



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

Distr.: General
25 July 2023
Russian
Original: English

**Рабочая группа по незаконному ввозу
мигрантов**

Вена, 5 и 6 октября 2023 года

Пункт 2 предварительной повестки дня*

**Определение того, кто подлежит уголовной
ответственности за незаконный ввоз мигрантов, — кого
считать лицом, занимающимся незаконным ввозом
мигрантов**

**Определение того, кто подлежит уголовной
ответственности за незаконный ввоз мигрантов, — кого
считать лицом, занимающимся незаконным ввозом
мигрантов**

Справочный документ, подготовленный Секретариатом

I. Введение

1. Настоящий справочный документ был подготовлен Секретариатом в целях содействия обсуждениям в рамках Рабочей группы по незаконному ввозу мигрантов на ее десятом совещании. В нем излагается ряд вопросов, которые Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в ходе своей работы. В нем также представлены справочная информация и предложения относительно практических мер, которые могли бы способствовать определению того, кто подлежит уголовной ответственности за незаконный ввоз мигрантов в соответствии с положениями Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и дополняющего ее Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху. В документе приводятся примеры передового опыта, собранные на основе недавних судебных решений и текущей практики, что позволяет устранить пробелы и «серые зоны» в используемых в настоящее время подходах к привлечению к уголовной ответственности за совершение данного преступления и дает пищу для размышлений о том, как повысить эффективность привлечения виновных к уголовной ответственности.

II. Вопросы для обсуждения

2. В рамках подготовки к обсуждению в Рабочей группе делегации, возможно, пожелают рассмотреть ответы своих государств на следующие вопросы:

* [СТОС/COP/WG.7/2023/1](#).



- a) Что известно о том, как организованы и какие услуги предоставляют группы, занимающиеся незаконным ввозом мигрантов?
- b) Кто является субъектами незаконного ввоза мигрантов и каковы их функции?
- c) Придается ли на практике какое-то значение вопросу соразмерности обвинения той роли, которую играет тот или иной субъект в процессе незаконного ввоза мигрантов?
- d) Какие действия, связанные с совершением преступления, заключающегося в незаконном ввозе мигрантов (элемент *actus reus*), являются уголовно наказуемыми согласно национальному законодательству и как это влияет на то, кто привлекается к уголовной ответственности за незаконный ввоз мигрантов?
- e) Как преступный умысел (элемент *mens rea*) в составе преступления, заключающегося в незаконном ввозе мигрантов, отражен в национальном законодательстве и толкуется на практике?
- i) Считается ли, согласно национальным законам и правилам, что единственной целью незаконного ввоза мигрантов является нарушение правил въезда на территорию государства и его иммиграционных правил, или же обязательным элементом состава этого преступления является также стремление к получению финансовой или иной материальной выгоды (согласно Протоколу о незаконном ввозе мигрантов)?
- ii) Как каждый из этих подходов влияет на то, кто будет привлечен к уголовной ответственности за незаконный ввоз мигрантов?
- f) Рассматриваются ли законодательные положения о незаконном ввозе мигрантов как инструмент уголовного правосудия или скорее как инструмент управления миграцией на практике? Как это влияет на подход к привлечению к ответственности предполагаемых преступников в соответствии с положениями о незаконном ввозе мигрантов?
- g) Какие последствия мог бы иметь более тонкий и нюансированный подход к привлечению к ответственности за преступление, заключающееся в незаконном ввозе мигрантов?
- h) Каким образом в контексте незаконного ввоза мигрантов можно добиться того, чтобы привлечение виновных к уголовной ответственности было прежде всего нацелено не на поимку рядовых исполнителей, а на ликвидацию организованных преступных групп в результате проведения расследований и осуществления уголовного преследования? Почему это важно?
- i) В какой степени учитываются на практике соображения, касающиеся международного права прав человека, при принятии решения о привлечении к ответственности того или иного лица в соответствии с положениями о незаконном ввозе мигрантов и каковы основные соображения в этой связи?
- j) Какие имеются примеры успешной практики, касающейся осуществления положений о непривлечении к ответственности незаконно ввезенных мигрантов в силу того, что они стали объектом незаконного ввоза?

III. Обзор проблем и рекомендации по их решению

A. Справочная информация

3. Борьба с незаконным ввозом мигрантов — один из глобальных приоритетов, обретающих все большую актуальность. Наряду с тем, что в процессе перевозки незаконно ввозимые мигранты подвергаются насилию и жестокому обращению, а некоторые даже погибают, о чем широко сообщается в СМИ, на этом наживаются преступные сообщества и отдельные злоумышленники. В 2016 году

по 30 маршрутам незаконного провоза мигрантов во всем мире было переправлено около 2,5 млн человек, а общий доход перевозчиков составил 5,5–7 млрд долл. США¹.

4. Что касается незаконного ввоза мигрантов по средиземноморским маршрутам, то созданный Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности (УНП ООН) Наблюдательный центр по проблеме незаконного ввоза мигрантов пришел к выводу, что число случаев незаконного ввоза мигрантов выше, чем считалось ранее². Наблюдательный центр также установил, что на некоторых маршрутах мелкие дельцы и небольшие группы вытесняются более сложно организованными и опытными синдикатами, занимающимися незаконным ввозом мигрантов³.

