

**Совет по правам человека**

Двенадцатая сессия

Пункт 3 повестки дня

Поощрение и защита всех прав человека, гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие**Доклад Специального докладчика
по вопросу о правах человека мигрантов
Франсуа Крепо***Резюме*

Настоящий доклад представляется в соответствии с резолюцией 17/12 Совета по правам человека и является первым докладом, представляемым Совету по правам человека вновь назначенным Специальным докладчиком по вопросу о правах человека мигрантов Франсуа Крепо, приступившим к исполнению своих обязанностей 1 августа 2011 года. В докладе содержится краткое описание деятельности, осуществленной мандатарием с момента вступления в должность. Тематическая часть доклада посвящена вопросу задержания мигрантов, находящихся в стране незаконно. Первая часть тематического доклада посвящена международной и региональной правовой основе защиты прав человека, в том числе в отношении групп мигрантов, нуждающихся в особой защите, а вторая часть посвящена мерам, альтернативным задержанию. Доклад опирается на результаты деятельности предыдущих мандатариев, отраженные в их докладах по вопросу о правах человека мигрантов, лишенных свободы (E/CN.4/2003/85), и криминализации нелегальной миграции (A/HRC/7/12 и A/65/222).

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Деятельность Специального докладчика.....	1–4	3
А. Посещения стран.....	1–2	3
В. Переписка с государствами.....	3	3
С. Прочая деятельность.....	4	3
II. Задержание мигрантов, находящихся в стране незаконно.....	5–67	3
А. Международная и региональная основа защиты прав человека.....	5–47	3
В. Альтернативы административному задержанию мигрантов.....	48–67	15
III. Выводы и рекомендации.....	68–78	22

I. Деятельность Специального докладчика

A. Посещения стран

1. За отчетный период Специальный докладчик посетил одну страну, Албанию, поездку в которую он совершил 5–13 декабря 2011 года.
2. В 2012/13 году Специальный докладчик сосредоточит внимание на Европееко-Средиземноморском регионе, и в частности на вопросе управления внешними границами Европейского союза. В течение года он планирует посетить Грецию, Италию, Тунис и Турцию.

B. Переписка с государствами

3. С начала осуществления им своего мандата 1 августа 2011 года Специальный докладчик направил 12 сообщений. Он благодарит все правительства, которые ответили на его сообщения, за их содействие и напоминает правительствам, которые еще не сделали этого, о необходимости прислать ответы и осветить в них все моменты, затронутые в каждом сообщении.

C. Прочая деятельность

4. В течение отчетного периода Специальный докладчик принял участие в различных международных мероприятиях. 21 октября 2011 года он выступил с заявлением на Генеральной Ассамблее в Нью-Йорке. 8–10 ноября 2011 года он принял участие в работе Совещания экспертов по вопросу о беженцах и просителях убежища, терпящих бедствие на море, которое было организовано в Джибути Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ). С 29 ноября по 2 декабря 2011 года он принимал участие в работе Глобального форума по миграции и развитию в Женеве и приуроченных к нему сопутствующих мероприятиях. Он участвовал в работе десятого координационного Совещания по вопросу о международной миграции и развитии, проходившего в Нью-Йорке 9–10 февраля 2012 года. 22–23 марта 2012 года он принял участие в экспертной консультации по вопросу о защите прав человека на международных границах, организованной в Женеве Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека (УВКПЧ).

II. Задержание мигрантов, находящихся в стране незаконно

A. Международная и региональная основа защиты прав человека

1. Право на свободу и личную неприкосновенность

5. Всеобщая декларация прав человека гарантирует "каждому человеку", включая мигрантов, находящихся в стране незаконно, право на жизнь, свободу и личную неприкосновенность (статья 3) и предусматривает, что "никто" не может быть подвергнут произвольному аресту, задержанию или изгнанию (ста-

тя 9). Согласно пункту 1 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность, никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей и не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом. Комитет по правам человека, контролирующей осуществление Пакта, в своем замечании общего порядка № 8 (1982 года), касающемся права на свободу и личную неприкосновенность, заявил, что данное положение применяется ко всем случаям лишения свободы, включая иммиграционный контроль. В соответствии с Международной конвенцией о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей также защищается право на свободу и личную неприкосновенность и предусматривается, что все трудящиеся-мигранты, независимо от их статуса, не могут быть подвергнуты произвольному аресту или содержанию под стражей, индивидуально или коллективно, и не должны лишаться свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такими процедурами, какие установлены законом (пункты 1 и 4 статьи 16).

6. Сам факт нелегального пребывания какого-либо лица на территории того или иного государства не означает, что это лицо не находится под защитой международных правозащитных норм. В своем замечании общего порядка № 31 (2004 года), касающемся характера общего юридического обязательства, налагаемого на государства – участники Пакта, Комитет по правам человека заявил, что "возможность пользоваться предусмотренными в Пакте правами имеют не только граждане государств-участников, но и все лица, независимо от их гражданства или отсутствия такового, которые могут оказаться на территории или под юрисдикцией государства-участника, т.е. такие лица, как просители убежища, беженцы, трудящиеся-мигранты или иные категории лиц".

7. На региональном уровне право на свободу и личную неприкосновенность предусмотрено статьей 6 Африканской хартии прав человека и народов, статьей 7 Американской конвенции о правах человека, статьей 14 Арабской хартии прав человека и статьей 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

2. Исключительные основания для административного задержания мигрантов

8. Специальный докладчик обратил внимание на то, что в обоснование задержания мигрантов государства ссылаются на целый ряд причин, а некоторые государства рассматривают нелегальную миграцию в качестве проблемы национальной безопасности или уголовной проблемы и пренебрегают соответствующими правозащитными вопросами. Задержанию могут подвергнуться различные категории мигрантов, включая мигрантов, не имеющих документов или находящихся в стране незаконно, просителей убежища, ожидающих итогов рассмотрения их ходатайств о предоставлении убежища, и получивших отказ просителей убежища, ожидающих высылки. Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что нет эмпирических данных, которые бы однозначно подтверждали, что практика задержаний сдерживает незаконную миграцию или препятствует желанию людей искать убежище. Несмотря на то, что за последние 20 лет во многих странах мира проводится все более жесткая политика задержаний, число незаконных въездов не сократилось. Среди прочего, это может объясняться и тем, что мигранты, возможно, рассматривают задержание как неизбежный этап их пути.

9. Во избежание нарушения права на свободу и личную неприкосновенность и для защиты от произвола задержание мигрантов должно быть предусмотрено законом, необходимо, обоснованно и соразмерно преследуемым целям. В случае мигрантов действуют те же законные основания для задержания, как и для всех остальных, а именно: если существует опасность того, что лицо скроется от правосудия или привлечется к административной ответственности, или если лицо представляет опасность для собственной или общественной безопасности.

10. Задержание по соображениям безопасности представляет для мигрантов особую опасность, поскольку оно может быть чревато их продолжительным или даже бессрочным содержанием под стражей на неясных основаниях. Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что задержание в целях обеспечения безопасности может применяться только после оценки каждого конкретного дела, на максимально кратчайшие сроки и при условии соблюдения всех процессуальных гарантий.

11. В Международном пакте о гражданских и политических правах не приведен исчерпывающий перечень признанных оснований для задержания, что означает, что оценка должна проводиться на индивидуальной основе. В пункте 9.2 сообщения № 560/1993 Комитет по правам человека постановил, что "понятие "произвольный" не должно отождествляться с понятием "противозаконный", а должно истолковываться в более широком смысле слова, чтобы оно включало в себя такие элементы, как понятия "неуместный" и "несправедливый". Кроме того, предварительное содержание под стражей могло бы считаться произвольным, если этого не требуют обстоятельства дела, например задержание в целях предотвращения побега или воздействия на свидетелей: в этом контексте становится уместным элемент соразмерности".

12. В отличие от Пакта Европейская конвенция о защите прав человека содержит исчерпывающий перечень ситуаций, в которых допускается задержание. В пункте 1 f) статьи 5 говорится, что задержание мигрантов допустимо только в двух конкретных случаях: "законное задержание или заключение под стражу лица с целью предотвращения его незаконного въезда в страну или лица, против которого принимаются меры по его высылке или выдаче". В решение по делу *Василева против Дании* Европейский суд по правам человека указал, что приведенный в пункте 1 статьи 5 перечень исключений из права на свободу "носит исчерпывающий характер, и только ограниченное толкование этих принципов согласуется с целью статьи 5, а именно защитой лица от произвольного задержания".

