

І. І. СЕРОВА

*Ірина Ігорівна Серова, кандидат юридичних наук,
науковий співробітник Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України*

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИВЧЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ НЕЛЕГАЛЬНОЇ МІГРАЦІЇ

Історично зумовлене зростання ролі міжнародної міграції у кінці XIX – початку XX ст. призвело до того, що старі наукові підходи до цього явища зазнали трансформації. Проблеми міграції вивчали такі відомі дослідники міжнародного права того періоду, як І. Блончлі, Ф. Ліст, С. П. Казанський, Н. М. Коркунов, Ф. Ф. Мартенс, Л. Ф. Л. Опенгейм, В. І. Пероговський, О. О. Ейхельман. Наприкінці 50-х років XX ст. почалось поступове відродження досліджень у сфері міграції. Особливу увагу привертають роботи таких радянських дослідників, як В. І. Переведенцева, І. М. Занданова, Л. Л. Рибаківського, Ж. А. Зайончковської, І. С. Матліна, А. В. Топіліна та інших.

У ряді зарубіжних країн, при вивченні міграції, використовується чимало форм і методів дослідження. Найрозвинутішими, безумовно, є наукові дослідження у країнах, що традиційно приймають іммігрантів. Так, наприклад, у США, міграційні аспекти завжди перебували у центрі уваги юристів та політиків, а міграційна реформа 80-х років XX ст. створила міцну правову базу для подальших наукових досліджень. Саме з цього періоду публікуються одні з найавторитетніших досліджень у сфері міжнародного міграційного права - Т. Alexander Aleinikoff & D. Martin. *Immigration: Process and Policy* (1991); R. Boswell. *Immigration and Nationality Law* (1991); D. Weissbrodt. *Immigration Law and Procedure in a Nutshell* (1992) тощо. Окрім США, створено наукові школи в Канаді та Австралії. Одним з відомих дослідників міжнародної міграції є австралійський професор Р. Епплярд. Серед західноєвропейських дослідників проблеми міграції досить відомим є англієць Р. Плендер, праці якого є підвалинами сучасного міжнародного та порівняльного національного міграційного права. Ґрунтовні дослідження окремих інститутів міграційного права, зокрема проблем біженців, інституту притулку, взаємозв'язку проблеми біженців з проблемою нелегальної міграції проведені професором Гай С. Гудвін-Гіллом.

Слід звернути увагу на те, що в Україні, починаючи з 1990 р., опублікована значна кількість робіт, присвячених міграційній проблематиці, при чому були розставлені нові акценти, які безпосередньо відображали соціальні та політичні зміни після розпаду СРСР. Відзначимо праці таких вчених, як: О. Г. Бабенко, В. І. Банних, В. Г. Буткевич, В. Н. Денисов, А. С. Довгерт, В. І. Євінгов, О. В. Кузьменко, О. А. Малиновська, В. О. Новік, В. І. Олефір, О. М. Овсяк, Н. В. Плахотнюк, О. І. Піскун, І. М. Прибиткова, Ю. І. Римаренко, Ю. М. Тодика, В. Трошинський, Ю. С. Шемшученко, М. О. Шульга, Р. Ш. Чілачава, С. Б. Чехович та ін.

Слід зауважити, що доктринальне вивчення закордонними та вітчизняними дослідниками тенденцій та процесів легальної та нелегальної міграції вже протягом останніх 50 років дозволяє формулювати як на міжнародному, так і на національних рівнях необхідні рекомендації та висновки, пов'язані з раціональним вирішенням міграційних проблем в інтересах суспільства, які стали фундаментальним підґрунтям нормотворення. Це зумовлює *актуальність* подальших досліджень теоретичних засад міграційних механізмів.

У зв'язку з цим, *метою* запропонованої статті є акумулювання кращих теоретичних напрацювань дослідників у сфері міжнародно-правового регулювання процесів легальної та нелегальної міграції, виокремлення існуючих лакун та перспектив для подальшого дослідження цієї сфери. Особливий акцент ми будемо приділяти такому виду міжнародної міграції, як нелегальна, адже її масштаби у світі перманентно зростають, незважаючи на національні та міжнародні зусилля щодо її запобігання та протидії.