5. Спрос на услуги незаконного ввоза мигрантов обусловлен наличием мощной мотивации к миграции в сочетании с отсутствием возможностей для легальной миграции законным путем и сложностями, которые вызывает миграция без посторонней помощи. Препятствия для осуществления прав на свободное передвижение, коррупция и соображения безопасности также способствуют росту спроса на услуги незаконного ввоза мигрантов в некоторых регионах⁴.

6. В статье 3 Протокола о незаконном ввозе мигрантов незаконный ввоз мигрантов определяется как обеспечение, с целью получения какой-либо финансовой или иной материальной выгоды, незаконного въезда любого лица в какое-либо государство. Кроме того, в статье 6 Протокола указываются следующие смежные составы преступлений: мошенничество, связанное с подделкой документов в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов, когда оно совершается с целью получить финансовую или иную материальную выгоду, и предоставление, с целью получить финансовую или иную материальную выгоду, любому лицу возможности находиться в каком-либо государстве. В пункте 3 статьи 6 Протокола обстоятельства, отягчающие преступления, заключающиеся в незаконном ввозе мигрантов, определяются как обстоятельства, которые ставят или могут поставить под угрозу жизнь или безопасность соответствующих мигрантов или связаны с бесчеловечным или унижающим достоинство обращением с такими мигрантами, в том числе в целях эксплуатации. Цель Протокола, как она изложена в его статье 2, 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.

7. На сегодняшний день участниками Протокола о незаконном ввозе мигрантов является 151 государство⁵, что свидетельствует о практически всеобщей приверженности делу борьбы с этим преступлением. Государства-участники применяют различные подходы к переносу положений Протокола во внутреннее законодательство. Если некоторые из них закрепили в законодательстве подход, практически идентичный принятому в Протоколе, то другие следуют ему лишь частично, не включая элемент финансовой или иной материальной выгоды в состав уголовного преступления. В то же время они, возможно, относят его к отягчающим обстоятельствам, усиливающим строгость наказания по основному составу преступления; примерами отягчающих обстоятельств, закрепленных в некоторых национальных законодательствах, служат совершение основного преступления в составе преступной организации или создание угрозы жизни

¹ *Global Study on Smuggling of Migrants 2018* (United Nations publication, Sales No. E.18.IV.9).

² United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) Observatory on Smuggling of Migrants, “Incidence of migrant smuggling on Central Mediterranean Route in 2021 is twice what was thought”, Update No. 1 (March 2022).

³ United Nations Network on Migration, “Mapping the landscape of smuggling of migrants: an overview of key concepts, trends, challenges and areas of action”, policy brief (June 2023).

⁴ UNODC Observatory on Smuggling of Migrants, “Migrant smuggling from Nigeria: key findings”, www.unodc.org/res/som; УНП ООН, Сборник методических пособий по борьбе с незаконным ввозом мигрантов, Нью-Йорк, 2011 год.

⁵ Там же.

незаконно ввозимых мигрантов⁶. В некоторых случаях положение о непривлечении к ответственности субъектов, оказывающих гуманитарную помощь, полностью исключено из внутреннего законодательства или же включено отдельно в качестве дискреционной нормы⁷.

8. Для того чтобы можно было дать точную количественную оценку проблемы незаконного ввоза мигрантов и принять меры к ее решению, необходимо добиться на практике некоторого единообразия в определении того, кто является лицом, совершившим преступление, заключающееся в незаконном ввозе мигрантов.

В. Что представляет собой предприятие, занимающееся незаконным ввозом мигрантов (организация, участники, услуги и методы работы)?

9. Круг субъектов, занимающихся незаконным ввозом мигрантов, весьма широк и включает как связанных или слабо связанных между собой одиночек, скромно зарабатывающих на небольшом контрабандном рынке, например, ограниченном их собственной общиной, и действующих только в определенных районах, так и крупные организации со сложной структурой, получающие значительную прибыль от преступлений, связанных с незаконным ввозом мигрантов. Это могут быть штатные специалисты преступных организаций или лица, занимающиеся незаконным ввозом мигрантов время от времени⁸.

10. В зависимости от вида группы или организации в одной операции по незаконному ввозу мигрантов участвуют различные субъекты (как кратко описано в тематическом документе УНП ООН по введению в проблему незаконного ввоза мигрантов)⁹. Как показали более поздние исследования, проведенные в Азиатско-Тихоокеанском регионе¹⁰, а также в Западной и Северной Африке¹¹, роли этих субъектов, описанные ниже, не изменились:

а) координаторы/организаторы несут общую ответственность за проведение операции по незаконному ввозу мигрантов. Крупный синдикат может возглавляться координатором/организатором, который контролирует весь процесс незаконного ввоза мигрантов, включая наем или привлечение сторонних исполнителей, выбор маршрутов, а также, опираясь на свои многочисленные контакты, координацию перевозки и размещения мигрантов. Вся операция по незаконному ввозу мигрантов может быть организована одним или несколькими действующими сообща координаторами. Как правило, собрать доказательства против координаторов/организаторов непросто;

б) вербовщики распространяют информацию об услугах по незаконному ввозу мигрантов среди потенциальных клиентов. Им также может поручаться взимание платы. Вербовщики могут работать с несколькими перевозчиками, и в большинстве случаев они проживают в стране происхождения или транзита, хорошо знают родной язык мигрантов, а иногда даже лично знакомы с ними;

в) перевозчики/проводники являются практическими исполнителями операции по незаконному ввозу мигрантов, направляя и сопровождая их по пути следования в одной или нескольких странах и через границы. Мигранты могут

⁶ UNODC, *The Concept of "Financial and Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, issue paper (Vienna, 2017).