3. Криминализация миграции

13. Специальный докладчик с обеспокоенностью отмечает, что в некоторых странах незаконный въезд и пребывание считаются уголовным преступлением. Он хотел бы особо подчеркнуть, что незаконный въезд и пребывание ни в коем случае не следует рассматривать в качестве уголовных преступлений: как таковые они не являются преступлениями против лиц, собственности или национальной безопасности. Важно подчеркнуть, что нелегальные мигранты сами по себе не являются преступниками и не должны рассматриваться в качестве таковых. По мнению Рабочей группы по произвольным задержаниям, "установление уголовной ответственности за незаконный въезд в страну выходит за рамки законного стремления государства контролировать и регулировать незаконную иммиграцию и приводит к неправомерным задержаниям" (A/HRC/7/4, статья 53).

14. В соответствии с Протоколом против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющим Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, государства-участники обязаны признать незаконный ввоз мигрантов в качестве уголовно наказуемого деяния. При этом уголовная ответственность не распространяется на самих незаконно ввозимых мигрантов. В Протоколе указывается, что мигранты не привлекаются к уголовной ответственности на основании Протокола в силу того обстоятельства, что они стали объектом незаконного ввоза.

4. Процессуальные гарантии в контексте административного задержания мигрантов

15. При заключении под стражу мигранты оказываются в особо уязвимом положении, поскольку они могут не знать языка, а следовательно не понимать, на каких основаниях они были задержаны, или не обладать информацией о способах оспорить законность их задержания. Специальный докладчик был уведомлен о том, что содержащимся под стражей мигрантам зачастую отказывают в элементарных процессуальных гарантиях, как то в незамедлительном доступе к адвокату, услугах устного/письменного переводчика, необходимой медицинской помощи, возможности связаться с семьей или консульскими представителями и механизмах оспаривания законности содержания под стражей. Специальный докладчик также отдает себе отчет в том, что даже при должном соблюдении всех процедур задержание все равно может считаться произвольным, если со стороны властей был допущен элемент недобросовестности¹.

16. В соответствии с пунктом 2 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста. Пункт 5 статьи 16 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей особо закрепляет то же право за трудящимися-мигрантами и членами их семей. Рабочая группа по произвольным задержаниям в своем сообщении № 5, касающемся положения иммигрантов и просителей убежища, указала, что информация о мере задержания должна доводиться до сведения просителя убежища в письменном виде на понимаемом им языке с указанием мотивов такой меры и подробным описанием процедур для обжалования решения в судебном органе.

17. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, любому лицу, подвергаемому задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, в момент ареста на понятном ему языке сообщается о его правах и способах воспользоваться этими правами. В Своде принципов также предусмотрено, что все задержанные лица имеют право на получение помощи переводчика и адвоката, если необходимо бесплатной, и на проведение незамедлительного медицинского обследования. Они также имеют право на связь с внешним миром, в частности с членами семьи и адвокатом.

18. Согласно пункту 4 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде с тем, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно. Комитет по правам человека в своем замечании общего порядка № 8 заявил, что это положение применяется ко всем случаям лишения сво-

¹ Европейский суд по правам человека, *Конка против Бельгии*, 5 февраля 2002 года.

боды, включая иммиграционный контроль. Пункт 8 статьи 16 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает те же гарантии в отношении лишенных свободы трудящихся-мигрантов и членов их семей, а также предусматривает право пользоваться помощью устного переводчика, при необходимости бесплатно, если они не понимают используемого языка или не говорят на нем. Такие гарантии важны не только в судах первой инстанции, но и на стадии обжалования.

19. На региональном уровне право на разбирательство в суде для установления законности задержания предусматривается статьей 7 Африканской хартии прав человека и народов, статьей 7 Американской конвенции о правах человека, статьей 14 Арабской хартии прав человека и пунктом 4 статьи 5 Европейской конвенции о защите прав человека. Специальный докладчик был уведомлен о ряде случаев, когда это право ущемлялось, в том числе из-за длительных сроков между датой помещения под стражу и датой первого пересмотра решения.

20. Задержанные мигранты имеют право связываться с властями своей страны или через консульские или дипломатические представительства. Согласно пункту 7 статьи 16 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, в случае задержания трудящегося-мигранта или члена его или ее семьи консульским или дипломатическим учреждениям государства его или ее происхождения или государства, представляющего интересы этого государства, если он или она просят об этом, немедленно сообщается о его или ее аресте или задержании и о причинах такового; и само затрагиваемое лицо имеет право связываться с упомянутыми учреждениями. В соответствии с пунктом 1 b) статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях компетентные органы государства пребывания, по просьбе задержанного, должны безотлагательно уведомлять консульское учреждение представляемого государства о том, что в пределах его консульского округа задержан какой-либо гражданин этого государства. Однако задержанных мигрантов необходимо информировать об их праве связываться с консульскими или дипломатическими учреждениями, чтобы они могли воспользоваться им. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, в случае задержания иностранца ему должно быть без промедления сообщено о его праве связаться с помощью надлежащих средств с консульством или дипломатическим представительством государства, гражданином которого оно является или которое иным образом правомочно получить такое сообщение. При этом Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что связываться с консульскими учреждениями следует только по просьбе самого задержанного мигранта. В частности, консульским учреждениям не следует сообщать о просителях убежища без их ведома и согласия.

5. Продолжительность административного задержания мигрантов

21. До сведения Специального докладчика была доведена информация о том, что нередки случаи длительного административного задержания мигрантов в некоторых случаях продолжительностью более года. Он хотел бы особо отметить, что продолжительность административного задержания мигрантов должна быть как можно более короткой, а решение о содержании лица под стражей должно периодически пересматриваться. Комитет по правам человека указал в сообщении № 560/1993, что "любое решение о содержании лица под стражей должно быть открыто для периодических пересмотров, позволяющих оценить основания, которыми оправдывалось задержание. В любом случае содержание под стражей не должно продолжаться дольше срока, который государство может надлежащим образом обосновать. Например, факт нелегального въезда в

страну может свидетельствовать о необходимости расследования, могут существовать и другие факторы, такие как вероятность побега или нежелание сотрудничать с властями, что может оправдывать задержание на определенный срок. При отсутствии таких факторов задержание может квалифицироваться как произвольное, даже если имел место незаконный въезд в страну".

22. Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что ни при каких обстоятельствах административное задержание мигрантов не должно быть бессрочным. Рабочая группа по произвольным задержаниям указала в своем сообщении № 5, что законом должен быть предусмотрен максимальный срок задержания, и задержание ни в коем случае не может быть бессрочным или чрезмерным по продолжительности. Рабочая группа считает лишение свободы произвольным в случаях, "когда просители убежища, иммигранты или беженцы подвергаются длительному административному задержанию без предоставления возможности административного или судебного пересмотра или средства правовой защиты" (A/HRC/16/47, приложение, пункт 8 d)). Рабочая группа также указала, что по истечении максимального срока содержания под стражей задержанный должен автоматически освобождаться (A/HRC/13/30, пункт 61).

23. Задержанные мигранты, возможно, не всегда осведомлены о своем праве требовать пересмотра решения о содержании под стражей, иногда это обусловлено языковым барьером или отсутствием доступа к адвокату. В связи с этим Специальный докладчик считает, что периодический пересмотр решения о содержании под стражей должен проводиться автоматически. Рабочая группа по произвольным задержаниям указала, что должен проводиться автоматический, регулярный и судебный, а не только административный пересмотр решений о содержании под стражей в каждом отдельном случае и что этот пересмотр должен распространяться и на правомерность задержания, а не только на его целесообразность или другие более низкие стандарты пересмотра (там же).

