

Розділ 9

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО І ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

УДК 342.7:314.7

К. О. САВЧУК

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В СФЕРІ МІГРАЦІЇ*

Висвітлюються окремі проблеми законодавчого регулювання прав людини в сфері міграції, зокрема, прав нелегальних мігрантів. Наголошується на необхідності внесення змін до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а саме його статей, які дають визначення поняття «нелегальний мігрант» та окреслюють обсяг прав цієї категорії фізичних осіб. Додатково висвітлені інші проблеми міграційного законодавства України, які також можуть призвести до виникнення підстав для визнання особи нелегальним мігрантом.

Ключові слова: нелегальний мігрант, права людини, міграційне право.

Савчук К. А. Проблемы законодательного регулирования прав человека в сфере миграции

Освещены отдельные проблемы законодательного регулирования прав человека в сфере миграции, в частности, прав нелегальных мигрантов. Отмечается необходимость внесения изменений в Закон Украины «О право-

© САВЧУК Костянтин Олександрович — кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

* Стаття підготовлена в рамках цільової теми «Політико-правові заходи протидії деструктивним наслідкам міграції: український та європейський досвід»

вом статусе иностранцев и лиц без гражданства», а именно в его статьи, которые дают определение понятия «нелегальный мигрант» и устанавливают объем прав этой категории физических лиц. Дополнительно освещены другие проблемы миграционного законодательства Украины, которые также могут привести к возникновению оснований для признания физического лица нелегальным мигрантом.

Ключевые слова: нелегальный мигрант, права человека, миграционное право.

Savchuk Kostiantyn. The problems of legislative regulation of human rights in the field of migration

The article highlights some problems of the legislative regulation of human rights in the sphere of migration, in particular, the rights of illegal migrants. There is a need to amend the Law of Ukraine «On the Legal Status of Foreigners and Stateless Persons,» namely, in his articles that define the concept of «illegal migrant» and establish the scope of the rights of this category of individuals. In addition, other problems of the migration legislation of Ukraine are also highlighted, which can also lead to the establishment of grounds for recognizing a natural person as an illegal migrant.

Keywords: illegal migrant, human rights, migration law.

Характеризуючи сучасний стан розвитку міграційного законодавства України, слід констатувати, що хоча в цілому воно створює відповідну правову основу для регулювання міграційних процесів в Україні, водночас воно потребує вдосконалення, зокрема у напрямку забезпечення дотримання прав людини. Зокрема, тут нагально необхідно визначити мінімальний обсяг прав і свобод, якими можуть бути наділені нелегальні мігранти, а також обсяг їх обов'язків. Адже якщо сприймати вживаний в нормах Розділу II Конституції України¹ термін «кожен/кожна людина», як будь-яку людину, яка перебуває на території України незалежно від легальності її перебування, то це означатиме, що нелегальні мігранти мають, наприклад, право на підприємницьку діяльність відповідно до ст. 42 Конституції України, право на працю, згідно ст. 43 Конституції України тощо. Однак, цього не повинно бути, оскільки нелегальні мігранти перебувають на території України незаконно і порушують норми численних Законів України. Отже, вже в Конституції України при визначенні кола суб'єктів, на які

поширюються ті чи інші конституційні права, свободи та обов'язки, варто було б зробити застереження щодо того, чи поширюються вони тільки на фізичних осіб, які законно перебувають в Україні, чи й на тих, що перебувають в державі нелегально. Разом з цим, дану категорію фізичних осіб не можна повністю позбавляти прав, навіть не зважаючи на нелегальність їх перебування в державі. Оскільки в правовій державі, побудованій на принципах гуманності та верховенства права кожній людині, незалежно від законності її перебування повинно бути гарантовано мінімальний обсяг прав людини, зокрема право на життя, право на повагу до його гідності, право на свободу та особисту недоторканність.

Спроба вирішення питання прав, свобод та обов'язків нелегальних мігрантів була зроблена Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»² (далі Закон України «Про правовий статус»), однак, на наш погляд, його положення потребують вдосконалення. Зокрема, ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий статус» стосується обсягу прав іноземних фізичних осіб, в тому числі і нелегальних мігрантів. Вона передбачає, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини. Отже, дана стаття поширюється як на іноземних фізичних осіб, які законно перебувають в Україні, так і фізичних осіб, які перебувають тут незаконно.