⁷ Javier Escobar Veas, "Smuggling of migrants is and should be established as an autonomous offence", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 27, No. 3 (July 2019).

⁸ *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, p. 43.

⁹ UNODC, "Issue paper: a short introduction to migrant smuggling" (2010).

¹⁰ *Migrant Smuggling in Asia and the Pacific: Current Trends and Challenges*, vol. 2 (Bangkok, 2018).

¹¹ Mixed Migration Centre, "The many roles of migrant smugglers and movement facilitators" (July 2021).

передаваться от одного перевозчика/проводника другому. Перевозчиков, как правило, завербовать легко, и в случае их поимки их выбытие из сети не имеет серьезных последствий для операции по незаконному ввозу мигрантов в целом. Они не всегда входят в более широкую сеть злоумышленников, занимающихся незаконным ввозом мигрантов, и могут оказывать услуги на разовой основе (например, на автовокзалах, речных или морских переправах, мостах или границах);

d) информаторы, водители, посыльные и надсмотрщики выполняют специальные задания в процессе незаконного ввоза мигрантов. Например, информаторы предоставляют сведения о конкретных контрольных постах правоохранительных органов или едут впереди транспортного средства, в котором перемещаются незаконно ввозимые мигранты, чтобы подать сигнал в случае обнаружения выставленных постов. Надсмотрщики обеспечивают охрану и порядок в ходе операции, например, не позволяя незаконно ввозимым мигрантам шуметь и передвигаться, иногда с применением угроз и насилия;

e) другие лица, предоставляющие специальные услуги или товары, могут входить в долю, имея налаженные отношения со злоумышленниками, занимающимися незаконным ввозом мигрантов. Часто они сотрудничают сразу с несколькими группами/сетями, занимающимися незаконным ввозом мигрантов, чтобы максимально увеличить свои прибыли. К ним относятся судовладельцы или судостроители, продажные государственные служащие, например подкупленные сотрудники пограничной охраны, военнослужащие, сотрудники иммиграционной службы, посольств и консульств, которые могут закрывать глаза на происходящее или иным образом способствовать процессу незаконного ввоза мигрантов, владельцы или постояльцы/жильцы гостиниц, домов или квартир, которые особенно полезны в случае перемещения больших групп незаконно ввозимых мигрантов, проводники поездов, таксисты, турагенты, сотрудники авиакомпаний, работники авторемонтных мастерских и автозаправок, финансисты/кассиры/банковские работники, ответственные за перевод денежных средств, полученных от незаконно ввозимых мигрантов, лицам, осуществляющим их ввоз. При этом следует отметить, что некоторые лица могут не знать, что пособничают незаконному ввозу мигрантов, другие же могут осознавать свою косвенную роль в этом процессе.

11. Бизнес-модель операции по незаконному ввозу мигрантов зависит от потребностей и средств потенциальных мигрантов, а также от степени сложности пересечения границ, которая обуславливается географическими факторами, временем года и правоприменительной практикой в странах транзита и назначения¹². К числу распространенных бизнес-моделей относятся следующие¹³:

a) комплексный пакет — модель, которая обычно используется для перемещения мигрантов в удаленные пункты назначения в кратчайшие сроки. Эту модель применяют хорошо организованные преступные группы, которые пользуются доверием и имеют репутацию организации с эффективной сетью контактов, позволяющей обеспечить пересечение различных границ, подкуп должностных лиц и благополучное прибытие на место. Весь процесс перемещения из страны происхождения до пункта назначения, включая все транспортные перевозки и пересечения границы, хорошо организован с самого начала;

b) модель «центров самообслуживания», которая представляет собой ряд общеизвестных контрабандистских точек, расположенных вблизи пунктов отправления или транзита, и там мигрантам предлагают все услуги, необходимые для продолжения путешествия. Мигранты добираются до этих центров самостоятельно, или их доставляют туда местные контрабандисты;

c) модель географической монополии подразумевает, что контрабандисты контролируют территорию определенного географического района, где

¹² *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*.

¹³ *Ibid.*

проходит контрабандный маршрут или где расположены пункты отправления или прибытия в рамках этого маршрута, либо приграничных районов. Контроль выражается либо в том, что данные лица обладают знаниями местных условий, позволяющими им содействовать проведению операции по незаконному ввозу мигрантов, либо в том, что они имеют возможность разрешать или ограничивать передвижение людей в данном районе. В рамках этой модели контрабандисты могут быть объединены в профессиональную группу, к которой тяготеет свободная, подвижная сеть пособников. Они также могут предоставлять мигрантам транспорт и организовывать пересечение границы;

d) модель турагентства, при которой транспортные и сопутствующие услуги мигрантам предлагает подвижная сеть контрабандистов, включающая окказиональных контрабандистов-одиночек, которые связаны между собой неформально и взаимодействуют друг с другом на гибкой основе. В подобную сеть могут входить водители такси, автобусов и грузовиков, работающие под руководством главного контрабандиста, занимающегося организацией перевозки людей из страны происхождения в страну назначения;

e) модель «с пересадками» на контрабандном маршруте, которая используется в тех случаях, когда маршрут незаконного ввоза состоит из множества этапов, причем для преодоления некоторых из них требуются услуги контрабандистов, а для других — нет, поэтому мигранты пользуются услугами контрабандистов по мере необходимости и в зависимости от своих финансовых возможностей;