24. Иногда не представляется возможным выслать нелегального иммигранта, например, в связи с тем, что у мигранта отсутствуют документы, позволяющие ему вернуться в страну происхождения, могут возникать финансовые или другие практические препятствия для высылки (например, отсутствие средств сообщения) или в стране возвращения ему угрожает опасность подвергнуться пыткам (следовательно, согласно принципу невысылки, предусмотренному в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, не допускается выдворение или возвращение лица в такую страну). Кроме того, просители убежища, жизни или свободе которых угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, подлежат защите согласно принципу невысылки, закрепленному в статье 33 Конвенции о статусе беженцев. Если высылка мигранта не представляется возможной по независящим от него причинам, то мигрант не должен содержаться под стражей. Того же мнения придерживается и Рабочая группа по произвольным задержаниям, указавшая, что в тех случаях, "когда правовые или практические препятствия для высылки задержанных мигрантов лежат за пределами их сферы ответственности, задержанные должны быть освобождены во избежание потенциально бессрочного содержания под стражей, которое являлось бы произвольным. Принцип соразмерности требует, чтобы содержание под стражей имело законную цель, которая отсутствует, если исчезает реальная и достижимая перспектива высылки" (там же, пункт 91).

6. Условия содержания мигрантов под стражей

25. Согласно информации, полученной Специальным докладчиком, мигранты порою содержатся в неприемлемых и не отвечающих нормам условиях в переполненных помещениях, с нарушением требований гигиены, в условиях нерегулярного питания и ограниченного доступа к санитарным услугам или вообще без доступа к таковым. Специальному докладчику также стало известно о том, что психическим и физическим здоровьем задержанных мигрантов зачастую пренебрегают. Не всегда имеется доступ к врачам и медсестрам, и они могут быть не уполномочены оказывать пациентам надлежащую помощь, например в случае, если последним требуется госпитализация. Кроме того, не во всех местах содержания под стражей доступны услуги по охране репродуктивного здоровья женщин, в особенности беременных женщин.

26. Не отвечающие нормам условия содержания в принципе могут представлять собой бесчеловечное или унижающее достоинство обращение и повысить вероятность дальнейших нарушений экономических, социальных и культурных прав, включая право на здоровье, питание, доступ к питьевой воде и санитарным услугам.

27. Согласно пункту 1 статьи 10 Международного пакта о гражданских и политических правах, все лица, лишены свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности. В своем замечании общего порядка № 21 (1992 года), касающемся гуманного обращения с лицами, лишенными свободы, Комитет по правам человека указал, что это право применимо в отношении любых лиц, лишенных свободы в соответствии с законами и властью государства, которые содержатся в тюрьмах, больницах – в частности, в психиатрических больницах, – лагерях для интернированных лиц или исправительных учреждениях или в других местах. Он далее указывает, что гуманное обращение со всеми лицами, лишенными свободы, при уважении их достоинства, является основополагающим правилом универсального применения, поэтому его применение не должно находиться в зависимости от материальных ресурсов, которыми располагает государство-участник.

28. Согласно Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, трудящиеся-мигранты и члены их семей, лишенные свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности и культурной самобытности (пункт 1 статьи 17). Кроме того, трудящиеся-мигранты и члены их семей, если они подверглись задержанию в какой-либо форме, пользуются теми же правами, что и граждане государства (там же, пункт 7).

29. На основании Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, применимых ко всем категориям заключенных, как уголовным, так и заключенным в связи с любыми другими гражданскими делами, устанавливаются минимальные стандарты, в том числе в отношении условий содержания, личной гигиены, одежды, спальных принадлежностей, питания, физических упражнений, доступа к газетам, книгам, к служителям культа, контактов с внешним миром и медицинского обслуживания.

30. Специальному докладчику поступают доклады, согласно которым мигранты, находящиеся в заключении, как мужчины, так и женщины и дети, подвергаются насилию, в том числе сексуальному насилию и жестокому обращению. За действиями охранников далеко не всегда установлен надлежащий контроль, в особенности если они нанимаются на работу частными охраняемыми предприятиями. В связи с этим крайне важно организовать надлежащий инст-

руктаж и подготовку персонала, под надзором которого находятся задержанные мигранты.

31. Задержание мигрантов в силу их незаконного нахождения в стране ни в коем случае не должно носить характер наказания. Поскольку мигрантам, подвергшимся административному задержанию, не предъявляются обвинения в преступлении и они не осуждены за совершение преступления, они не должны содержаться в условиях, аналогичных тюремным, т.е. носить тюремную одежду, строго ограничиваться в передвижении, возможностях проводить время на открытом воздухе и в контактах с посетителями. Тем не менее Специальному докладчику поступает информация о том, что условия содержания в центрах задержания мигрантов зачастую аналогичны тюремным, а в некоторых странах условия содержания в центрах задержания мигрантов, возможно, даже хуже, чем в тюрьмах. В некоторых центрах задержания мигрантов посещения разрешаются только в присутствии персонала, а в помещениях для встреч установлены перегородки для предотвращения физического контакта с пришедшими на встречу членами семьи и друзьями. Задержанным мигрантам не всегда предоставляется доступ к телефону, что затрудняет общение с адвокатами. Специальному докладчику также стало известно об отсутствии переводчиков в некоторых центрах задержания, что затрудняет общение с задержанными мигрантами и ведет к их неправильному информированию.

32. Специальный докладчик считает, что критическую роль в плане контроля за условиями содержания мигрантов играют независимые посещения. Сотрудникам УВКПЧ, УВКБ, Международного комитета Красного Креста (МККК), национальных правозащитных учреждений и неправительственных организаций (НПО) должен быть разрешен доступ во все места содержания под стражей. Важное значение для обеспечения надлежащего контроля за местами содержания мигрантов имеют учреждение национального превентивного механизма и ратификация государствами Факультативного протокола к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, на основании которого, помимо посещений упомянутой категории лиц, будут разрешены посещения представителей Подкомитета по предупреждению пыток. Специальному докладчику стало известно о нескольких актах отчаяния и насилия в местах содержания мигрантов, включая попытки самоубийства, членовредительство, голодовки, бунты и поджоги, причем вероятность таких актов отчаяния удалось бы значительно снизить, введя систему эффективного, регулярного и независимого контроля за местами содержания, включая надежные и доступные механизмы приема жалоб задержанных мигрантов.

7. Места содержания мигрантов под стражей

33. Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что мигранты, подвергнутые административному задержанию, должны содержаться в специально предназначенных для этого местах и ни при каких обстоятельствах не должны помещаться в тюрьмы или пенитенциарные учреждения вместе с лицами, заключенными за совершение уголовных преступлений. Согласно Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей трудящиеся-мигранты или члены их семей, задержанные за нарушение положений о миграции, содержатся, насколько это практически осуществимо, отдельно от осужденных лиц или лиц, находящихся под стражей в ожидании суда (пункт 3, статья 17). В Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными предусмотрено, что заключенных по гражданским делам следует помещать отдельно от лиц, совершивших уголовное преступление. Помимо

этого, Рабочая группа по произвольным задержаниям в своем сообщении № 5 указала, что задержанные должны помещаться в специально предназначенные для этой цели государственные учреждения, и если по практическим причинам это невозможно, то проситель убежища или иммигрант должен содержаться отдельно от лиц, отбывающих уголовное наказание. На региональном уровне в соответствии с Принципами и наилучшей практикой защиты лишенных свободы лиц в странах Америки Межамериканской комиссии по правам человека² предусматривается, что просители убежища или статуса беженцев, лишенные свободы в связи с нарушением миграционных норм, не должны помещаться в учреждения, предназначенные для содержания лиц, лишенных свободы по обвинению в совершении уголовных преступлений.

34. Тем не менее, согласно информации, полученной Специальным докладчиком, мигранты помещаются в самые разнообразные места, включая тюрьмы, полицейские участки, специальные иммиграционные центры содержания под стражей, неофициальные места содержания мигрантов, военные базы, охраняемые территории частных охранных компаний, неиспользующиеся складские помещения, аэропорты, суда и т.д. Сами места содержания под стражей находятся в ведении целого ряда органов власти местного, регионального и национального уровня, в связи с чем представляется весьма сложным обеспечить повсеместное соблюдение норм содержания под стражей. Помимо этого, мигрантов могут достаточно быстро переводить из одного места содержания в другое, что также усложняет контроль. Кроме того, мигранты часто содержатся в местах заключения, находящихся далеко от городов, что затрудняет доступ к ним членов семьи, переводчиков, адвокатов и представителей НПО, а это в свою очередь ограничивает право мигранта на реальную связь с внешним миром.

