

УДК 342.7

DOI <https://doi.org/10.32782/ln.2023.21.14>

Крут К.О.

*к.ю.н., старший викладач кафедри
правоохоронної діяльності та поліціїстики
факультету № 6
Харківський національний університет
внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0002-3027-4198*

НЕЛЕГАЛЬНА МІГРАЦІЯ ТА НЕЛЕГАЛЬНИЙ МІГРАНТ: ЗНИЖЕННЯ АКТУАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОГО ДОЗВОЛУ (МІЖНАРОДНИЙ АСПЕКТ)

Нелегальна міграція – це тема, яка зараз займає центральне місце на порядку денному на світовому просторі свободи, безпеки та правосуддя розвинутих та розвиваючих країн, так і у науковому просторі. Це питання, в якому дискусія на інституційному рівні зосереджена на боротьбі з нелегальною міграцією та її запобіганні. Негласне припущення полягає в тому, що немає суттєвих труднощів у визначенні того, хто є нелегальний мігрант в контексті нелегальної міграції.

Відповідно до ЗУ «Про статус іноземців та осіб без громадянства» нелегальним (незаконним) мігрантом визнається іноземець, який у будь-який спосіб (поза пунктами пропуску або в пунктах пропуску через державний кордон, але з уникненням прикордонного контролю) незаконно перетнув державний кордон, а також іноземець, який законно прибув в Україну, але після закінчення визначеного терміну перебування втратив підстави для подальшого перебування та ухиляється від виїзду з України, або який самовільно змінив свій правовий статус під час перебування в Україні [1]. Таке визначення нелегального мігранта притаманне і міжнародному законодавству, тому хочемо зупинитись саме на ньому, оскільки існують певні особливості.

Міжнародні вчені розглядають нелегальних мігрантів, як найрізноманітнішу категорію людей, які мають лише одну спільну рису, що держава їх місцезнаходження, відмовляє або оспорує їхнє право на перебування.

Склад цієї групи такий же різноманітний, як і мігранти загалом. Термін поширюється на працівників-мігрантів без необхідного дозволу на працю, шукачів притулку, яким було відмовлено в проханні про захист, літню матір, яка прострочила візу через хворобу, особу, яка подорожує за фальшивим паспортом з наміром вчинити злочин, або іноземний студент, який не подав заяву на продовження свого дозволу на проживання. Усі вони визначені як незаконні. Деякі можуть навіть не підозрювати про наявність такого статусу. Понад 200 000 осіб жили роками в Німеччині на основі документа під назвою Duldung. Німецька влада пояснює, що цей документ не є посвідкою на проживання. Статус цих мігрантів десь середній між легальним і нелегальним.

Нелегальний мігрант, як поняття охоплює декілька різновидів. Зазначимо три: – іноземець, який таємно прибуває на територію держави; – іноземець, який перебуває понад дозволений термін в'їзду та проживання; – іноземець, який працює, коли йому це не дозволено, або у спосіб, що не відповідає його міграційному статусу. В міжнародному розумінні ці категорії є неявними, а не прямо зазначеними в законі.

Національне законодавство держав-членів ЄС лише рідко містить будь-яке визначення незаконного в'їзду іноземця його незаконного перебування. Натомість визначення охоплюють, хто є законним, залишаючи «решту»

як потенційно незаконну. Менш зрозумілим є те, що означає бути нелегальним мігрантом з точки зору закону. Якщо особа чітко не підпадає під одне з національних визначень легального в'їзду, проживання та роботи, він чи вона потрапляє в сірий простір без необхідних сертифікатів. «Нелегальна» особа залишається під юрисдикцією держави у значенні статті 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та у значенні конституційних положень держав-членів. Так, наприклад, якщо особа вчинила правопорушення, вона може бути притягнута до відповідальності лише згідно з кримінальним або адміністративним законодавством. Навіть якщо правопорушення є міграційним правопорушенням, оскільки несанкціоноване проживання є порушенням у деяких державах-членах (зокрема, у Великій Британії, де це правопорушення триває), особа не може бути покарана без втручання кримінальних судів. Крім того, якщо особа працює без дозволу, або роботодавець вчинив кримінальне правопорушення по відношенню до особи, а також якщо особа постраждала від нещасного випадку на виробництві, відповідальність роботодавця залишається такою ж, як і для громадянина держави. Зовсім інше питання – чи зможе особа забезпечити виконання такої відповідальності, оскільки повідомлення про свою присутність у державі (що буде необхідним для подання позову) призведе до відповідальності за видворення як особи, яка перебуває незаконно.