f) оппортунистическая модель, подразумевающая участие отдельных лиц или гибких цепочек контрабандистов, которые, стремясь при okazji нажиться на незаконном ввозе мигрантов в дополнение к своим другим источникам дохода, занимаются этим видом деятельности на случайной, временной и разовой основе. Иногда они оказывают и другие услуги, например, предоставляют мигрантам жилье или помогают им устроиться на работу;

g) модель «с этапа на этап» складывается в ситуации, когда маршрут состоит из соединенных этапов и между этапами мигранты перемещаются различными способами. Одни контрабандисты передают мигрантов другим контрабандистам, которые организуют следующий этап путешествия. При необходимости контрабандисты могут организовать временное жилье, чтобы дождаться подходящих условий для преодоления следующего этапа. При такой модели деятельность по незаконному ввозу мигрантов может быть небольшой по размаху, представляя собой побочный, спорадический источник доходов для ее организаторов, а контрабандисты, вероятно, будут слабо связаны между собой.

С. Признание деяния в качестве уголовно наказуемого и привлечение виновных к уголовной ответственности согласно положениям о незаконном ввозе мигрантов

Анализ применимой международно-правовой базы

12. 15 ноября 2000 года в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов впервые было дано согласованное на международном уровне и юридически обязательное определение преступления, заключающегося в незаконном ввозе мигрантов. В статье 3 Протокола это преступление 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. Это положение является основным ориентиром для государств-участников при определении во внутреннем законодательстве состава преступления, связанного с незаконным ввозом мигрантов. Оно включает два основных элемента: противоправное действие (*actus reus*) по обеспечению незаконного въезда и

преступный умысел (*mens rea*), направленный на получение финансовой или иной материальной выгоды.

13. Статьей 6 государствам-участникам предписывается признавать в качестве уголовно наказуемых следующие деяния, когда они совершаются с целью получить финансовую или иную материальную выгоду: а) незаконный ввоз мигрантов; б) изготовление поддельных документов на въезд/выезд и удостоверений личности, когда оно совершается в целях создания условий для незаконного ввоза мигрантов; в) предоставление возможности находиться в каком-либо государстве любому лицу, не удовлетворяющему необходимым законным требованиям для пребывания в этом государстве; г) покушение на совершение такого преступления, участие в качестве сообщника в его совершении и организацию других лиц или руководство ими с целью совершения такого преступления. В качестве обстоятельств, отягчающих эти преступления, признаются обстоятельства, которые ставят под угрозу жизнь и безопасность мигрантов и связаны с жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство обращением с такими мигрантами.

14. Ученые с сожалением отмечают неконкретный и чрезмерно широкий характер международного определения незаконного ввоза мигрантов, которое потенциально охватывает широкий спектр действий по способствованию миграции¹⁴. Это осложняет на практике криминологическое понимание преступлений, связанных с незаконным ввозом мигрантов, поскольку множество субъектов, различающихся между собой структурой, мотивами и своей значимостью в исполнении преступления, могут совершать действия, которые подпадают под данное определение.

Противоправное действие (actus reus)

15. Если говорить, например, о противоправном действии (*actus reus*) в определении незаконного ввоза мигрантов, сформулированном в Протоколе, то здесь конкретно оговорено только «обеспечение... незаконного въезда». Юридического определения «обеспечения» Протокол не дает. Этот пробел отмечен в *Типовом законе УНП ООН о борьбе с незаконным ввозом мигрантов*, в тексте которого с целью разъяснить понятие «обеспечивать» приводится его словарное определение¹⁵.

16. Когда велись переговоры о Протоколе, в представлении одной из стран, переданном в Специальный комитет по разработке конвенции против трансграничной организованной преступности, содержался перечень действий, которые предлагалось включить в определение понятия «обеспечение», например: изготовление и сбыт документов на въезд и пребывание; планирование, контроль или финансирование перевозки и транспортировки; содействие незаконному въезду или пребыванию; участие в коррупции в целях пособничества в совершении этих действий¹⁶. Это было бы схоже с подходом, принятым в статье 3 Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, в которой определение элемента действия в составе преступления включает вербовку, перевозку, передачу, укрывательство и получение людей. Однако эти предложения не нашли отражения в окончательном тексте Протокола.

¹⁴ Abdelnaser Aljehani, "The legal definition of the smuggling of migrants in light of the provisions of the migrant smuggling protocol", *Journal of Criminal Law*, vol. 79, No. 2 (April 2015), pp. 122–137.

¹⁵ В *Типовом законе УНП ООН о борьбе с незаконным ввозом мигрантов* (2010 год) предлагается использовать следующее определение: «"Обеспечивать" ("procure") означает добиваться чего-то или достигать результата с помощью усилий». Предложенная формулировка основана на словарном определении данного слова в английском языке.

¹⁶ [A/AC.254/5/Add.27](#).

