

Неофіційний переклад

Зауваження УВКБ ООН до нової редакції проекту Закону України “Про надання захисту іноземцям та особам без громадянства”

Загальні зауваження

На початку 2020 року УВКБ ООН надало державним органам України перші коментарі до проекту Закону України “Про надання захисту іноземцям та особам без громадянства” (далі – проект закону / законопроект)¹. 22 квітня 2020 року УВКБ ООН отримало від Державної міграційної служби (ДМС) нову редакцію проекту закону, стосовно якої УВКБ ООН надає у цьому документі додаткові зауваження та коментарі.

Коментарі, надані УВКБ ООН раніше, залишаються актуальними в тих частинах, в яких нова редакція проекту закону, отримана від ДМС, не включає рекомендованих змін до положень, які вже були прокоментовані. Вдосконалення, які були внесені у попередню редакцію законопроекту, деякі з яких УВКБ ООН позитивно відзначило у своїх Коментарях², були, на жаль, вилучені з нової редакції законопроекту. УВКБ ООН зазначало, що попередня редакція законопроекту, в цілому, відповідає міжнародним стандартам та законодавству щодо біженців, хоча потребувала подальшого вдосконалення деяких положень; проте, щодо нової редакції законопроекту з’явилися нові суттєві зауваження.

УВКБ ООН хотіло б ще раз наголосити на одному із загальних зауважень, зроблених у своїх попередніх Коментарях до проекту закону³, щодо положень, які стосуються заходів щодо перекладу та інтеграції, а також курсів адаптації, котрі мають бути створені для шукачів захисту; для повноцінного та ефективного впровадження вищезгаданих заходів буде потрібно передбачити значне фінансове забезпечення.

Конкретні зауваження

Затримання шукачів захисту

До нової редакції законопроекту внесено нову статтю 6, яка передбачає підстави для затримання шукачів захисту у Пунктах тимчасового перебування іноземців (ПТПІ). Згідно з цим новим положенням, усі іноземці, які незаконно перетинають або роблять спробу незаконного перетинання кордону України, а потім звертаються за захистом, будуть затримані до прийняття остаточного рішення за заявою про захист. Це стосується також

¹ Управління верховного комісара ООН у справах біженців (УВКБ ООН), *Коментарі УВКБ ООН до проекту закону Україна Про надання захисту іноземцям та особам без громадянства*. Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/5e60ec1c4.html>

² Там само.

³ Там само.

тих, хто перебуває на території України з порушенням законодавства та тих, хто звернеться за захистом до ДМС, якщо вони не мають дійсних документів, що посвідчують особу. Термін утримання за цих обставин може скласти істотний період, якщо він також включає процедуру оскарження (до 18 місяців).

Ці положення, ймовірно, торкнуться більшості шукачів захисту в Україні. Таке систематичне затримання шукачів захисту, які в'їжджають в Україну з порушенням законодавства, може вважатися прирівняним до стягнення, тоді як статтю 31 Конвенції 1951 р. Про статус біженців (далі - Конвенція 1951 р.) передбачено, що Договірні Держави не накладатимуть стягнень за незаконний в'їзд або незаконне перебування на їхній території біженців, за умови, що такі біженці без зволікань самі з'являться до органів влади і наведуть переконливі пояснення щодо свого незаконного в'їзду або перебування. У своїх коментарях до попередньої редакції проекту закону УВКБ ООН посилалося на свої Керівні принципи щодо затримання шукачів захисту⁴, де викладені виключні умови, за яких затримання шукачів захисту в рамках імміграційних процедур може допускатися, а також гарантії, які повинні застосовуватися у таких обставинах. Стаття 6 нової редакції законопроекту не містить конкретних цілей затримання, що, відповідно, означає, що таке затримання може розглядатися як покарання за незаконний в'їзд або перебування в країні. Затримання, яке здійснюється з метою стримування майбутніх шукачів захисту або переконання тих, хто звернувся за захистом, не продовжувати свою процедуру розгляду заяви, не відповідає міжнародним нормам. Більше того, імміграційне затримання не дозволяється застосовувати у якості покарання або дисциплінарного стягнення за незаконний в'їзд або перебування в країні. Крім порушення положення, передбаченого статтю 31 Конвенції 1951 року, це може також розглядатися як колективне покарання, що не відповідає нормам міжнародного законодавства з прав людини⁵. Тому УВКБ ООН рекомендує переглянути статтю 6 проекту закону з метою зменшення сфери застосування цього положення та визначення чітких цілей та підстав для затримання шукачів захисту, які в'їхали або перебувають в Україні з порушенням законодавства, щоб переконатися, що такі затримання не будуть звичайною практикою, а залишатимуться винятком, як того вимагає міжнародне право.