35. Особые трудности в плане контроля возникают в случае центров содержания мигрантов, эксплуатируемых частными структурами. Основания для особой обеспокоенности появляются в случае, когда подряды на управление центрами содержания получают компании, предлагающие наиболее дешевую цену, которые не уделяют надлежащего внимания обязанности гуманно обращаться с задержанными и уважать их человеческое достоинство. Согласно Руководящим принципам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека (A/HRC/17/31, приложение), государства не освобождаются от своих обязательств по международному праву прав человека в случае, когда они приватизируют сферу предоставления услуг, которые могут оказать воздействие на осуществление прав человека, и, как указал Комитет по правам человека в сообщении № 1020/2001, "делегирование на основе контракта частному коммерческому сектору базовых функций государства, касающихся применения силы и задержания лиц, не освобождает государство-участник от его обязательств по Пакту" (пункт 7.2).

8. Группы мигрантов, нуждающиеся в особой защите

а) Женщины

36. Задержанные женщины-мигранты легко становятся жертвами сексуального насилия со стороны как задержанных-мужчин, так и надзирателей. Их следует содержать отдельно от мужчин под охраной женского персонала. Особые потребности имеются у задержанных беременных женщин. Согласно пункту 2 статьи 12 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин и принятому Комитетом замечанию общего порядка № 26 (2008 год) в

² Межамериканская комиссия по правам человека, резолюция 1/08.

отношении трудящихся женщин-мигрантов государства-участники обязаны обеспечивать женщинам соответствующее обслуживание в период беременности, родов и послеродовой период. В пересмотренных Руководящих принципах УВКБ в отношении применимых критериев и стандартов, касающихся задержания просителей убежища³ (далее – "руководящих принципах УВКБ"), подтверждается, что в качестве общего правила следует избегать задержания женщин на поздних сроках беременности и кормящих матерей.

37. Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся обращения с женщинами-заключенными и мер наказания для женщин-правонарушителей, не связанных с лишением свободы (Бангкокские правила), и дополняющие Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, предписывают учитывать особые потребности женщин-заключенных. Среди прочего, в помещениях, в которых размещаются женщины-заключенные, должны иметься средства и принадлежности, необходимые для удовлетворения специфических гигиенических потребностей женщин; должен проводиться медицинский осмотр женщин-заключенных на предмет установления, в числе прочего, потребностей в лечении психических заболеваний, включая посттравматический стресс и склонность к суициду и членовредительству, истории репродуктивного здоровья женщины-заключенной, включая текущую или недавние беременности, роды и любые другие вопросы, связанные с репродуктивным здоровьем, и случаев сексуального насилия и других форм насилия, которому могла подвергаться женщина до поступления в место заключения. Бангкокские правила также предусматривают индивидуальные, учитывающие гендерные факторы и перенесенные стрессы комплексные программы психиатрического лечения и реабилитации для женщин-заключенных, нуждающихся в психической помощи.

б) Дети⁴

38. Задержанные дети-иммигранты часто переживают травму и с трудом понимают, почему их "наказывают", если они не совершили никакого преступления. Согласно пункту б) статьи 37 Конвенции о правах ребенка ни один ребенок не должен быть лишен свободы незаконным или произвольным образом. Арест, задержание или тюремное заключение ребенка должны соответствовать закону и использоваться лишь в качестве крайней меры и в течение как можно более короткого периода времени. В пункте с) статьи 37 предусмотрено, что каждый лишенный свободы ребенок пользуется гуманным обращением и уважением неотъемлемого достоинства его личности с учетом потребностей лиц его возраста. В частности, каждый лишенный свободы ребенок должен быть отделен от взрослых, если только не считается, что в наилучших интересах ребенка этого делать не следует, и иметь право поддерживать связь со своей семьей путем переписки и свиданий, за исключением особых обстоятельств. В соответствии с пунктом d) статьи 37 каждый лишенный свободы ребенок имеет право на незамедлительный доступ к правовой и другой соответствующей помощи, а также право оспаривать законность лишения его свободы в суде или другом компетентном, независимом и беспристрастном органе и право на безотлагательное принятие ими решения в отношении любого такого процессуального действия.

³ Хотя в самих Руководящих принципах речь идет непосредственно о просителях убежища, они могут по аналогии послужить полезным ориентиром и в вопросах содержания мигрантов.

⁴ Ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигает совершеннолетия ранее (статья 1 Конвенции о правах ребенка).

Лишенные свободы дети также имеют право на надлежащую медицинскую помощь (статья 24), образование (статья 28) и досуг и игры (статья 31).

39. Помимо этого, Конвенция предусматривает, что во всех действиях государств в отношении детей первоочередное внимание уделяется обеспечению наилучших интересов ребенка (статья 3). В ней также закрепляется право ребенка не разлучаться со своими родителями против своей воли (статья 9) и обязательство государств обеспечить ребенку, желающему получить статус беженца или считающемуся беженцем, как сопровождаемому, так и не сопровождаемому его родителями или любым другим лицом, надлежащую защиту и помощь (статья 22).

40. Дети-мигранты иногда задерживаются вместе с родителями, если выясняется, что последние находятся в стране нелегально, причем эта мера оправдывается соображениями сохранения единства семьи. Это не только нарушает принцип обеспечения наилучших интересов ребенка и право ребенка подвергаться задержанию только в качестве крайней меры, но и может нарушить их право не подвергаться наказанию за действия его родителей (пункт 2 статьи 2). Это не означает, что наилучшим интересам ребенка отвечает разлучение его с семьей в результате задержания его родителей и передачи ребенка в учреждение системы альтернативного ухода. Задержание родителей отрицательно сказывается на детях и может нарушить право ребенка не разлучаться со своими родителями против своей воли, а также право на защиту семьи, закрепленное в статье 23 Международного пакта о гражданских и политических правах и статье 10 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. В связи с этим решение о задержании мигрантов, сопровождаемых детьми, должно приниматься лишь в самых исключительных обстоятельствах. В таких случаях государства обязаны тщательно взвесить необходимость задержания и отдать предпочтение сохранению единства семьи, прибегнув к мерам, альтернативным задержанию, в отношении всех членов семьи.

41. Дети также могут самостоятельно следовать в качестве мигрантов, в некоторых случаях ввиду того, что они были разлучены с родителями или другими взрослыми родственниками. Несопровождаемые или разлученные дети могут легко стать жертвами нарушений прав человека, таких как сексуальная или экономическая эксплуатация и торговля людьми, и их положение требует особого внимания. В своем замечании общего порядка № 6 (2005 года), касающемся обращения с несопровождаемыми и разлученными детьми за пределами страны их происхождения, Комитет по правам ребенка указал, что в качестве общего правила несопровождаемые или разлученные дети не должны содержаться под стражей и основанием для содержания под стражей не может служить исключительно статус мигранта либо его статус проживания в стране или отсутствие такового, причем они также не должны привлекаться к уголовной ответственности исключительно на основании незаконного въезда в страну или пребывания в ней. Рабочая группа по произвольным задержаниям заявила, что, учитывая наличие мер, альтернативных задержанию, трудно представить себе ситуацию, в которой помещение под стражу несопровождаемого несовершеннолетнего лица соответствовало бы требованиям, указанным во второй части пункта b) статьи 37 Конвенции о правах ребенка (A/HRC/13/30, пункт 60). Вместо этого государства должны назначать опекуна или консультанта сразу по выявлении несопровождаемого или разлученного ребенка и сохранять такие механизмы опеки до тех пор, пока ребенок не достигнет совершеннолетия либо окончательно не покинет территорию и/или пределы юрисдикции государства.