17. Если речь идет об определении того, кто является лицом, совершившим преступление, заключающееся в незаконном ввозе мигрантов, ученые¹⁷ различают следующие подходы к элементу *actus reus*: а) узкий подход, согласно которому *actus reus* включает только действия, связанные с пересечением границы и совершаемые на последних этапах процесса незаконного ввоза мигрантов, и не включает приготовление к преступлению или пособничество в его совершении, и б) широкий подход, включающий действия, составляющие приготовление к преступлению и пособничество в его совершении. Сторонники узкого подхода утверждают, что он лучше согласуется с положениями Протокола, так как если бы намерение разработчиков Протокола состояло в его применении к действиям, составляющим приготовление и пособничество, то преступления, способствующие незаконному ввозу мигрантов, такие как подделка документов, предоставление возможности находиться в государстве и участие в качестве сообщника в совершении преступления, заключающегося в незаконном ввозе мигрантов, не были бы криминализованы отдельно от основного преступления в статье 6 Протокола. Сторонники более широкого подхода, напротив, утверждают, что для достижения конечной цели Протокола и эффективного противодействия преступлению, заключающемуся в незаконном ввозе мигрантов, необходимо рассматривать всю совокупность действий, которые привели к совершению преступления, — действий различных субъектов, выполняющих разные функции, но преследующих одну и ту же цель.

18. Оба подхода имеют сильные и слабые стороны¹⁸ с точки зрения принятия решения о привлечении к уголовной ответственности. Узкий подход, пожалуй, является более четким и упрощает процесс определения того, кого считать лицом, совершившим преступление, заключающееся в незаконном ввозе мигрантов. Однако он также может закрепить существующую практику сосредоточения уголовно-правовых мер по борьбе с незаконным ввозом мигрантов на более заметных, публичных участниках той или иной операции по незаконному ввозу мигрантов, которые, возможно, не являются важнейшими действующими лицами. В центре внимания следователей и прокуроров оказываются фигуранты, легко заменимые и почти не влияющие на жизнеспособность организованной преступности, стоящей за незаконным ввозом мигрантов, такие как водители, проводники, информаторы и надсмотрщики (включая мигрантов и беженцев, завербованных или под давлением привлеченных для выполнения этих функций), поскольку именно их легче всего задержать при пересечении границы. Более значимые члены организованных преступных групп, координирующие и направляющие процесс совершения преступления и получающие немалые прибыли, редко подвергаются уголовному преследованию, что противоречит цели Протокола¹⁹. Более широкий подход является более комплексным и соответствует духу Конвенции об организованной преступности и Протокола, поскольку позволяет привлечь к ответственности тех, кто является участником цепочки поставок, способствующих незаконному ввозу мигрантов (например, владельцы судов и других транспортных средств), создает незаконные финансовые потоки, связанные с этим преступлением (например, финансовые учреждения), а также участвует в подкупе и пособничестве контрабандистам (например, государственные должностные лица). Кроме того, облегчается расследование деятельности игроков более высокого уровня, поскольку такой подход подразумевает рассмотрение действий, совершенных на протяжении всего процесса незаконного ввоза мигрантов, начиная со страны происхождения и стран транзита и кончая пунктом назначения. При применении этого подхода необходимо минимизировать риск чрезмерного усиления мер безопасности в области миграции, так как это может блокировать доступ защищенных групп мигрантов, например

¹⁷ Aljehani, “The legal definition of the smuggling of migrants”; и Escobar Veas, “Smuggling of migrants is and should be established as an autonomous offence”, pp. 226–241.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ См. также: United Nations Network on Migration, “Mapping the landscape of smuggling of migrants” (сноска 3).

беженцев, к международной защите. Чрезмерное усиление мер безопасности также чревато злоупотреблениями и нарушениями прав беженцев и мигрантов.

Преступный умысел (mens rea)

19. Согласно Протоколу, преступным умыслом (*mens rea*) при незаконном ввозе мигрантов является «получение, прямо или косвенно, какой-либо финансовой или иной материальной выгоды». Таким образом, чтобы считаться лицом, совершившим преступление, заключающееся в незаконном ввозе мигрантов, помимо обеспечения незаконного въезда, данное лицо должно преследовать субъективную цель получения наживы или иной материальной выгоды.

20. «Финансовая или иная материальная выгода» — это еще один термин, определение которого отсутствует в Протоколе. Неполное указание на то, какое поведение это может подразумевать, содержится в примечаниях для толкования²⁰ статьи 2 Конвенции об организованной преступности, где отмечено, что его следует понимать широко, как включающее, например, совершение преступления по мотивам сексуального характера, таким как получение материалов детской порнографии и торговля такими материалами.

21. В *Типовом законе УНП ООН о борьбе с незаконным ввозом мигрантов*²¹ предлагается понимать под термином «финансовая или иная материальная выгода» любой вид финансового или нефинансового стимула, платежа, взятки, вознаграждения, преимущества, привилегии или услуги (включая сексуальные или иные услуги). Если материальная выгода выражается в получении сексуальных услуг, то может возникнуть вопрос о выборе между обвинением в незаконном ввозе мигрантов и обвинением в торговле людьми, поскольку вымогательство секса в качестве платы за услуги по незаконному ввозу может быть сопряжено с неким злоупотреблением уязвимым положением мигрантов.

22. Имеет значение также приведенное в статье 2 (а) Конвенции об организованной преступности определение организованной преступной группы, в котором указывается на финансовую или иную материальную выгоду. В этой статье «организованная преступная группа» описывается как структурно оформленная группа в составе трех или более лиц, существующая в течение определенного периода времени и действующая согласованно с целью совершения одного или нескольких серьезных преступлений или преступлений, признанных таковыми в соответствии с настоящей Конвенцией, с тем чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду.