Однак, на наш погляд, недоцільно поширювати дію цього положення на іноземних фізичних осіб, які законно перебувають в Україні, оскільки згідно з ч. 1 ст. 3 даного Закону вони урівнюються в правах з громадянами України, за виключенням випадків, встановлених законами України та міжнародними договорами. Отже, їх правосуб'єктність, а також права і свободи будуть визначатися на підставі ч. 1 ст. 3 Закону України «Про правовий статус». Тому, ч. 2 ст. 3 названого Закону варто поширювати тільки на іноземних фізичних осіб, які незаконно перебувають на території України, оскільки певний обсяг при-

родних, невід'ємних прав людини має бути гарантований їм законодавством України.

Разом з цим, існують і інші підстави для внесення змін і доповнень до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий статус». Зокрема, її дію варто поширити на «іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають на території України» без будь-якої прив'язки до «юрисдикції України». Адже поняття «юрисдикція» є багатозначним, а це створює передумови для неправильного застосування статті, що нами розглядається. Наприклад, у Юридичній енциклопедії «юрисдикцію» розглядають як: «1) Встановлену законодавством сукупність повноважень відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування розглядати та вирішувати правові спори і справи про правопорушення, давати правову оцінку діям осіб або інших суб'єктів права з точки зору їх правомірності або неправомірності, застосовувати санкції до правопорушників...; 2) Територіальні межі компетенційної сфери діяльності певних органів державної влади або органів місцевого самоврядування...; 3) Відправлення правосуддя або підсудність»³. Отже, якщо розглядати «юрисдикцію України» в першому та третьому розумінні наведеного визначення, тоді можна вважати, що ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий статус» регулює права нелегальних мігрантів, які вступають у відносини із органами влади та місцевого самоврядування України щодо вирішення спорів, оцінки їх діянь з точки зору правомірності/неправомірності, застосування санкцій. Однак в такому випадку їх права у відносинах з іншими фізичними та юридичними особами нічим не регулюватимуться, що є дуже небезпечним з точки зору захисту їх життя і здоров'я. Якщо ж розглядати «юрисдикцію України» в розумінні другого визначення, тоді цей термін можна замінити на термін «територія України».

Поруч з цим, варто звернути увагу на обсяг прав, якими наділяються іноземні фізичні особи ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий статус». В ній мова йде про «право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини», тобто,

якщо читати статтю буквально, в йдеться про «право на визнання їх правосуб'єктності» та про «право на визнання їх основних прав і свобод людини». Якщо перший випадок відповідає ст. 6 Загальної декларації прав людини 1948 р.⁴, яка передбачає право кожної людини, де б вона не перебувала, на визнання її правосуб'єктності (ст. 6), то щодо другого випадку виникає запитання: ким основні права і свободи людини мають бути визнані й чому їх ще хтось повинен визнавати, коли вони передбачені рядом міжнародно-правових актів, визнаних Україною та низкою законів України? Отже, на наш погляд, ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий статус» має бути сформульована так: «Іноземці та особи без громадянства, які незаконно перебувають на території України, мають основні права і свободи людини, зокрема право на визнання їх правосуб'єктності». Водночас, на доктринальному та на законодавчому рівні має бути визначено коло прав, свобод та обов'язків, якими може бути наділена фізична особа, що нелегально перебуває в Україні та межі їх реалізації. Теоретичною основою для роботи в цьому напрямку може стати Міжнародна конвенція про захист прав всіх трудящих-мігрантів та членів їх сімей 1990 р.⁵ (набула чинності у 2003 р.; Україна не є учасницею), оскільки вона є «найбільш всеохоплюючим міжнародним договором по захисту як законних, так і незаконних трудящих-мігрантів»⁶. Зокрема, їх правовий статус визначається Частиною III цієї Конвенції. «Частина III Конвенції (ст. 8–35) надає досить широке коло прав усім трудящим-мігрантам та членам їх сімей, незалежно від міграційного статусу»⁷. Зокрема, нею передбачається: охорона законом права на життя; заборона рабства, невільництва, тортур, жорстокого, нелюдського та такого, що принижує їх достоїнство поводження чи покарання, а також свавільного і незаконного втручання в особисте і сімейне життя; свобода думки, совісті та релігії; заборона свавільного позбавлення власності; право на свободу та особисту недоторканість тощо.