c) Жертвы торговли людьми

42. Жертвы торговли людьми могут нарушить иммиграционные законы и правила, в том числе в части незаконного въезда или использования поддельных документов. Тем не менее Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что жертвы торговли людьми должны рассматриваться в качестве потерпевших и не привлекаться к ответственности за деяния, совершенные торговцами в их отношении. Из-за боязни задержания, которое часто воспринимается в качестве первого шага к возвращению в страну происхождения, и опасности снова попасть в руки торговцев, жертвы торговли людьми могут не обращаться за помощью и защитой и не добиваться правосудия. В Протоколе о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющем Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, содержится призыв к государствам рассмотреть возможность принятия законодательных или других надлежащих мер, позволяющих жертвам торговли людьми оставаться, в надлежащих случаях, на его территории на временной или постоянной основе (пункт 1 статьи 7). Согласно Рекомендуемым принципам и руководящим положениям по вопросу о правах человека и торговле людьми государствам следует обеспечить, чтобы ставшие предметом торговли люди ни при каких обстоятельствах не помещались в иммиграционные центры для задержанных и не подвергались другим формам ареста; и чтобы ставшие предметом торговли люди не подвергались задержанию, обвинялись или преследовались в судебном порядке за незаконный въезд в страны транзита или назначения или проживание в них или за их причастность к незаконной деятельности, если такая причастность является прямым следствием положения людей, ставших предметом торговли. Специальный докладчик по вопросу о торговле людьми, особенно женщинами и детьми, также заявил, что люди, ставшие предметом торговли, не должны подвергаться задержанию, обвиняться или преследоваться в судебном порядке за незаконный въезд в страны транзита или назначения (см. A/64/290).

d) Уязвимые категории мигрантов

43. Задержание может представлять особую опасность для уязвимых категорий мигрантов, включая жертв пыток, несопровождаемых пожилых лиц, лиц с умственными или физическими недостатками и лиц, больных ВИЧ/СПИДом. В руководящих принципах УВКБ предусмотрено, что ввиду крайне негативного воздействия содержания под стражей на психологическое состояние задержанных лиц, любому решению о задержании просителей убежища, относящихся к уязвимым категориям, должно предшествовать скрупулезное рассмотрение возможных альтернатив задержанию. По мнению Специального докладчика, тот же принцип следует применять и к уязвимым категориям мигрантов. В случае задержания лиц, попадающих в такую категорию, рекомендуется действовать исключительно на основании акта освидетельствования дипломированного врача, удостоверяющего, что содержание таких лиц под стражей не отразится пагубным образом на состоянии их здоровья и благополучии. Кроме того, необходимо предусмотреть регулярное последующее наблюдение и помощь квалифицированных сотрудников. Им также должен быть предоставлен доступ к надлежащему медицинскому обслуживанию, лекарственным средствам и консультированию.

44. Жертвы пыток уже находятся в уязвимом положении с психологической точки зрения ввиду перенесенной ими травмы, и задержание жертв пыток может само по себе представлять жестокое и унижающее достоинство обращение.

45. Специальному докладчику поступает информация о весьма частых случаях помещения лиц, страдающих психическими расстройствами, в центры задержания мигрантов, у которых не имеется ресурсов для предоставления им требуемой медицинской помощи. В соответствии с Минимальными стандартными правилами обращения с заключенными заключенных, страдающих психическими заболеваниями, следует ставить под наблюдение и лечить в специальных заведениях под руководством врачей.

46. Как показывают исследования, задержание в иммиграционных центрах повсеместно оказывает крайне пагубное воздействие на психическое (и в некоторых случаях физическое) здоровье задержанных лиц. В случае лиц с диагностированными психическими заболеваниями следует серьезным образом рассмотреть возможность принятия мер, альтернативных задержанию, или применения иного режима, позволяющего предоставить им необходимое лечение, защитить их от жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания и обеспечить их право на гуманные условия содержания под стражей. Кроме того, в некоторых случаях проблемы психического здоровья могут быть, по крайней мере отчасти, вызваны самим содержанием под стражей. В сообщении № 900/1999 Комитет по правам человека пришел к выводу о том, что продолжение содержания под стражей автора в условиях, когда государство-участник было осведомлено о психическом заболевании автора и не предприняло необходимых шагов для нейтрализации ухудшения психического состояния автора, явилось нарушением его прав в связи со статьей 7 Пакта (запрет пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания) (пункт 8.4). Далее он указал, что "депортация автора в страну, где ему вряд ли будет обеспечено необходимое лечение заболевания, вызванного, полностью или частично, нарушением государством-участником прав автора, была бы равносильна нарушению статьи 7 Пакта" (пункт 8.5).

e) Апатриды

47. Апатриды не пользуются консульской или дипломатической защитой государства, зачастую не имеют никаких удостоверений личности и не могут быть возвращены на родину. Для апатридов особенно остро стоит опасность продолжительного содержания под стражей. То обстоятельство, что они не имеют гражданства и, следовательно, ни одной стране нельзя автоматически направить запрос об оформлении проездных документов, не должно приводить к их бессрочному содержанию под стражей, а безгражданство не может служить препятствием для освобождения. В руководящих принципах УВКБ подтверждается, что апатриды вправе претендовать на те же стандарты обращения, что и лица, задержанные на общих основаниях.

В. Альтернативы административному задержанию мигрантов

48. Специальный докладчик хотел бы напомнить правительствам, что в 2009 году Генеральная Ассамблея в своей резолюции 63/184 призвала все государства "уважать права человека и присущее мигрантам достоинство и положить конец произвольным арестам и задержаниям и, где необходимо, пересмотреть сроки задержания, с тем чтобы избежать чрезмерных сроков задержания незаконных мигрантов, и принять, при необходимости, альтернативные меры вместо их задержания". Существует множество причин, по которым следует избегать задержания мигрантов и изыскивать альтернативные решения. Задержание иммигрантов в гораздо меньшей степени регламентируется и контролируется, чем задержание в уголовном порядке, в связи с чем мигранты, среди

прочего, подвергаются риску продолжительного содержания под стражей, содержания в ненадлежащих условиях и жестокого обращения. Задержанные мигранты зачастую не могут воспользоваться своим правом на пересмотр решения и надлежащее судебное разбирательство, в том числе из-за отсутствия доступа к услугам адвоката или переводчика.

49. Содержание под стражей систематически ведет к ухудшению физического и психического здоровья практически каждого заключенного. Часто встречаются симптомы, вызванные депрессией, чувством тревоги и посттравматическим стрессовым расстройством. Продолжительное содержание под стражей обостряет такие симптомы, и они явно проявляются уже в первые недели заключения. Как показывают исследования, в 90% случаев готовность соблюдать нормы и сотрудничать достигается при освобождении лиц из-под стражи на условиях надлежащего надзора и содействия. Альтернативные меры также оказались значительно дешевле содержания под стражей, не только в плане непосредственных расходов, но и с точки зрения долгосрочных расходов, вызванных содержанием под стражей, в частности нагрузки на систему здравоохранения, проблем в области интеграции и прочих социальных проблем.

50. Право на свободу и личную неприкосновенность, как указывалось выше, обязывает государства в первую очередь рассмотреть менее жесткие меры, альтернативные задержанию мигрантов. Комитет по правам человека в сообщении № 900/1999 постановил, что государства должны доказать, что "с учетом особых обстоятельств автора не имелось менее силовых способов достижения тех же целей, т.е. соблюдения принципов иммиграционной политики государства-участника, путем, например, взятия обязательства о сообщении места нахождения, использования поручительства или вменения других условий, которые учитывали бы ухудшение состояния здоровья автора" (пункт 8.2). Чтобы установить, является ли задержание произвольным, Рабочая группа по произвольным задержаниям, в числе прочего, рассматривает вопрос о том, могут ли в отношении иностранца использоваться меры, альтернативные административному задержанию (E/CN.4/1999/63, пункт 69, гарантия 13). Рабочая группа рекомендовала "до применения процедуры задержания во всех случаях рассматривать возможность применения альтернативных и не связанных с лишением свободы мер, включая, в частности, периодическую явку в соответствующие учреждения" (E/CN.4/1999/63/Add.3, пункт 33).

51. На региональном уровне в решении по делу *Велес Лоор против Панамы* Межамериканский суд постановил считать "произвольной миграционную политику, ориентированную в первую очередь на то, чтобы в обязательном порядке задержать нелегальных мигрантов, и не предусматривающую рассмотрение компетентными органами в каждом отдельном случае на основе индивидуальной оценки возможности использовать менее ограничительные меры для достижения той же цели"⁵. Кроме того, в соответствии с принятыми Советом Европы Двадцатью руководящими принципами относительно принудительного возвращения⁶ государства могут прибегнуть к задержанию только в том случае, если "по итогам тщательного рассмотрения вопроса о необходимости лишения свободы в каждом отдельном случае, органы власти принимающего государства заключили, что эффективного соблюдения приказа о высылке невозможно добиться с помощью не связанных с лишением свободы мер, в частности надзорных систем, требования периодически являться в соответствующие учреждения, залога или иных систем гарантий". Согласно Директиве Европейского

⁵ Решение Суда от 23 ноября 2010 года.