23. В контексте незаконного ввоза мигрантов следует иметь в виду особую важность определения организованной преступной группы, поскольку, как отмечалось выше, имеется множество субъектов, которые при строго легалистическом толковании определения преступления, заключающегося в незаконном ввозе мигрантов, могут быть отнесены к лицам, занимающимся незаконным ввозом мигрантов. Однако некоторые контрабандисты действуют ситуативно, занимаясь ввозом мигрантов от случая к случаю или в одиночку, а не в составе организованной преступной группы. Поэтому в таких делах требуется нюансированный подход при решении вопроса о соразмерности пункта обвинения характеру деяния.

24. Кроме того, в примечаниях для толкования²² статьи 6 Протокола о незаконном ввозе мигрантов подчеркивается, что понятие финансовой или иной материальной выгоды было введено для того, чтобы обеспечить криминализацию деятельности только организованных преступных групп, преследующих

²⁰ *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).

²¹ *Типовой закон УНП ООН о борьбе с незаконным ввозом мигрантов* (2010 год).

²² Там же, с. 496.

корыстные цели, но не лиц, оказывающих поддержку мигрантам по гуманитарным соображениям (например, в рамках неправительственных или религиозных организаций) или на основе тесных семейных связей.

25. В свете прав человека формируется также новый дискурс²³ о том, что на практике требуется гораздо более подробное исследование элемента *mens rea*, поскольку на самом деле субъектов, участвующих в незаконном ввозе мигрантов, существует бесконечное множество и не так просто распределить их на две непересекающиеся группы: тех, кто действует из гуманитарных побуждений, и тех, кто стремится к получению экономической выгоды. Лица, участвующие в незаконном ввозе мигрантов, могут быть одновременно движимы как гуманностью и состраданием, так и корыстью²⁴. Сторонники этой идеи выступают за проведение различия между профессиональными контрабандистами и людьми, способствующими миграции.

D. Успешный опыт и уроки, вынесенные из уголовной судебной практики по делам о незаконном ввозе мигрантов

26. В последних исследованиях, посвященных незаконному ввозу мигрантов, все чаще отмечается тревожная тенденция: большинство «контрабандистов», которым в итоге предъявляются обвинения, на практике оказываются рядовыми исполнителями. Например, в отношении незаконного ввоза мигрантов в Испанию морским путем по северо-западному африканскому маршруту Наблюдательный центр УНП ООН по проблеме незаконного ввоза мигрантов²⁵ установил, что расследование и судебное преследование в связи с незаконным ввозом мигрантов возбуждаются прежде всего против лиц, управлявших судном; только в 2021 году на этом маршруте было зафиксировано 150 задержаний таких лиц. Часто это были беженцы или мигранты, которые управляли судном в обмен на то, чтобы самим перебраться в пункт назначения бесплатно или по сниженной цене. Кроме того, часто эти лица находятся в уязвимом положении и потенциально являются жертвами торговли людьми в целях принуждения к совершению преступлений²⁶.

27. Однако, несмотря на эти сохраняющиеся сложности, имеются судебные прецеденты, в которых предпринята попытка разобраться в нюансах, связанных с предполагаемым участием мигрантов и беженцев в процессе незаконного ввоза. Например, в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии суды начали критически рассматривать вопрос о привлечении к уголовной ответственности просителей убежища и мигрантов, управлявших небольшими лодками, в контексте незаконного провоза мигрантов через Ла-Манш. Впервые этот подход был применен в деле *R v. Kakaei*²⁷ в 2021 году, а затем снова в деле *R v. Bani*²⁸, в котором суд отменил три из четырех обвинительных приговоров просителям убежища, которые обвинялись в пособничестве незаконной

²³ Alberto Aziani, “The heterogeneity of human smugglers: a reflection on the use of concepts in studies on the smuggling of migrants”, *Trends in Organized Crime*, vol. 26, No. 1 (March 2023), pp. 80–106.

²⁴ Например, в деле № 138-2017-03 из Сальвадора каменщик познакомился с домашней работницей в доме, где они оба работали. Между ними завязались приятельские отношения, и они жаловались друг другу на непростое экономическое положение, в котором оба оказались. Эти разговоры привели к тому, что каменщик предложил домработнице за вознаграждение нелегально вывезти ее в Соединенные Штаты Америки, чтобы она могла зарабатывать столько, сколько она никогда не смогла бы заработать в Сальвадоре. В данном случае в поведении участника незаконного ввоза мигрантов прослеживались и альтруистические, и корыстные мотивы.

²⁵ UNODC Observatory on Smuggling of Migrants, “Northwest African (Atlantic) route: key findings”, <https://www.unodc.org/res/som/index.html>.

²⁶ Ibid.

²⁷ Упомянуто в деле *R v. Bani* [2021] EWCA Crim 1958 (УНП ООН, база данных по прецедентному праву ШЕРЛОК), <https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>.

²⁸ Дело *R v. Bani* [2021] EWCA Crim 1958.

иммиграции, так как они управляли надувными лодками, перевозившими мигрантов из Франции в Соединенное Королевство. Во всех этих делах при вынесении оправдательных приговоров Апелляционный суд уделил особое внимание элементу *mens rea* в составе преступления. Очевидно, что конечная цель обвиняемых заключалась не в том, чтобы осуществить незаконный ввоз мигрантов, а в том, чтобы сдать в руки пограничных служб Соединенного Королевства и попросить убежища.

28. Осуществление уголовно-правовых мер противодействия незаконному ввозу мигрантов должно гарантировать, что во имя борьбы с организованной преступностью просители убежища и мигранты не будут лишены возможности пользоваться своими правами человека, защищаемыми на международном уровне.