При визначенні кола прав, свобод та обов'язків нелегальних мігрантів необхідно спиратися на чітке визначення цієї катего-

рії іноземних фізичних осіб. Таке визначення пропонується Законом України «Про правовий статус», згідно якого нелегальним мігрантом є «іноземець або особа без громадянства, які перетнули державний кордон поза пунктами пропуску або в пунктах пропуску, але з уникненням прикордонного контролю і невідкладно не звернулися із заявою про надання статусу біженця чи отримання притулку в Україні, а також іноземець або особа без громадянства, які законно прибули в Україну, але після закінчення визначеного їм терміну перебування втратили підстави для подальшого перебування та ухиляються від виїзду з України» (п. 14, ч. 1 ст. 1)⁸. На наш погляд, в даному визначенні випущена одна з умов, наявність якої також може призвести до того, що в Україну потрапить нелегальний мігрант. Мова йде про перетин іноземною фізичною особою державного кордону за фальшивими документами.

Варто додати, що поняття «нелегальний мігрант» широко не включене в законодавство України, оскільки його доволі ефективно заміняє поняття «іноземець чи особа без громадянства, який порушив законодавство України про права іноземців та осіб без громадянства», а також ряд інших подібних понять, що формулюються через вказівку на адміністративне правопорушення чи адміністративне покарання в міграційній сфері. Разом з цим, на наш погляд, поняття «нелегальний мігрант» варто вдосконалювати та використовувати саме при розробці законодавчого регулювання їх прав, свобод та обов'язків. Одночасно, поруч з поняттям «нелегальний мігрант» варто розробляти поняття «нелегальної міграції» та «діяльності по переправленню нелегальних мігрантів», що допоможе в підготовці цілеспрямованих та ефективних заходів із боротьби з цим негативним соціальним явищем, а також сприятиме його розмежуванню із таким подібним до нього протиправним діянням, як «торгівля людьми». Спільні та відмінні риси «торгівлі людьми» з «нелегальною міграцією» та «нелегальним переправленням мігрантів», добре показані у підручнику «Міграційне право України», в результаті чого зроблено висновок, що «нелегальне переправлення мігрантів можна вважати значно

ширшим явищем, ніж торгівля людьми за своїми масштабами та характером бізнесу. Прибуток у ньому надходить від плати за перевезення. З іншого боку, торгівля людьми характеризується особливо прихованою формою організованої злочинності, оскільки прибуток отримується як від плати за переправлення через кордон, так і від подальшої експлуатації живого товару»⁹.

Разом з цим слід підкреслити, що при розмежуванні «діяльності із переправлення нелегальних мігрантів» та «торгівлі людьми» слід враховувати Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. (Україна є учасницею) та Протоколи до неї, особливо, Протокол проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітря, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 2000 і Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 2000 р. (Україна бере участь в усіх цих міжнародно-правових актах). «Значення Протоколу про незаконне ввезення мігрантів (за станом на 5 січня 2010 року ратифіковано 122 державами) полягає в тому, що це перший юридично обов'язковий глобальний документ, який містить узгоджене визначення такого діяння, як незаконне ввезення мігрантів, і перелік його відмінності від торгівлі людьми. Це визначення є основою для встановлення в національному законодавстві гармонізованих складів злочинів, а також для надання підтримки та міжнародного співробітництва у проведенні розслідувань та судового переслідування»¹⁰.

Додатково слід підкреслити, що непоодинокими є випадки, коли прогалин в законодавстві України могу призвести до виникнення підстав для визнання особи нелегальним мігрантом. Наприклад, Закон України «Про правовий статус» встановлює, що посвідка на тимчасове проживання видається у десятиденний строк (при цьому не зазначено чи мова йде про робочі дні, чи про календарні!) з дня отримання заяви про її оформлення або продовження строку дії посвідки (ст. 5-3),

однак Закон «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» від 20 листопада 2012 р.¹¹, встановлюючи граничну вартість адміністративної послуги за оформлення та обмін посвідки на тимчасове проживання, дає можливість її сплатити протягом 15 робочих днів з дня прийняття документів, що може вплинути на збільшення строку видачі цих документів з 10 до 15 днів.