Звільнення від відповідальності за в'їзд або перебування з порушенням законодавства

Відповідно до статті 5 нової редакції законопроекту шукачі захисту, які незаконно перетнули український кордон, порушили правила перебування або інші положення міграційного законодавства⁶, звільняються від адміністративної та кримінальної відповідальності, якщо вони прибули в Україну безпосередньо з території, де їм

⁴ Керівні принципи УВКБ ООН щодо критеріїв та стандартів, пов'язаних із затриманням шукачів притулку та альтернативами затриманню. Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>

⁵ Там само, с. 19.

⁶ Використання підроблених документів тощо.

загрожувала небезпека у розумінні статті 1А Конвенції 1951 року. Щоб скористатися цим звільненням, такі шукачі захисту без зволікань самі повинні з'явитися до органів влади і навести переконливі пояснення у письмовій формі щодо свого незаконного в'їзду або перебування в Україні до моменту звернення за захистом.

УВКБ ООН вітає зміни у тексті статті 5 нової версії проекту закону для забезпечення повної відповідності тексту пункту 1 статті 31 Конвенції 1951 року. Але УВКБ ООН нагадує наступне тлумачення статті 31 (1) Конвенції 1951 року – ця норма про звільнення від відповідальності також стосується шукачів захисту, які знаходилися у інших країнах певний час або просто проїхали через інші країни, де вони не отримали або не змогли отримати міжнародний захист, тобто вони не отримали законний дозвіл на перебування на території країни згідно норм та стандартів, відповідно Конвенції 1951 р. та міжнародних договорів з прав людини⁷, або в іншому випадку, коли їхній захист, охорона та безпека не могли бути або більше не забезпечувалися⁸. Таке тлумачення статті 5 нової версії законопроекту буде враховувати географічне положення України, куди більшість шукачів захисту прибуває через треті країни. І навпаки, шукачі захисту, які отримали міжнародний захист або іншим чином оселилися в попередній країні, де їхній захист, охорона та безпека були гарантовані, але які рухаються далі, в'їжджають або перебувають без дозволу у своїй поточній країні перебування, не звільняються від відповідальності, оскільки вони не прибули безпосередньо з території, де їм загрожувала небезпека, у значенні статті 31 (1) Конвенції 1951 року.

Документування шукачів захисту

У своїх коментарях до попередньої версії законопроекту УВКБ ООН привітало ДМС із включенням нового положення (ст. 1, ч. 1 (п. 5)), відповідно до якого довідка про звернення за захистом в Україні вважається документом, що посвідчує особу шукача

⁷ УВКБ ООН, Висновки щодо незаконного в'їзду або перебування: тлумачення та застосування статті 31 Конвенції про біженців 1951 р., Круглий стіл від 15 березня 2017 року. Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/5b18f6740.html>. Ці рекомендації пояснюють значення, обсяг та юридичну силу статті 31 Конвенції 1951 року. Див. також Г. Гудвін-Гілл, стаття 31 Конвенції 1951 р. Про статус біженців: Звільнення від відповідальності, затримання та захист, Видавництво Кембриджського університету, червень 2003 р. Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/470a33b10.html>