Парадигма контролю за рухом населення має тенденцію бути вузькою, спрощеною, неефективною та часто недоречною. Це відбувається не лише через імпульси глобалізації та транснаціональні процеси поза державним контролем, які призвели до того, що Сассен назвав «провалом імміграційного примусу» [2]. Це також пов'язано з тим, що політика обмеження міграційних потоків і правоохоронна діяльність не враховує багатогранний, непомітний і вирішальний вплив усіх форм міграції на внутрішні структури влади, конституційні принципи та внутрішню динаміку суспільства.

Імміграційна політика все ще ґрунтується на припущенні, що люди за своєю природою ведуть осілий спосіб життя, і як наслідок повинні бути «викорінені» з місць їх проживання за допомогою комбінації факторів в певних регіонах. Але це припущення невірне. Люди не схильні до ризику, тому, що вони за своєю суттю малорухливі [3]. Серйозні ризики, на які готові піти незареєстровані мігранти, щоб бути непоміченими в'їхати до обраної ними країни призначення, підтверджують це. Крім того, хоча держави зацікавлені в тому, щоб представити свою політику як раціональну та легітимну реакцію на тиск імміграційних потоків, не можна забувати про те, що певні категорії міграції по суті є державницькими конструкціями. Категорія нелегальної міграції є гарним прикладом, оскільки нелегальна міграція за визначенням є побічним продуктом законів, прийнятих з метою контролю за міграцією і потреб ринку праці.

Помилка нелегальної міграції, як побічного продукту полягає в тому, що, якщо не учасники приймають рефлексивний підхід, результат часто стає причиною власної причини [4]. Ця помилка є очевидною в політичних дискусіях та в науковій літературі на цю тему, оскільки нелегальну міграцію часто розглядають як зовнішню та об'єктивну проблему, з якою стикається держава, а не як діяльність правоохоронних органів та ринку праці [5]. Як наслідок, увага зміщується від рефлексивної оцінки існуючої політики імміграційного контролю до посилення «державного» імміграційного контролю шляхом посилення зовнішнього прикордонного контролю та внутрішнього спостереження. Цікаво, що навіть твердження, які підкреслюють «штучний» характер нелегальної міграції, неявно визнають, що держави мають законний інтерес запобігати або зменшувати нелегальні міграційні потоки та депортовувати «нелегальних іммігрантів». Сказавши це, правда, що Каслс і Девідсон висловили застереження щодо останнього твердження, оскільки «нелегальна міграція часто мовчазно дозволяється або навіть заохочується» (урядами та роботодавцями) лише тому, що нелегали позбавлені прав і їх легко експлуатувати [6].

Існує припущення, що підвищений рівень нелегальної міграції можна в основному пояснити обмеженнями, накладеними на регулярну міграцію, інші вважають, що обмежувальні заходи мають певний ефект у зменшенні «небажаної» міграції [7]. Незважаючи на ці застереження, суть справи полягає в тому, що зацікавленість держави в обмеженні та запобіганні нелегальної міграції в літературі сприймається як належне. Це може бути пов'язано з тим, що мігранти без документів розглядаються як порушники правового порядку держави. З точки зору держави, вони є порушниками імміграційного законодавства; нелегальні мігранти – це іноземці, які не мають права тут перебувати», оскільки вони не мають необхідних дозволів щодо в'їзду, проживання та працевлаштування або вони перестають виконувати умови, які держави висунули щодо їхнього в'їзду, проживання та працевлаштування. У цьому відношенні «нелегальні» мігранти, які перетинають кордон, або законно прибули, але прострочили свої в'їзні документи (візи) або працюють без дозволу, або члени сімей трудових мігрантів, яким заборонено легально в'їхати через обмеження щодо возз'єднання родин, і шукачі притулку, які отримали дозвіл на в'їзд є «нелегальними». Відсутність державного дозволу чи згоди ставить їх у сферу незаконності, тим самим роблячи їхню присутність нелегітимною. Відповідно до законодавства Великобританії, «нелегальний мігрант» — це особа, яка: а) незаконно в'їжджає або намагається в'їхати всупереч наказу про депортацію чи імміграційне законодавство, або б) в'їжджає або намагається в'їхати за допомогою засобів, що включають обман іншою особою, і включає особу, яка в'їхала, як зазначено в пункті (а) або (б). Зрештою, давно встановленою аксіомою міжнародного права є те, що «прийом іноземців є питанням розсуду, і кожна держава в силу свого територіального верховенства має право виключати іноземців з усієї або будь-якої частини її території [8].