29. Вместе с тем, когда речь шла о реальной организованной преступной группе, суды Соединенного Королевства придерживались совершенно иного подхода. Так, дело *R v. Nica, Hughes and Others*²⁹ касалось гибели 39 мигрантов из Вьетнама (включая несовершеннолетних) в ходе незаконной перевозки через Ла-Манш в герметичном контейнере при 38–40-градусной жаре. Рассматривалась сложно организованная сеть незаконного ввоза мигрантов, действовавшая на международном уровне. Масштабное расследование проводилось совместно правоохранительными органами Соединенного Королевства, Бельгии, Ирландии и Франции при поддержке Агентства Европейского союза по сотрудничеству в области уголовного правосудия и Агентства Европейского союза по сотрудничеству правоохранительных органов. Следствию удалось установить личности различных членов синдиката, которые впоследствии были привлечены к уголовной ответственности, соразмерной их роли в этом деле. Например, организаторам, возглавлявшим операцию по незаконному ввозу мигрантов, и лицам, контролировавшим цепочку поставок, которые способствовали ее осуществлению, таким как владелец компании-перевозчика, предоставившей трейлеры и водителей для перевозки мигрантов, было предъявлено самое серьезное обвинение — в непредумышленном убийстве. Остальным подсудимым были предъявлены обвинения по статьям о пособничестве незаконной миграции, при этом пристальное внимание уделялось соразмерности наказания в зависимости от их роли и последствий их действий. Так, обвиняемый, в чьи обязанности входила вербовка и оплата водителей, сбор мигрантов и передача крупных денежных сумм главному соучастнику в Лондоне, был приговорен к 27 годам лишения свободы. В то же время водители, перевозившие мигрантов от мест высадки к секретному месту сбора или к месту разгрузки контейнера, были приговорены к лишению свободы сроком от трех до четырех с половиной лет. В рамках данного уголовного преследования было успешно проведено всестороннее рассмотрение операции по незаконному ввозу мигрантов во всей ее сложности и изощренности и эффективно наказаны те, кто действительно хорошо наживался, подвергая мигрантов смертельной опасности. Удалось выявить главных виновников преступления и их пособников и ликвидировать организацию, обезглавив ее.

30. Похожее дело рассматривалось в Центральной Америке, в Коста-Рике: 57 выходцев из Демократической Республики Конго пытались контрабандным путем попасть из Коста-Рики через Никарагуа, минуя иммиграционный контроль, в Гондурас³⁰. Первый обвиняемый подошел к ним в приграничной зоне, рассказал о своем опыте организации подобных незаконных перевозок мигрантов и предложил им свои услуги за вознаграждение в размере 600 долл. США. Он направил мигрантов ко второму обвиняемому, сыну администратора одной из гостиниц, где их разместили на несколько часов, никак не регистрируя их пребывание в гостинице. После этого, согласно плану, другие члены организации должны были провести группу мигрантов через горы к границе с Никарагуа,

²⁹ УНП ООН, база данных по прецедентному праву ШЕРЛОК, дело *R v. Nica, Hughes and Others*, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, 2019 год.

³⁰ УНП ООН, база данных по прецедентному праву ШЕРЛОК, дело № 16-001420-0396-PE, Коста-Рика, 2019 год.

минуя иммиграционный контроль. После того как мигранты заплатили вперед за кров и переправку, их отвели в горную местность, где им велели спрятаться и ждать проводника, который отведет их в Никарагуа. Однако после двухчасового ожидания проводник так и не появился, и мигранты, опасаясь нападения диких животных, вернулись в гостиницу. Их появление в гостинице привлекло внимание полицейских, и правоохранительные органы возбудили расследование. Первому подсудимому было предъявлено обвинение в контрабанде людей при отягчающих обстоятельствах. Ему вменялось участие в деятельности организованной преступной группы, занимавшейся незаконным ввозом мигрантов из Коста-Рики в Никарагуа и вербовкой мигрантов в приграничном с Панамой районе. Второму подсудимому также было предъявлено обвинение в контрабанде людей при отягчающих обстоятельствах в связи с его ролью в организованной преступной группе, заключавшейся в приеме мигрантов в гостинице и содержании их там до момента их переправки в Никарагуа другими членами организации. В связи с осложнениями доказательственного и юрисдикционного свойства дело было передано на новое рассмотрение. Производство по делу не было оперативно завершено, однако подход прокуратуры к рассмотрению противоправных действий в совокупности как составляющих единый инцидент незаконного ввоза мигрантов организованной преступной группой соответствовал духу Протокола. Кроме того, с подходом, принятым в Протоколе, согласовывалось и то, что уголовное преследование было возбуждено, несмотря на незаконность преступления, поскольку имелось четкое указание на преступный умысел.