⁸ Р проти суду Уксбридж, Ex parte Adimi, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, Великобританія: Верховний суд (Англія та Уельс), 29 липня 1999, п. 18, Режим доступу: https://www.refworld.org/cases_GBR_HC_QB_3ae6b6b41c.html. Хассан проти Міністерства праці, CRI 2006-485-101, Нова Зеландія: Верховний суд, 4 квітня 2007 року, п. 39. Режим доступу: https://www.refworld.org/cases_NZL_HC_47a1d3e32.html. ВО1587, 09/02303, Нідерланди: Верховний суд (Hoge Raad der Nederlanden), 24 травня 2011, п. 2.4.3 та 2.5. Історія складання Конвенції 1951 р. вказує на те, що автори мали намір передбачити широкий спектр звільнення від відповідальності за неправомірний в'їзд або перебування, за винятком випадків, коли хтось вже знайшов притулок у попередній країні, див.: Г. Гудвін-Гілл, стаття 31 Конвенції 1951 р. Про статус біженців: Звільнення від відповідальності, червень 2003, с. 189 та 191, Режим доступу: <http://www.refworld.org/docid/470a33b10.html>, посилаючись на заяву представника Франції (М Колемар): Конференція повноважних представників ООН з питань статусу біженців та осіб без громадянства, Конференція повноважних представників ООН з питань статусу біженців та осіб без громадянства: Резюме тринадцятої зустрічі, 22 листопада 1951 р., А / конф.2 / SR.13, Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/3ae68c8cd8.html>.

захисту та зазначило вдосконалення у сфері соціальних прав шукачів захисту та осіб, яким було надано захист. УВКБ ООН зауважило, що присвоєння довідці про звернення за захистом статусу документа, що посвідчує особу, сприятиме доступу шукачів захисту до соціальних прав та працевлаштування, що залежать від наявності документа, який посвідчує особу.

Однак, відповідно до статті 1, частини 1 пункту 6 нової версії проекту закону довідка про звернення за захистом більше не має статусу документа, що посвідчує особу його власника. Цей документ лише підтверджує факт звернення особи за захистом, законність перебування на території України і є дійсним для реалізації прав, зазначених у статті 47 проекту закону та інших законах України.

УВКБ ООН стурбоване тим, що ця нова версія положення створить відмінність між шукачами захисту, які мають національний документ, який посвідчує особу, а саме дійсний національний паспорт своєї країни походження, та тими, хто його не має, оскільки згідно з українським законодавством та практикою, ефективний доступ до прав та соціальних послуг, зокрема доступ до ринку праці, можливий лише для осіб, які мають національні документи, що посвідчують особу.

Хоча шукачі захисту зобов'язані співпрацювати з державними органами у встановленні своєї особи та наданні для цього всіх належних документів та доказів⁹, не всі шукачі захисту мають документ, що посвідчує особу, під час звернення за захистом. Обставини втечі, можливо, не дозволили шукачу міжнародного захисту скористатися такими документами чи мати їх при собі. Як показує досвід УВКБ ООН з реєстрації шукачів захисту у багатьох частинах світу, шукачі захисту можуть мати поважні причини, щодо ненадання національного документа, що посвідчує особу, під час звернення за захистом, тому не слід застосовувати диференційований підхід щодо доступу до захисту та суміжних прав, ґрунтуючись на цьому.

Таким чином і відповідно до статті 27 Конвенції 1951 р., яка передбачає, що документи, які посвідчують особу, повинні видаватися будь-якому біженцю чи шукачу захисту, який не має дійсного проїзного документу¹⁰, УВКБ ООН рекомендує повернути положення попередньої версії законопроекту, згідно з яким довідка про звернення за захистом в Україні вважається документом, що посвідчує особу шукача захисту.