Закони, органи влади та їхня політика створюють нелегальних мігрантів серед інших, ускладнюючи отримання посвідки на

проживання. У Нідерландах наявність цієї категорії стала проблемою лише після того, як заборона найму в 1973 році ускладнила отримання робочими-мігрантами з середземноморських країн дозволу на проживання та роботу. Типовим прикладом цієї творчої сили є пропозиція Франції, яка обговорювалася Радою міністрів ЄС з жовтня 2002 року: кожен громадянин третьої країни, в паспорт який не було поставлено штамп на зовнішньому кордоні Шенгену, повинен вважатися таким, що перебуває в Шенгенській зоні нелегально [9]. Мета пропозиції полягає в тому, щоб громадяни третіх країн, які можуть в'їжджати без візи, не могли перебувати довше, ніж три місяці, дозволені відповідно до Шенгенської угоди про імплементацію 1990 року, оскільки незрозуміло, коли ці три місяці насправді почалися. Якщо пропозицію буде прийнято, перебування багатьох громадян третіх країн буде автоматично визнано незаконним ще до закінчення трьох місяців, які вони мають право на подорожі в Шенгенській зоні відповідно до інкорпорованих шенгенських правил. Нідерландська громадська організація, яка активно захищає права нелегальних мігрантів, назвала себе «Niemand is illegaal» («Ніхто не є незаконним»). Цей ярлик підкреслює, що особа не є нелегалом, але її або її статус проживання може бути неясним або відсутнім. Французькі політики та науковці висловлюють те саме, використовуючи термін «sans papiers». Більшість «осіб без документів» мають місце у світі, де вони можуть жити на законних підставах. Людей дискваліфікують, називаючи їх незаконними. Інші позначки також підкреслюють тимчасовий характер статусу. Більшість осіб, які визнані нелегалами, потрапили на територію законним шляхом за паспортом і, якщо необхідно, візою. Вони з тих чи інших причин прострочили візу або втратили право на проживання. Проживання більшості нелегальних мігрантів раніше було законним і колись знову стане законним через індивідуальну чи колективну регулярність або через те, що вони переїжджають (більш-менш добровільно) до місця, де їм дозволено перебування.

Що стосується статусу «нелегального мігранта» як об'єкта, якому надані права людини, то по-перше, міграційний контроль є важливим аспектом європейських держав, але інші цінності повинні бути вагомішими і, отже, мають переважати над інтересами міграційного контролю. Наприклад, у Бельгії та Нідерландах мали відбутися смертельні випадки, перш ніж міграційній політиці держави стало зрозуміло, що удушення або серйозне пошкодження мозку є надто високою ціною для повного виконання правил видворення. Без прав людини не було б обмежень для дій органів державної влади. По-друге, особи, визначені як «нелегальні мігранти», за законом можуть мати право на проживання в країні. Якщо особу можна вислати з суспільства (до таборів для ув'язнених чи до іншої країни), на практиці вони можуть не мати змоги вимагати захисту цих прав і бути доведеним, що вони мають право на дозвіл на проживання. Habeas

corpus і правова допомога є важливими особливостями для нелегальних мігрантів.

Висновки. Отже, підводячи підсумок, ми можемо визначити категорії осіб, які мають статус нелегального мігранта та розділити їх на декілька різновидів. Зазначимо такі: іноземець, який таємно прибуває на територію держави; іноземець, який перебуває понад дозволений термін в'їзду та проживання; іноземець, який працює, коли йому це не дозволено, або у спосіб, що не відповідає його міграційному статусу. Відсутність державного дозволу чи згоди ставить їх у сферу незаконності, тим самим роблячи їхню присутність нелегітимною. Це означає, що європейські держави самі обирають та створюють обмеження щодо цих категорій осіб. Нелегальна міграція є гарним прикладом, оскільки нелегальна міграція за визначенням є побічним продуктом законів, прийнятих з метою контролю за міграцією і потреб ринку праці.