⁶ CM(2005)40, 9 мая 2005 года.

союза о возвращении⁷, гражданин третьей страны, подвергающийся процедуре возвращения, не может содержаться под стражей, если в данном случае могут быть эффективно использованы другие достаточно действенные меры, носящие менее принудительный характер.

52. Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что меры, альтернативные задержанию, не должны использоваться в качестве альтернатив безусловному освобождению. Лица, получившие право на безусловное освобождение, не должны переводиться на режим, альтернативный содержанию под стражей.

53. По мнению Специального докладчика, обязательство всегда рассматривать возможность применения мер, альтернативных задержанию (не связанных с лишением свободы), прежде чем обращаться к задержанию, должно быть предусмотрено законом. Следует подготовить подробные руководящие принципы и курсы подготовки для судей и других государственных должностных лиц, в частности сотрудников полиции, пограничных и иммиграционных служб, с тем чтобы обеспечить систематическое применение мер, не связанных с лишением свободы, вместо задержания. Меры, не связанные с лишением свободы, должны подлежать судебному контролю, и мигрантам, в отношении которых приняты такие меры, должен предоставляться доступ к адвокату. При рассмотрении возможности применения мер, альтернативных задержанию, государства должны в полной мере учитывать конкретные обстоятельства каждого лица и обстоятельства, связанные с уязвимым положением, как в случае беременных женщин, детей, жертв торговли людьми, жертв пыток, пожилых лиц и инвалидов. Следует применять меры, в меньшей степени чреватые вмешательством, и наименее ограничительные меры, возможные в данном случае. В законодательстве должна быть предусмотрена скользящая шкала мер от наименее до наиболее ограничительных, позволяющая проводить анализ соразмерности и необходимости каждой из мер. Некоторые меры, не связанные с лишением свободы, могут носить настолько ограничительный характер, как сами по себе, так и в сочетании с другими мерами, что они по сути представляют собой альтернативные формы задержания, а не альтернативу задержанию. При рассмотрении вопроса о том, составляют ли применяемые меры форму задержания, следует также оценивать как совокупное воздействие всех ограничений, так и степень и серьезность каждого из них в отдельности.

54. Меры, не связанные с лишением свободы, должны отвечать соответствующим принципам международного права, включая принципы недискриминации, необходимости и соразмерности, и не должны препятствовать осуществлению лицами других прав человека, включая право на здоровье и образование. Если меры, альтернативные задержанию, связаны с введением ограничений в отношении свободы передвижения, то они должны соответствовать положениям статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах, которая предусматривает право на свободу передвижения каждого, кто законно находится на территории того или иного государства. Было решено применять термин "законно находится на территории" в отношении лиц, которым разрешено остаться в стране в связи с тем, что принимающее государство не может выполнить приказ о высылке или депортации (Совет по правам человека, сообщение № 456/1991). В пункте 3 статьи 12 Пакта предусмотрено, что ограничения права на свободное передвижение должны быть предусмотрены законом и быть необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других.

⁷ Директива 2008/115/ЕС от 16 декабря 2008 года.

55. Хотя Стандартные минимальные правила Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением, касаются мер, не связанных с лишением свободы, в контексте системы уголовного правосудия, они могут по аналогии послужить важным ориентиром для применения такого рода мер в отношении мигрантов. В числе прочего Правилами предусмотрено, что принятие, определение и применение мер, не связанных с тюремным заключением, предусматриваются законом; решения о назначении не связанных с лишением свободы мер не рассматриваются судебным или другим компетентным независимым органом; лицо, в отношении которого применяются такие меры, имеет право подать запрос или жалобу в судебный или другой компетентный независимый орган по вопросам, затрагивающим его личные права в процессе применения мер, не связанных с лишением свободы; на всех стадиях обеспечивается уважение человеческого достоинства и уважается право на личную жизнь. Кроме того, следует определять наиболее приемлемый вид надзора и обращения для каждого отдельного случая и периодически пересматривать и при необходимости корректировать вид надзора и обращения. На начальном этапе применения меры, не связанной с лишением свободы, соответствующему лицу в устной или письменной форме дается разъяснение условий, регулирующих применение данной меры, включая его обязанности и права, и если мера, не связанная с лишением свободы, окажется неэффективной, то это не должно автоматически приводить к применению меры, связанной с лишением свободы.

56. Меры, альтернативные задержанию, могут быть определены как "любой законодательный акт, меры политики или практика, в соответствии с которыми просителям убежища, беженцам и мигрантам разрешено проживать в общине, пользуясь свободой передвижения, в ожидании решения об их миграционном статусе или в ожидании депортации или высылки из страны"⁸. Существует широкий спектр возможных мер, альтернативных задержанию, включая обязательную постановку на учет, сдачу документов, подписку/залог или поручительство, обязательную явку, освобождение под надзор, определение на жительство в назначенное место, использование электронных средств слежения, нахождение по месту жительства в определенные часы/домашний арест и добровольное возвращение.

57. Постановка мигрантов на учет в соответствующих органах и выдача им официальных документов о регистрации может послужить эффективной мерой для предотвращения попыток побега и является практичной альтернативой задержанию лиц, въехавших в страну без документов. Требование к мигрантам лично являться для продления действия таких документов может фактически представлять собой форму обязательной явки. С тем чтобы избежать дискриминации, эту меру следует сделать доступной и для мигрантов, которые не могут сообщить соответствующим органам власти постоянный адрес для целей регистрации.

58. Сдача документов (паспорта или иного удостоверения личности) в соответствующие органы власти может использоваться в качестве меры, альтернативной задержанию, в целях предотвращения попыток скрыться от властей. Однако в этом случае мигрантам должны быть предоставлены альтернативные удостоверения личности, которые могут понадобиться им для аренды жилья, доступа к образованию, медицинскому обслуживанию и т.д.

⁸ International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (Melbourne, 2011), glossary.

59. Во многих странах действуют системы, допускающие освобождение под расписку, залог или при наличии поручительства/поручителя. Залог – это вносимая сумма денег, гарантирующая последующее соблюдение лицом иммиграционных процедур. Подписка представляет собой письменное обязательство выполнять условия освобождения, в некоторых случаях при внесении определенной суммы залога самим лицом или третьей стороной. Поручительство представляет собой данную третьим лицом гарантию того, что мигрант будет соблюдать иммиграционные процедуры; в этих целях третье лицо, "поручитель", соглашается выплатить определенную сумму в случае, если мигрант скроется от властей. Обязательное представление поручительства зачастую является одним из условий освобождения под залог или подписку. Хотя во многих правовых системах предусмотрен режим залога, весьма спорным остается то, в какой мере иммигранты в состоянии воспользоваться этой возможностью. Эта мера может носить дискриминационный характер в отношении мигрантов, не имеющих достаточных финансовых средств для освобождения под залог. Кроме того, отсутствие доступа к юридической помощи или законному представителю, а также отсутствие надлежащих переводческих услуг также может привести к незнанию мигрантами своих прав в этом отношении. В связи с этим представляется важным обеспечить знание мигрантами своего права требовать освобождения под залог. Условия освобождения под залог, подписку или поручительство должны носить разумный характер и не создавать чрезмерного или непосильного бремени. Требование привлечь третьи стороны в качестве поручителей может носить дискриминационный характер в отношении мигрантов, поскольку в стране у них нет ни родственников, ни друзей, готовых выступить в качестве поручителей; можно предложить сети НПО взять на себя предоставление таким мигрантам возможности предъявить залог или поручительство.

60. Периодическая личная явка в государственные органы или связь по телефону могут использоваться в качестве одной из мер, альтернативных задержанию. Такая явка может осуществляться с периодичностью от раза в день до раза в неделю или реже. Обязательная явка представляется относительно легким для выполнения условием и не сопряжена с ограничениями свободы или частной жизни; при применении этого режима следует учитывать конкретные обстоятельства каждого отдельного лица, в частности его семейное положение, место жительства, наличие/отсутствие работы и материальные возможности. Если личная явка назначается часто, то это может представлять собой ограничение права на свободу передвижения. Обязательство ежедневно являться для отметки или перемещаться для явки на большие расстояния может препятствовать работе или выполнению других обязательств, а следовательно, оно несоразмерно преследуемым целям.