⁹ Керівництво УВКБ ООН та рекомендації щодо процедур та критеріїв визначення статусу біженця відповідно до Конвенції 1951 р. та Протоколу 1967 р. щодо статусу біженців, 2019 р., п. 135. Режим доступу: <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>

¹⁰ Див. Висновок Виконавчого комітету УВКБ ООН 1984 року №. 35. Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/5a2ead6b4.html> Стаття УВКБ ООН про документи, що посвідчують особу біженців, 20 липня 1984 року, ЄС / SCP / 33. Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/3ae68c4.html>

Це забезпечить шукачам захисту рівний доступ до прав незалежно від того, чи вони мають національні документи, що посвідчують особу, чи ні. УВКБ ООН розуміє, що однією з причин зміни цього положення в новій версії законопроекту є забезпечення того, щоб шукачі захисту надавали документи, що посвідчують особу, під час реєстрації. Оскільки від шукачів захисту неможливо вимагати надання національних документів, що посвідчують особу, із зазначених вище причин, ДМС може розглянути інші способи встановлення особи шукачів захисту, котрі не мають національних документів, шляхом належного консультування заявників щодо їх зобов'язання співпрацювати для встановлення всіх фактів, пов'язаних з їхньою заявою, включаючи встановлення їхньої особи¹¹. Шукачі захисту також повинні бути поінформовані про можливі наслідки у разі невиконання цього зобов'язання, особливо щодо результатів розгляду їхньої заяви.

Право на шлюб

Згідно зі статтею 47, ч. 1 (п.17) шукачі захисту не будуть мати права на державну реєстрацію шлюбу. Це положення є обмеженням права на шлюб та створення родини, яке закріплене у статті 16 (1) Загальної декларації прав людини та статті 23 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (МПГПП). Крім того, стаття 17 (1) МПГПП захищає осіб від необґрунтованого чи незаконного втручання у їхнє сімейне життя. Стаття 10 (1) Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права передбачає, що родині надається максимально широкий захист та допомога, «особливо для її утворення». Важливою є також стаття 5 (d) (iv) Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, підписантом якої є Україна, яка забороняє дискримінацію за ознакою раси та національності щодо права на шлюб. Право на шлюб захищене також статтею 12 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і пов'язане зі статтею 8 цієї Конвенції, яка захищає сімейне життя. Стаття 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод вимагає, щоб особи, які перебувають у подібних ситуаціях, мали рівні права без дискримінації, окрім чітко визначених виключень, які це унеможливають.

УВКБ ООН зазначає, що хоча заходи запобігання фіктивним шлюбом, укладеним з метою узаконення перебування в країні є обґрунтованими, а негативні наслідки шлюбів, укладених людьми, особа яких не може бути підтверджена є, безумовно, очевидними, повна заборона шлюбів шукачів захисту не може бути прийнятною. Натомість уповноважені органи повинні визначити засоби для запобігання будь-яким негативним чи небажаним наслідкам шлюбів шукачів захисту у кожному конкретному випадку та з урахуванням конкретно визначених обставин відповідно до існуючої практики в інших державах.

¹¹ У зв'язку з цим для УВКБ ООН було не зовсім зрозуміло, яку мету та які відмінні результати будуть мати дві нові процедури перевірки шукачів захисту, запроваджені у новій редакції законопроекту: процедури верифікації та ідентифікації (стаття 1, ч.1 (п.3 і п.14)).

Зважаючи на це, УВКБ ООН рекомендує зняти це обмеження в новій версії законопроекту.

Процедурні та інші питання

Положення, що стосується інформації про країну походження (ст. 1, ч. 1 (п. 17)), було суттєво змінено, а саме, із нього було вилучено посилання на приклади джерел інформації про країну походження, на які можна покластися в контексті процедури визначення статусу біженця. Згідно з новою редакцією статті, перелік джерел інформації про країну походження затверджується уповноваженим органом. УВКБ ООН рекомендує забезпечити, щоб такий перелік містив джерела інформації про країну походження, які можуть містити точну, неупереджену та актуальну інформацію, щоб забезпечити якісне прийняття рішень щодо надання захисту.