Однак, якщо вищезазвану проблему можна виправити шляхом внесення змін у відповідне законодавство України, то з нелегальною міграцією, яка вчиняється фізичною особою свідомо та із супутніми їй іншими правопорушенням та злочинами слід боротися за допомогою комплексних заходів, що вживатимуться, передусім правоохоронними органами. В основу сучасної системи механізмів протидії нелегальній міграції має бути покладена Стратегія державної міграційної політики України на період до 2025 року, яка орієнтована як на подолання нелегальної міграції в Україну, так і з України¹². Ця Стратегія формує цілі у сфері запобігання нелегальній міграції і заходи по їх реалізації, а саме: ефективно використовувати систему видачі віз та можливості консульських установ для управління міграцією; здійснювати прикордонний контроль осіб, адаптований до змінних міграційних потоків та можливостей інтегрованого управління кордонами; посилити контроль за дотриманням міграційного законодавства всередині держави; забезпечити повагу до людської гідності осіб, що повертаються, заохочуючи їх до добровільного повернення; забезпечити іноземцям та особам без громадянства, які звернулися до відповідного органу міграційної служби із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, можливість розгляду їх заяв про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, за допомогою ефективної і справедливої процедури; забезпечити належну інфраструктуру та створити умови для проживання осіб, які звернулися із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, а також осіб, яких визнано

біженцями або особами, які потребують додаткового захисту; забезпечити інтеграцію біженців та осіб, які потребують додаткового захисту, в українське суспільство, а також задоволення інтеграційних потреб осіб, які звернулися із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту. Новою ціллю, передбаченою Стратегією і ще мало реалізованою в законодавстві України є запровадження належного механізму та програми регуляризації нелегальних мігрантів, тобто оголошення міграційної амністії та отримання нелегальними мігрантами, що перебувають в Україні, легального статусу. На думку законодавця, насамперед необхідно здійснити легалізацію нелегальних мігрантів, чиє видворення було тимчасово припинено або неможливе, які проживають в Україні протягом тривалого часу, працюють, мають родини і, як наслідок, певною мірою інтегровані де-факто в українське суспільство; не вчинили будь-яких серйозних порушень закону, не представляють жодної загрози для національної безпеки та громадського порядку. Однак, на наш погляд, перед втіленням даного заходу до законодавства України, варто було б вивчити досвід зарубіжних країн в сфері регуляризації та ретельно розробити умови її здійснення, наприклад, запровадити виплату нелегальним мігрантом певного штрафу чи адміністративного збору при легалізації його правового статусу.

Отже, в Україні є не визначеним коло прав, яким повинен бути наділений нелегальний мігрант. Незважаючи на те, що Конституція України поширює на кожного цілий комплекс прав людини, їх не можна розглядати як такі, що безумовно повинні належати і нелегальним мігрантам. Наприклад, перебуваючи в Україні незаконно, вони не повинні розраховувати на отримання права на зайняття підприємницькою діяльністю, хоча воно, відповідно до Конституції України надається кожному. У свою чергу, нелегальний мігрант повинен володіти мінімальним обсягом прав людини, а саме: правом на життя, правом на повагу до гідності, правом на свободу та особисту недоторканність.

Здійснена в Україні спроба законодавчого (в ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без грома-

дьянства»), визначення кола прав нелегальних мігрантів є недостатньо вдалою і тому ч. 2 ст. 3 цього Закону має бути доопрацьована. Разом з цим, при визначенні кола прав нелегальних мігрантів, окрім доктринальних розробок українських та зарубіжних представників науки міжнародного права, слід взяти до уваги також положення Міжнародної конвенції про захист прав всіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей 1990 р., яка містить найбільш повний каталог прав як легальних, так і нелегальних трудящих-мігрантів. Окрім цього, потребує внесення доповнень до визначення поняття «нелегальний мігрант», яке дається згаданим Законом, а також до деяких інших положень міграційного законодавства України.