61. Освобождение под надзором представляет собой механизм поддержки мигрантов и работы с ними в ожидании принятия решения об их статусе; особое внимание уделяется принятию обоснованных решений, оперативному и справедливому определению статуса и улучшению механизмов адаптации и обеспечению благополучия самих мигрантов. Осуществляющие надзор сотрудники устанавливают личные отношения с мигрантами и могут ответить на юридические вопросы; изучить возможности пребывания в стране на законных основаниях; предоставить по просьбе мигранта доступ к адвокату; предоставлять новую информацию о ходе рассмотрения иммиграционного дела; помочь решить вопросы логистического характера и т.д. Надзор, как правило, осуществляется в следующих трех формах: надзор со стороны общинных организаций и НПО; совместная программа государства и НПО; или государственные альтернативы. Надзор может сочетаться с другими мерами, в частности обязательной

явкой или залогом. Мигранты должны иметь возможность являться в компетентный орган, не опасаясь преследований, дискриминационного, произвольного или иного вида жестокого обращения со стороны государственных или негосударственных служащих, отвечающих за их освобождение под надзор.

62. Определение на жительство в назначенном месте, как правило, предусматривает либо размещение в общежитии или направление для проживания в определенный район или округ страны. Для смены адреса или переезда в другой административный район может потребоваться предварительное размещение. Эта мера иногда используется для того, чтобы распределить бремя размещения иммигрантов между разными районами одной страны. Иногда место проживания может быть назначено в удаленном районе, и в таком случае важно обеспечить, чтобы у затрагиваемых лиц имелся доступ к медицинскому обслуживанию, образованию и юридической помощи, а также, в соответствующих случаях, возможности трудоустройства. Кроме того, эта мера может ущемлять свободу передвижения затрагиваемых мигрантов, а потому применять ее следует с осторожностью.

63. Использование электронных средств слежения, как правило, подразумевает ношение на ноге или руке электронного браслета, позволяющего отслеживать передвижение данного лица. Эта мера может представлять собой вмешательство в личную жизнь и нарушать право на свободу передвижения, закрепленное в статье 12 Международного пакта о гражданских и политических правах. Кроме того, стигматизация и негативные психологические последствия, связанные с электронным слежением, по всей видимости, несоизмеримы преимуществам такого вида контроля. В связи с этим данная мера должна использоваться лишь на основании тщательной оценки того, в какой степени она приведет к ограничению прав человека, а также анализа ее соразмерности и необходимости для достижения законной цели. Еще одна проблема, сопряженная с использованием электронных средств слежения, заключается в том, что мигрантам, не имеющим постоянного места жительства, трудно или даже невозможно воспользоваться этой альтернативой задержанию. Если лица не в состоянии соблюдать условия режима электронного слежения и в результате этого подвергаются задержанию, эта мера может приобрести дискриминационный характер. Если использование электронных средств слежения сопровождается другими ограничениями, в частности требованием в течение большей части дня оставаться дома, то подобные ограничения могут представлять собой домашний арест, что в свою очередь аналогично содержанию под стражей.

64. Пребывание в установленные часы по месту жительства/домашний арест могут стать особо грубым вмешательством в личную жизнь и могут представлять собой не альтернативу задержанию, а альтернативную форму такового. В связи с этим домашний арест должен применяться лишь в исключительных случаях. В условиях домашнего ареста мигрантам может быть трудно или даже невозможно работать и, тем самым, обеспечивать достаточный уровень жизни, если только государство не оказывает им помощь. В своем мнении № 1 Рабочая группа по произвольным задержаниям заявила, что домашний арест можно сравнить с лишением свободы при том условии, что лицо, подвергаемое ему, находится в закрытом помещении и не имеет права покидать его.

65. Программы добровольного возвращения могут использоваться в качестве механизма оказания поддержки и содействия при отъезде лиц, не имеющих оснований оставаться в стране и не относящихся к категории лиц, пользующихся защитой или нуждающихся в помощи по гуманитарным соображениям. Программы добровольного возвращения могут послужить удачным решением для

мигрантов, желающих вернуться на родину, но не имеющих достаточных средств для этого. Благодаря им может быть найдена гуманная альтернатива задержанию и депортации и – в определенных обстоятельствах – созданы условия для запланированного, достойного и окончательного возвращения и реинтеграции. Тем не менее следует проявлять осторожность для обеспечения того, чтобы решение было полностью добровольным и принималось на основе подлинного и осознанного выбора, в особенности в случае мигрантов, находящихся в заключении на тот момент, когда им предлагается воспользоваться программой содействия добровольному возвращению, а также обеспечить, чтобы его возвращение носило устойчивый характер в долгосрочной перспективе.

66. Для успешного применения мер, альтернативных задержанию, всем лицам, в отношении которых применяются меры, не связанные с лишением свободы, следует предоставлять четкую и ясную информацию об их правах и обязанностях в контексте вводимых мер и о последствиях в случае невыполнения предъявляемых требований. На всех этапах иммиграционной процедуры с ними также следует обращаться гуманно, с достоинством и уважением. Мигранты, в отношении которых применяются меры, не связанные с лишением свободы, должны иметь доступ к юридической помощи, в том числе по вопросам процедуры упорядочивания статуса и возможностям въезда в страну по регулярным каналам миграции. Кроме того, одним из обязательных элементов мер, альтернативных задержанию, должна стать выдача удостоверений личности лицам без документов, с тем чтобы избежать (повторного) задержания и расширить их возможности поиска жилья, трудоустройства, доступа к медицинскому обслуживанию, образованию и другим услугам. Кроме того, мигранты, в отношении которых применяются меры, не связанные с лишением свободы, в соответствии с Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах имеют право на достаточный жизненный уровень (питание и доступ к воде, одежда, жилище) (статья 11) и на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья (статья 12). Мигрантам, не имеющим разрешения на работу, должно предоставляться необходимое государственное пособие для обеспечения достаточного жизненного уровня для них самих и членов их семей, и государства должны рассмотреть возможность предоставления мигрантам выхода на рынок труда. Освобождение лиц из-под стражи с тем, чтобы обречь их на нищенское существование, – это неприемлемый подход. Направленная против нелегальных мигрантов политика ограничения доступа к жилью, основным услугам или медицинскому обслуживанию не привела к повышению числа лиц, добровольно покидающих страну, или к сдерживанию масштабов миграции, и ее следует избегать.

67. В законодательство некоторых стран уже включена презумпция неприменения задержания, и эти положения могут послужить хорошим примером для остальных. Государства также могут обратиться за советом к НПО, проводившим масштабные исследования мер, альтернативных задержанию. Так, например, Международная коалиция по защите прав задержанных предложила модель Оценки и размещения в общине, которая включает в себя пять шагов, направленных на предотвращение и снижение вероятности неоправданного задержания. К числу таких шагов относятся: 1) понимание, что задержание не является необходимостью; 2) изучение индивидуальных дел; 3) изучение условий жизни; 4) при необходимости установление определенных требований режима; 5) использование задержания в качестве крайней меры в исключительных случаях.

III. Выводы и рекомендации

68. Задержание в иммиграционном порядке ни в коем случае не должно носить обязательного или автоматического характера. Согласно международным нормам в области прав человека оно должно рассматриваться в качестве крайней меры, допустимой на максимально кратчайшие сроки и при условии отсутствия менее ограничительной меры. Правительства обязаны обеспечить включение в законодательство презумпции в пользу свободы, в первую очередь рассматривать возможность применения альтернативных мер, не связанных с лишением свободы, проводить индивидуальную оценку и выбирать меры, в наименьшей степени связанные с вмешательством в личную жизнь или ограничениями.

69. Причины, приводимые государствами в оправдание задержания, должны быть ясным и исчерпывающим образом перечислены в законодательстве. Если государства в конкретном случае в качестве крайней меры прибегают к задержанию для целей иммиграционного контроля, это допускается только тогда, когда существует вероятность побега или опасность для самого человека или общества.

70. Задержание в административном порядке не должно использоваться в качестве меры наказания за нарушения иммиграционных законов и правил, поскольку эти нарушения не считаются уголовными преступлениями.

