осуществляются через системы Western Union и MoneyGram, и сотрудничество с этими поставщиками финансовых услуг позволяет получать важные доказательства перемещения денежных средств. Такое сотрудничество является примечательным примером того, как применение передовой практики обеспечивает эффективное взаимодействие между частными субъектами и следственными органами¹⁰.

50. Учитывать фактор наличия «финансовой или иной материальной выгоды» важно и со стратегической точки зрения, вне зависимости от того, является ли он элементом правонарушения или нет. Например, если оплата за незаконный ввоз не производится или если незаконный ввоз оплачивается трудом, то органы следствия и прокуратуры могут переориентировать свою работу и расследовать дело с точки зрения торговли людьми или даже рассмотреть вероятность того, что организованное перемещение связано с терроризмом. В ситуациях, когда незаконный ввоз явным образом осуществляется в корыстных целях, акцент на финансовых аспектах этого преступления может способствовать повышению уровня расследования, в том числе с точки зрения связей с организованной преступностью. Такой подход также способствует отслеживанию, замораживанию и изъятию активов организаторов, что дает важную возможность для пресечения крупных и сложных контрабандистских операций.

D. Международное правовое сотрудничество

51. Международное сотрудничество очень важно для эффективного решения проблемы незаконного ввоза мигрантов. Наряду с конкретным механизмом сотрудничества, предусмотренным статьей 8 Протокола, особо важными с точки зрения борьбы с незаконным ввозом мигрантов по морю являются статья 10 об обмене информацией между государствами-участниками и статья 14 о подготовке кадров и техническом сотрудничестве.

52. Предполагается также, что государства-участники в полной мере используют положения о международном сотрудничестве, содержащиеся в Конвенции против организованной преступности, которые применяются к Протоколу *mutatis mutandis*.

53. Поскольку структуры сетей по незаконному ввозу мигрантов и способы их функционирования отличаются сложностью, для выявления контрабандистов недостаточно определить только страну отправления: для отслеживания преступной сети необходимо определить страны транзиты и назначения.

54. Ключевое значение для обеспечения эффективности и комплексного характера ответных мер по борьбе с незаконным ввозом мигрантов имеет укрепление многостороннего сотрудничества в проведении расследований в районах, расположенных вдоль контрабандных маршрутов. Следует поощрять осуществление заинтересованными государствами регулярного обмена информацией и экспертными данными, как это предусмотрено в статье 10 Протокола, и содействие поддержанию прямых контактов между правоохранительными ведомствами в странах, по которым пролегают одни и те же маршруты контрабандных перевозок.

55. Следует поощрять региональные и межрегиональные инициативы, направленные на укрепление сотрудничества в проведении расследований фактов незаконного ввоза мигрантов по общим маршрутам, и увеличивать их число. Такие инициативы могут также способствовать выявлению и установлению каналов сотрудничества в тех случаях, когда в результате нестабильной ситуа-

¹⁰ См. Информационно-справочный портал о незаконном ввозе мигрантов, дело № 7472/15 R.N. G.I.P.-Glauso II, Италия, размещено по адресу www.unodc.org.

ции в участвующих странах возникают сомнения относительно того, с кем следует поддерживать соответствующие контакты.

56. Международное сотрудничество в проведении расследований с целью отслеживания, замораживания, изъятия и конфискации преступных активов и доходов от преступлений также необходимо для надлежащего наказания и сдерживания организованных преступных групп, занимающихся незаконным ввозом мигрантов. Доходы от преступлений чаще всего скрывают не в тех странах, где их получают, и в некоторых случаях в процессе движения к месту назначения они могут даже проходить транзитом через одну или несколько стран. Поэтому для выявления происхождения, передвижения и местонахождения преступных активов необходимо на международном уровне обеспечить сотрудничество между компетентными органами и правоохранительными ведомствами. С этой целью в статьях 13 и 14 Конвенции, которые применяются в отношении незаконного ввоза мигрантов, предусмотрены положения, касающиеся международных аспектов выявления, замораживания и конфискации доходов и средств совершения преступлений. Осуществление этих положений позволит государствам повысить эффективность их действий, направленных на лишение контрабандистов их преступных доходов.

57. Цель Протокола против незаконного ввоза мигрантов заключается в содействии распространению последовательного подхода к определению и криминализации незаконного ввоза мигрантов в целях, среди прочего, обеспечения надежной основы для международного сотрудничества, в том числе посредством оказания взаимной правовой помощи и выдачи. В соответствии с общими принципами международного правового сотрудничества действия, являющиеся объектом ходатайства об оказании взаимной правовой помощи или выдаче, должны быть уголовно наказуемым преступлением как в запрашивающем, так и в запрашиваемом государстве.