31. Имели место и случаи использования положительной судебной практики для разрешения ситуаций, в которых субъекты, оказывающие гуманитарную помощь, обвинялись в незаконном ввозе мигрантов. Например, во Франции³¹ гражданин Франции, член гуманитарной ассоциации, занимающейся оказанием бесплатной помощи мигрантам, был обвинен в содействии нерегулярной миграции путем перевозки четырех выходцев из Ливии и Мали на железнодорожный вокзал во Франции в автомобиле, принадлежащем его матери. При этом во Франции действует законодательное положение, предусматривающее освобождение от уголовной ответственности за оказание помощи, носящей исключительно гуманитарный характер. Суд низшей инстанции счел, что в действиях обвиняемого отсутствовал элемент спонтанности, необходимый для применения положения об освобождении от ответственности, ввиду его принадлежности к активистской группе, сознательно и систематически поддерживающей нерегулярную миграцию. Кассационный суд не согласился с мнением нижестоящего суда о том, что для применения исключения по гуманитарным соображениям требуется наличие элемента спонтанности в действиях обвиняемого, и отменил обвинительный приговор. Это согласуется с вышеупомянутой выраженной в Протоколе позицией, согласно которой положения о незаконном ввозе мигрантов не предназначены для признания противозаконными действий субъектов, помогающих мигрантам исключительно по гуманитарным мотивам.

32. Подобный случай имел место в Канаде, где в деле *R v. Appulonapa*³² Верховный суд постановил, что положение статьи 117(1) Закона об иммиграции и защите беженцев, определяющее транснациональное преступление «организации, поощрения, пособничества или подстрекательства» в отношении въезда в Канаду лиц, не имеющих действительных документов, противоречит Конституции, если оно толкуется как разрешающее уголовное преследование за: а) оказание гуманитарной помощи недокументированным въезжающим лицам; б) взаимопомощь, оказываемую друг другу лицами, ищущими убежища; и с) помощь, оказываемую родственникам, въезжающим без необходимых документов. Суд подчеркнул, что цель данного положения заключается в преследовании за незаконный ввоз мигрантов в контексте организованной преступности и любое,

³¹ УНП ООН, база данных по прецедентному праву ШЕРЛОК, дело № 33 (19-81.561), Франция, 2020 год.

³² УНП ООН, база данных по прецедентному праву ШЕРЛОК, дело *R. v. Appulonapa*, Канада, 2009 год.

носящее карательный характер уголовное преследование лиц, не связанных с организованной преступностью, противоречит цели, которую ставил перед собой парламент и которая состоит в выполнении международных обязательств Канады.

Освобождение от ответственности незаконно ввозимых мигрантов

33. Протокол о незаконном ввозе мигрантов в первую очередь касается уголовно-правового противодействия незаконному ввозу мигрантов, однако в заявлении о его целях (статья 2) также упоминается защита прав незаконно ввезенных мигрантов. В этой связи следует отметить положения статьи 16, гарантирующей основную защиту права на жизнь и права не подвергаться пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения, и статьи 19, содержащей исключительное положение, которое гарантирует защиту других прав согласно международному праву, в том числе беженскому праву.

34. Статья 5 Протокола также играет важнейшую роль в обеспечении защиты прав человека незаконно ввезенных мигрантов. Она защищает мигрантов от уголовного преследования за то, что они стали объектом деяний, перечисленных в статье 6 Протокола (например, незаконный ввоз мигрантов, преступления, связанные с подделкой документов, и предоставление возможности для пребывания мигрантов).

35. В *Руководствах УНП ООН для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и протоколов к ней*³³ отмечается, что статья 5 Протокола гарантирует, что ничто в Протоколе не может быть истолковано как требующее криминализации мигрантов или деяний, которые могут совершать мигранты, в отличие от членов организованных преступных групп. Однако Протокол не предоставляет общего иммунитета незаконно ввезенным мигрантам. В пункте 4 статьи 6 говорится, что незаконно ввезенные мигранты все же могут быть привлечены к ответственности за деяния, являющиеся уголовно наказуемыми по внутреннему законодательству государства.

36. Ученые³⁴ отмечают, что при осуществлении положений статьи 5 и пункта 4 статьи 6 особенно важно помнить о соблюдении принципа добросовестности в праве международных договоров. Он основывается на статье 26 Венской конвенции о праве международных договоров, гласящей, что «каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться». Этот принцип особо отмечен Международным Судом, который подчеркнул, что преимущественное значение имеют цель договора и намерения, которыми стороны руководствовались при его заключении, а не его буквальное применение³⁵. В связи с этим в свете статьи 5 меры, которые имеют такое же неблагоприятное воздействие, как и криминализация незаконно ввезенных мигрантов, например некоторые виды карательных мер, связанных с административным задержанием³⁶, или привлечение репатриантов к уголовной ответственности, могут нарушить принцип добросовестности, так как целью статьи 5 является защита незаконно ввозимых мигрантов.

³³ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.2, часть третья, пункт 50.

³⁴ Andreas Schloenhardt and Hadley Hickson, “Non-criminalization of smuggled migrants: rights, obligations, and Australian practice under article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, No. 1 (March 2013), pp. 39–64.

³⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, judgment, *I.C.J. Reports*, p. 7, para. 142.

³⁶ Schloenhardt and Hickson, “Non-criminalization of smuggled migrants”.

IV. Выводы

37. Определение того, кто подлежит уголовной ответственности за незаконный ввоз мигрантов, — непростая задача. Широко толкуемое определение этого преступления, если не рассматривать его с точки зрения прав человека, может привести к закреплению моделей вопиюще несправедливого отношения к уязвимым группам, находящимся под защитой в других областях международного права. Концентрируя внимание на денежных потоках, порождаемых незаконным ввозом мигрантов, и на организованных преступных группах, извлекающих выгоду из этого преступления, следственные и прокурорские органы могут найти такие решения и подходы, которые в конечном итоге позволят достичь целей, сформулированных в Протоколе о незаконном ввозе мигрантов.