Щодо визначення поняття третьої безпечної країни (ст. 1, ч. 1 (п.41)), параграф із попередньої редакції законопроекту, який містив зобов'язання українських державних органів отримати згоду безпечної країни прийняти особу, щодо якої ця концепція може бути застосована, було вилучено в новій редакції законопроекту. Однак забезпечення реадмісії особи до третьої безпечної країни є важливою гарантією застосування концепції третьої безпечної країни та обов'язковою вимогою за міжнародним законодавством щодо біженців¹². Без такої згоди від третьої країни, особи, щодо яких застосовується ця концепція, або залишаться у невизначеному стані на території України, не маючи можливості на розгляд їхньої заяви про надання захисту по суті, або опиняться на території третьої країни з порушенням законодавства, можливо, без доступу до процедури надання захисту та під загрозою вислання (*refoulement*). Тому УВКБ ООН рекомендує повернутися до попередньої версії цього положення.

Інші спеціальні гарантії, що забезпечують доступ осіб, які знаходяться під тимчасовим або екстрадиційним арештом (стаття 10) до процедури надання захисту із місць затримання, також були вилучені в останній редакції проекту закону. У своїх коментарях до попередньої версії законопроекту УВКБ ООН зазначило стурбованість відсутністю деталей у законопроекті щодо процедури первинного інформування про право на звернення за захистом осіб, які перебувають під вартою і тим, як це інформування буде фіксуватися на практиці. УВКБ ООН рекомендувало, щоб законопроект передбачав зобов'язання відповідних органів влади інформувати осіб, які, можуть потребувати міжнародного захисту про право звертатися за захистом, мовою, яку вони розуміють, та надати інформацію про можливість доступу до правової консультації / допомоги для підготовки заяви.

¹² Див. *Правові міркування УВКБ ООН щодо доступу до захисту та зв'язку між біженцями та третьою країною в контексті повернення чи переміщення до третіх безпечних країн, квітень 2018*, п. 4, Режим доступу: <https://www.refworld.org/docid/5acb33ad4.html>

Нова редакція законопроекту усуває зобов'язання щодо інформування про право звернутися за захистом для органів, відповідальних за екстрадицію, й також усуває 30-денний термін, протягом якого особа, яка утримується під вартою, може подати заяву про надання захисту. Це знижує процедурні гарантії, застосовані до осіб, які перебувають у слідчому ізоляторі, в рамках процедури екстрадиції та може підвищити ризик вислання (*refoulement*).

Хоча нова версія законопроекту залишає зобов'язання інформувати про право звертатися за захистом для органів, відповідальних за імміграційне затримання, аналогічне зобов'язання має бути передбачене для органів, відповідальних за процедуру екстрадиції в Україні.

Стосовно повідомлення про відмову у наданні захисту: нова редакція законопроекту (ст., 22 ч.10) знімає зобов'язання додавати до повідомлення заявнику копію висновку у його справі. УВКБ ООН вважає, що надання мотивованого рішення заявнику є важливою складовою справедливої та ефективної процедури визначення статусу біженця, оскільки дозволяє заявнику зрозуміти причини рішення про відмову та обґрунтовувати оскарження. Тому УВКБ ООН рекомендує повернутися до попередньої версії цього положення або принаймні вказати, що повідомлення про відмову повинно містити підстави, на основі яких було прийнято рішення.

Висновки

УВКБ ООН сподівається, що Державна міграційна служба та інші відповідні державні органи України належним чином розглянуть ці додаткові коментарі. УВКБ ООН залишається доступним для надання подальшої технічної підтримки та експертизи для того, щоб ця важлива законодавча ініціатива призвела до прийняття національного закону про надання захисту, який покращить функціонування національної системи надання захисту та повністю відповідатиме міжнародному праву та стандартам щодо захисту біженців.

**УВКБ ООН,
травень 2020 р.**