71. Специальный докладчик призывает государства применять правозащитный подход к миграции и пересмотреть свое законодательство и политику в области задержания мигрантов, чтобы привести свое законодательство в соответствие с международными нормами в области прав человека, запрещающими произвольное задержание и бесчеловечное обращение.

72. Специальный докладчик призывает государства рассмотреть возможность последовательно отменять практику административного задержания мигрантов. Между тем государствам следует принять меры для обеспечения соблюдения прав человека мигрантов в контексте задержания, в том числе за счет следующего:

а) обеспечить применение процессуальных гарантий и мер защиты, предусмотренных международным правом в области прав человека и законодательством стран, к любой форме задержания. В частности, основания для задержания мигрантов должны быть установлены законом. Решение о задержании следует принимать только исходя из четких юридических правомочий, и всем мигрантам, лишенным свободы, на понятном им языке, по возможности в письменном виде, сообщается о причинах их задержания и предоставляется право возбудить разбирательство в суде, чтобы суд мог решить вопрос о законности задержания. Задержанным мигрантам в ходе административных разбирательств должна безвозмездно предоставляться помощь адвоката и переводчика;

б) обеспечить, чтобы задержанным мигрантам предоставлялась достоверная информация о состоянии их дела и об их праве связаться с представителем консульства или посольства и членами своей семьи. Мигранты и их адвокаты должны иметь полный и исчерпывающий доступ к мигрантским досье;

с) обеспечить, чтобы законом устанавливался максимальный срок задержания в ожидании депортации и чтобы задержание ни при каких обстоятельствах не было бессрочным. В каждом отдельном случае решение о задержании должно на автоматической основе периодически пересматриваться в судебном порядке. Административное задержание должно прекращаться, если исполнить приказ о депортации не представляется возможным;

d) обеспечить, чтобы мигрантов, подвергаемых административному задержанию, размещали в государственных учреждениях, специально предназначенных для этих целей, или, когда это не представляется возможным, в учреждениях, не предназначенных для лиц, подвергаемых тюремному заключению в уголовном порядке. Следует избегать использования мест содержания, эксплуатируемых частными структурами. Во все места лишения свободы следует предоставить доступ представителям УВКПЧ, УВКБ, МККК и НПО. Во всех центрах содержания мигрантов, независимо от установленного в них режима, должен применяться единый комплекс норм, правил и практики и вестись наблюдение силами независимого центрального органа, приверженного делу обеспечения соблюдения такого единого комплекса норм, правил и практики;

e) обеспечить, чтобы Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, применялся ко всем мигрантам, подвергаемым административному задержанию. Эти принципы включают скорейшее обеспечение надлежащего медицинского обследования и при необходимости бесплатного медицинского лечения и ухода; право воспользоваться услугами переводчика или адвоката, при необходимости бесплатно; право на связь с внешним миром, в особенности с членами семьи и адвокатом; право получать, в пределах имеющихся публичных ресурсов, образовательные, культурные и информационные материалы;

f) применять к мигрантам, подвергаемым административному задержанию, Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, в том числе обеспечивая раздельное содержание задержанных в административном порядке и уголовных заключенных; обеспечивая надлежащие условия содержания, в том числе с точки зрения минимальной площади помещения, освещения, отопления и вентиляции; обеспечивая надлежащие санитарные системы и возможности помыться и принять душ; разрешая задержанным в административном порядке носить свою одежду и предусматривая возможности ее стирки; предоставляя каждому задержанному отдельную койку с чистыми постельными принадлежностями; надлежащую пищу и питьевую воду; право по крайней мере на час физических упражнений на свежем воздухе в день; право общаться с родственниками и друзьями и право на доступ к газетам, книгам и служителям культа; обеспечивая присутствие по крайней мере одного квалифицированного медицинского работника, имеющего познания в области психиатрии, а также квалифицированного зубного врача; и гарантируя право обращаться к органам центрального тюремного управления, судебным властям или другим компетентным органам с заявлениями или жалобами;

g) уделять особое внимание положению задержанных женщин, обеспечивая их содержание отдельно от мужчин, поручив заботу и надзор за ними женскому персоналу, с тем чтобы защитить их от сексуального насилия; и избегать задержания беременных женщин и кормящих матерей;

h) обеспечивать, чтобы законодательство не допускало задержания несопровождаемых детей и чтобы задержание детей разрешалось только в качестве крайней меры и только в случае, если установлено, что это служит наилучшим интересам ребенка, причем эта мера рассчитана на максимально кратчайшие сроки и применяется в условиях соблюдения прав, закрепленных в Конвенции о правах ребенка. Дети, подвергаемые административному задержанию, должны содержаться отдельно от взрослых, за исключением случаев содержания их вместе с родственниками в отдельном помещении. Детям должны предоставляться надлежащее питание, постельные принадлежности и медицинская помощь, а также доступ к образованию и рекреационной деятельности на свежем воздухе. При задержании детей-мигрантов следует строго соблюдать Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы, и Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних. Задержание детей, чьи родители подверглись задержанию, не должно оправдываться необходимостью сохранения единства семьи: вместо этого в отношении всей семьи должны применяться меры, альтернативные задержанию;

i) обеспечить, чтобы законодательство не допускало преследования, задержания или наказания лиц, ставших жертвой торговли людьми, за нелегальный въезд в страну или проживание в ней или же за деятельность, в которую они были вовлечены вследствие своего положения жертв торговли людьми. В этой связи Специальный докладчик предлагает государствам, которые еще не сделали этого, рассмотреть возможность ратификации Протокола о предотвращении и пресечении торговли людьми, в особенности женщинами и детьми, и наказания за нее, дополняющих Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности;

j) должным образом учитывать особо уязвимое положение конкретных групп мигрантов, включая жертв торговли, несопровождаемых пожилых мигрантов, мигрантов с умственной или физической неполноценностью и мигрантов, больных ВИЧ/СПИДом. Задержание мигрантов, относящихся к уязвимым категориям и нуждающимся в специализированной помощи, должно разрешаться только в качестве крайней меры, а им самим должна предоставляться надлежащая медицинская и психологическая помощь;

k) применять к мигрантам без гражданства процедуру определения статуса апатрида и предоставлять лицам, признанным апатридами, законный иммиграционный статус.

73. Специальный докладчик хотел бы напомнить правительствам, что меры, альтернативные задержанию, не должны стать альтернативами безусловному освобождению. Правительствам следует предусмотреть гарантии того, что лица, получившие право на безусловное освобождение, не будут переводиться на режим, альтернативный содержанию под стражей. Меры, альтернативные задержанию, должны основываться на правозащитном подходе, устанавливаться законом, носить недискриминационный характер и подлежать судебному пересмотру и независимому контролю и оценке. При определении мер, альтернативных задержанию, правительства должны уделять внимание особому положению конкретных групп мигрантов, в частности детей, беременных женщин и инвалидов, и использо-

вать меру, в наименьшей степени чреватую вмешательством в личную жизнь.

74. Специальный докладчик призывает государства собирать дезагрегированные данные о числе мигрантов, подвергаемых административному задержанию, числе мигрантов, в отношении которых применяются различные меры, не связанные с лишением свободы, и показателях соблюдения режима, устанавливаемого этими мерами, с целью оценки их эффективности.

75. Специальный докладчик призывает государства обмениваться с ним информацией об их опыте применения мер, альтернативных задержанию, в целях выявления передовой практики.

76. Специальный докладчик хотел бы призвать государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть возможность ратификации Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей.

77. Специальный докладчик хотел бы призвать государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть возможность ратификации Факультативного протокола к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и учредить национальный превентивный механизм, наделенный полномочиями посещать все места лишения свободы в пределах их юрисдикции, включая те места, где могут содержаться мигранты.

78. Специальный докладчик хотел бы призвать организации гражданского общества продолжать свои усилия по документированию и изучению случаев нарушений и насилия, которым подвергаются мигранты в контексте задержания, продолжить отслеживать оптимальные практики применения мер, альтернативных задержанию, разрабатывать и продолжать проводить программы оказания помощи мигрантам, лишенным свободы, включая правовую помощь, переводческие услуги и психологическую помощь, и регулярно посещать центры содержания мигрантов и исправительные учреждения, где содержатся нелегальные мигранты.