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. 254к/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>. 2. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 22 вересня 2011 № 3773-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>. 3. Педько Ю. С. Юрисдикція // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Укр. енцикл.». Т. 6: Т-Я. 2004. С. 490. 4. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015. 5. Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей от 18 декабря 1990 г. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_203. 6. Рабочий документ Двенадцатого Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию «Меры предупреждения преступности и уголовного правосудия в борьбе с насилием в отношении мигрантов, рабочих-мигрантов и их семей» от 5 февраля 2010 г. С. 5. URL: https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_11/V1050770r.pdf. 7. *The International Convention on Migrant Workers and its Committee — Fact Sheet No. 24 (Rev.1) — United Nations, New York and Geneva, 2005.* P. 5. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24rev.1en.pdf>. 8. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства: Закон України від 22 вересня 2011 № 3773-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>. 9. Міграційне право України: підручник / С. М. Гусаров, А. Т. Комзюк, О. Ю. Салманова та ін.; за заг. ред. С. М. Гумарова. Харків: Дім реклами, 2016. С. 188. 10. Рабочий документ Двенадцатого Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и уголовному правосудию «Меры предупреждения преступности и уголов-

ного правосуддя в боротьбі з насиллям в отношении мигрантів, робочих-мигрантів і їх сімей» от 5 февраля 2010 г. С. 5. URL: https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_11/V1050770g.pdf. **11.** Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус: Закон України від 20 листопада 2012 № 5492-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5492-17>. **12.** Стратегія державної міграційної політики України на період до 2025 року, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 12 липня 2017 р. № 482-р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/482-2017-p>.

Savchuk Kostiantyn. The problems of legislative regulation of human rights in the field of migration

The article focuses on the fact that in Ukraine there is absolutely no definition of the range of rights that an illegal migrant should be endowed with. Despite the fact that the Constitution of Ukraine extends to everyone a whole range of rights, they can not be considered as such, which, of course, must belong to illegal migrants. For example, being in Ukraine illegally, they should not expect to receive the right to engage in entrepreneurial activities, although it is, according to the Constitution of Ukraine, provided to everyone. In turn, an illegal migrant must have a minimum of human rights, namely, the right to life, the right to dignity, the right to liberty and security of person. In determining the scope of the rights of illegal migrants, one should also take into account the provisions of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families of 1990, which contains the most complete catalog of the rights of both legal and illegal migrant workers. At the same time, the article notes that in Ukraine an attempt was made to legislatively determine the scope of the rights of illegal migrants in part 2 of Art. 3 of the Law of Ukraine «On the legal status of foreigners and stateless persons», but the wording of this article requires changes. In our opinion, it should be formulated in this way: «Aliens and stateless persons who illegally reside on the territory of Ukraine have basic human rights and freedoms, in particular the right to recognition of their legal personality». Also requires the introduction of changes and definition of the concept of «illegal migrant», which is given by this Law. At the same time, the article notes that the concept of «illegal migrant» is not integrated into the legislation of Ukraine, where it was successfully replaced by the term «alien or stateless person who violated the legislation of Ukraine on the rights of foreigners and stateless persons», as well as a number of other similar concepts, formulated through an indication of an administrative offense or administrative punishment in the migration sphere. The term «illegal

migrant», in our view, should be improved and used precisely in the development of legislative regulation of the rights, freedoms and obligations of this category of individuals, as well as to distinguish «the activity of smuggling illegal migrants» with such an unlawful act as «trafficking people». In addition, the article shows some conflicts of migration legislation in Ukraine, which can also lead to the appearance of an illegal person in a physical person.

Keywords: illegal migrant, human rights, migration law of Ukraine.

УДК 341.1

I. М. ПРОЦЕНКО

ПЕРСПЕКТИВИ ЗМІНИ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В УМОВАХ ПРОВЕДЕННЯ ОПЕРАЦІЇ ООН З ПІДТРИМАННЯ МИРУ НА ДОНБАСІ*

Проаналізовано міжнародно-правове регулювання питань оподаткування місій ООН з підтримання миру та безпеки та її членів, зокрема випадки звільнення їх від такого оподаткування. Розроблені рекомендації щодо зміни податкового законодавства України у разі проведення такої операції в Україні з метою врегулювання територіального конфлікту на Донбасі. Зокрема, ці зміни будуть стосуватися податку на прибуток підприємства, податку на майно, рентної плати за користування радіочасотним ресурсом України, податок на додану вартість, податку на майно, податку на доходи фізичних осіб.

Ключові слова: місія ООН з підтримання миру і безпеки, податки, податкові пільги, податкове право України, право міжнародної безпеки.

© ПРОЦЕНКО Ірина Миколаївна — кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

* Стаття підготовлена в рамках цільової теми «Політико-правові засади миротворчої операції на Донбасі: світовий досвід і Україна» наукового проекту «Інтеграція Донбасу і Криму в політико-правовий і соціокультурний простір України: історичний досвід, сучасні виклики, перспективи»