58. Актуальным является вопрос о том, могут ли различия между национальными правовыми системами, в том числе касающиеся определения незаконного ввоза мигрантов и включения или исключения элемента «финансовой или иной материальной выгоды», нарушать принцип обоюдного признания соответствующего деяния преступлением и тем самым негативно влиять на такое сотрудничество.

Е. Другие субъекты: гражданское общество

59. Вне зависимости от того, включена ли «финансовая или иная материальная выгода» во внутреннее законодательство как элемент преступлений, связанных с незаконным ввозом мигрантов, общая парадигма понимания и применения соответствующих законов должна предусматривать механизмы, исключаящие возможность преследования за такие преступления религиозных организаций, организаций гражданского общества и отдельных лиц, действующих не в целях получения финансовой или иной материальной выгоды, но при этом предотвращающие использование такого исключения как способа уклонения от правосудия.

60. Как подтвердило исследование Центра европейских политических исследований, некоторые организации гражданского общества обеспокоены возможностью применения в их отношении санкций за оказание содействия нелегальным мигрантам в целях организации въезда и пребывания. В отчете по итогам этого исследования также говорится, что, несмотря на гарантии освобождения от уголовного преследования, предусмотренные правовыми режимами, регулирующими спасение на море, некоторые капитаны судов, особенно рыболовных траулеров в Средиземном море, все равно опасаются уголовного преследования и не оказывают помощь терпящим бедствие мигрантам. Важно отметить, что согласно этому и другим исследованиям случаи уголовного преследования

за содействие незаконному въезду, спасание или оказание помощи в гуманитарных целях являются редкими, но тем не менее они есть.

61. На уровне политики различные структуры Европейского союза выступают против криминализации и преследования тех, кто поддерживает мигрантов не в целях получения прибыли. В 2014 году Агентство по основным правам рекомендовало государствам — членам Европейского союза всегда рассматривать наличие финансовой или иной материальной выгоды в качестве обязательного условия назначения наказания или же явным образом исключить возможность наказания, если содействие въезду и пребыванию осуществляется по гуманитарным соображениям¹¹. Кроме того, государствам рекомендуется явным образом исключить возможность наказания за спасание на море и содействие беженцам в поиске убежища, а также за оказание мигрантам с неурегулированным статусом гуманитарной помощи, такой как предоставление питания, жилища, медицинской и правовой помощи (на безвозмездной основе).

62. Генеральный директор Европейского парламента по вопросам внутренней политики рекомендовал пересмотреть два документа Европейского союза, с тем чтобы сделать гуманитарное исключение обязательным и включить цель получения «финансовой или иной материальной выгоды» в качестве элемента во все преступления, связанные с оказанием содействия мигрантам. Примечательно, что в Плате действий Европейского союза по борьбе с незаконным ввозом мигрантов (2015–2020) подчеркивается необходимость сосредоточиться на «бизнес-модели» незаконного ввоза и более активно проводить финансовые расследования, чтобы лишить контрабандистов возможности получать прибыль, при этом обеспечивая применение надлежащих уголовных санкций и стремясь избегать рисков криминализации действий тех лиц, которые оказывают гуманитарную помощь мигрантам, оказавшимся в сложной ситуации.

IV. Основные методические пособия и рекомендуемые справочные ресурсы

Тематический документ «Понятие «финансовая или иная материальная выгода» в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов»

Признавая, как важно обеспечить общее понимание согласованного на международном уровне определения незаконного ввоза мигрантов, УНП ООН провело исследование по элементу «финансовой или иной материальной выгоды» этого определения. В исследовании законодательство и судебная практика в целом репрезентативной группы государств рассматривается в целях сравнения того, как понимается и применяется этот аспект определения. Особое внимание уделяется опыту и мнениям специалистов, занимающихся практической деятельностью в области следствия и уголовного преследования по делам, касающимся незаконного ввоза мигрантов и связанных с ним преступлений.

Дополнительные методические пособия и рекомендуемые справочные ресурсы

Дополнительные методические пособия и рекомендуемые справочные ресурсы приведены в подготовленном Секретариатом справочном документе, озаглавленном «Use of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime to address challenges relating to the smuggling of migrants» («Использование Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности для решения проблем, связанных с незаконным ввозом мигрантов») (СТОС/СОР/ВГ.7/2017/3).

¹¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalisation of Migrants in an Irregular Situation and of Persons Engaging with Them* (Vienna, 2014).