Анотація

У даній статті мова йде про нелегального мігранта, визначення його правового статусу і законних прав, як головного «учасника» нелегальної міграції у міжнародному контексті. Оскільки кожна держава визначає для себе межі та особливості правового статусу нелегального мігранта, ми розглянули якими правами наділений нелегальний мігрант, та на які різновиди поділяється з огляду на практику міжнародного законодавства. Держава та законодавство європейських країн рідко визначають нелегальну міграцію. Натомість ми бачимо, що нелегальна міграція часто є залишковою категорією осіб, які не підпадають під визначення законної або легальної міграції. Насправді нелегальна міграція стає майже абстрактною ідеєю, викладеною в політичних заявах і заходах, ніж у послідовній правовій базі. Більш того, ми можемо дійти такого припущення, що держави самі зацікавлені в тому, щоб представити свою політику, як раціональну та легітимну реакцію на тиск міграційних потоків, тому, що певні категорії міграції по суті є державницькими конструкціями. Категорія нелегальної міграції є гарним прикладом, оскільки нелегальна міграція за визначенням є побічним продуктом законів, прийнятих з метою контролю за міграцією і потреб ринку праці. Відсутність державного дозволу чи згоди ставить їх у сферу незаконності, тим самим роблячи їхню присутність нелегітимною. Це означає, що європейські держави самі обирають та створюють обмеження щодо цих категорій осіб. Нелегальна міграція є гарним прикладом, оскільки нелегальна міграція за визначенням є побічним продуктом законів, прийнятих з метою контролю за міграцією і потреб ринку праці. Як влучно зазначили Каслс і Девідсон висловивши застереження щодо твердження, що «нелегальна міграція часто мовчазно дозволяється або навіть заохочується» (урядами та роботодавцями) лише тому, що нелегальні мігранти позбавлені прав і їх легко експлуатувати. Вищевикладена стаття як раз описала ті права, якими наділена особа, яка має статус нелегального мігранта.

Ключові слова: нелегальна міграція, нелегальний мігрант, державна політика

Krut K.O. Illegal migration and the illegal migrant: decreasing relevance of the state permit (international aspect)

Summary

This article is about the illegal migrant, the determination of his legal status and legal rights, as the main «participant» of illegal migration in the international context. Since each state defines for itself the limits and peculiarities of the legal status of an illegal migrant, we considered what rights an illegal migrant is entitled to and what types they are divided into based on the practice of international law. The state and legislation of European countries rarely define illegal migration. Instead, we see that illegal migration is often a residual category of persons who do not fall under the definition of legal or legal migration. In reality, illegal migration is becoming more of an abstract idea, couched in policy statements and measures than in a coherent legal framework. Moreover, we can come to the assumption that the states themselves are interested in presenting their policies as a rational and legitimate response to the pressure of migration flows, because certain categories of migration are essentially state constructions. The category of illegal migration is a good example, as illegal migration is by definition a by-product of laws enacted to control migration and labor market needs. The absence of state authorization or consent places them in the realm of illegality, thereby rendering their presence illegitimate. This means that European states themselves choose and create restrictions on these categories of persons. Illegal migration is a good example, as illegal migration is by definition a by-product of laws enacted to control migration and labor market needs. As Castles and Davidson have aptly pointed out, cautioning against the claim that «illegal migration is often tacitly permitted or even encouraged» (by governments and employers) simply because illegal migrants are disenfranchised and easily exploited. The above article just described the rights that a person with the status of an illegal migrant is entitled to.

Key words: illegal migration, illegal migrant, state policy.

Список використаних джерел:

1. ЗУ «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» станом на 12.12.2023р. Верховна Рада України від 28.06.2023 № 3773-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3773-17#Text>
2. S. Sassen, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalisation* (New York: Columbia University Press, 1996). Cf. G. Freeman, “Modes of Immigration politics in liberal democratic states” (1995) 29 *International Migration Review* 881; E. Thielemann, “Does Policy Matter? On Governments’ Attempts to Control Migration”, Paper Presented to UACES Study Group on the Evolving European Migration Law and Policy, Manchester University, 11-12 April 2003
3. T. Faist, *The Volume and Dynamics of International Migration and Transnational Social Spaces* (Oxford: Oxford University Press, 2000) 19.
4. J. Elster, *Sour Grapes* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983) 43 *et seq.*
5. A. Geddes, *The Politics of Migration and Immigration in Europe* (London: Sage, 2003); M. Samers, “Invisible capitalism: political economy and the regulation of undocumented immigration in France” (2003) 32(4) *Economy and Society*, 555.
6. S. Castles and A. Davidson, *Citizenship and Migration* (London: Macmillan, 2000) 73.
7. Castles and Miller, above n. 5, at p. 103; A. Messina, “The not so silent revolution: Postwar Migration to Western Europe” (1996) 49(1) *World Politics*.
8. Oppenheim, *International Law* (8th edition, H. Lauterpacht, ed., 1955) para. 314, pp. 675-676. According to Vattel, states possess the sovereign power to refuse the entry.
9. Council Doc. 13645/02 (30 October 2002).