Саму проблему нелегальної міграції варто розглядати, на наш погляд, у контексті такого глобального явища, як міжнародна міграція. Тому наукове дослідження цієї проблеми слід здійснювати, принаймні у трьох вимірах – міжнародному, європейському та національному. Адже міграційні процеси безпосередньо стосуються соціальних переміщень у планетарному масштабі та соціальної мобільності населення в національному просторі. Звідси – надзвичайна загостреність міграційних проблем, від розв'язання яких залежить майбутнє тих чи інших країн.

Пізнавальний процес будь-якого явища (у тому числі й міжнародної міграції) не може відбуватися без осмислення системи понять, тобто інструментарію нового циклу пізнання, розширення горизонту, розпізнання. Існуючий різнобіч у вживанні понять і термінів, їх нез'ясованість, не розмежування їх за обсягом та значенням, як у наукових дослідженнях, так і у міжнародно-правових актах, – все це свідчить про те, що осмислення міграційного буття з його багатогранними проявами та наслідками не отримало ще належної уваги. На наш погляд, наукова концепція міграційної сфери – це понятійна система, яка відкрита для поступового збагачення термінологічного змісту та емпіричних даних, впровадження нових наукових понять.

Можна також запропонувати так звану «піраміду концептів» щодо міжнародної міграції взагалі. На вершині піраміди міститься поняття міграції, дещо нижче – міграційного буття або міграційного простору, і ли-

ше зовсім внизу, на уявній площині основи піраміди, розташовуються базисні поняття та терміни, що стосуються міграційних процесів¹.

Саме така піраміда, на наш погляд, найбільш вдала для концептуальної розробки та вивчення поняття «нелегальна міграція», бо воно є не чим інакшим як складовою частиною явища міграції, а з'ясування сутності та місця нелегальної міграції в структурі міграційних процесів безпосередньо залежить від розуміння міграції взагалі.

Аналіз тематичної наукової літератури свідчить, що із незначними відмінностями під міграцією розуміється переміщення людей між країнами, адміністративно-територіальними утвореннями; поселення, пов'язане, здебільшого, з тимчасовою або постійною зміною проживання, роботи, укладу життя. Узагальнюючи концептуальні розробки таких дослідників, як Ю. І. Римаренко, О. І. Піскун, І. М. Прибиткова та інші, визначимо наступні види міграції:

- 1) за способом реалізації: організовані та неорганізовані;
- 2) за ступенем контролюваності: легальна та нелегальна;
- 3) за територіальною ознакою: внутрішні та зовнішні;
- 4) за часовою ознакою: постійні (чи незворотні), тимчасові, сезонні, кочові;
- 5) за відношенням до країни: еміграція, імміграція, транзитна міграція².

У ракурсі даного наукового дослідження, нас цікавить насамперед нелегальна міграція, яка, у свою чергу, має свої різновиди.

Залежно від мети призначення нелегальну міграцію можна поділити на: а) з метою транзиту; б) з метою постійного проживання; в) з метою тимчасового притулку.

Зазначимо, що нелегальну міграцію можна розрізнити і за часом виникнення, а саме: а) з моменту порушення правил в'їзду на територію держави та виїзду з неї; б) з моменту порушення правил перебування на території держави, що зумовлює необхідність продовження візи та реєстрації на території країни перебування (напівлегальна міграція).

Нелегальна міграція характеризується тим, що її суб'єкти залишають країну свого постійного проживання і опиняються на території інших держав без офіційного дозволу. Слід відзначити, що останнім часом термін «нелегальна міграція» почав активно використовуватися у нормативних джерелах (як національних, так і міжнародних), наукових дослідженнях, при чому у різних галузях права, засобах масової інформації, наукових конференціях. Але, як видається, чіткого визначення та погодження з характерними ознаками цього явища не існує. Виходячи з цього, ми вважаємо доцільним зупинитися саме на цьому моменті. Нелегальне переправлення мігрантів є лише частиною більш загального процесу нелегальної міграції, і тому було б корисним розрізнити дії, що набирають форми організованого нелегального переправлення мігрантів, та більш прості засоби нелегального в'їзду, якому сприяють різні окремі випадкові особи. Відразу наголосимо: поняття «торгівля людьми» та «переправлення нелегальних мігрантів» мають деякі спільні риси, але між ними є й значні розбіжності. Англійський термін «trafficking» означає нелегальне ввезення або вивезення тих чи інших предметів. Отже, контрабанда людей означає нелегальне переправлення людей з країни походження (експорту) до країни призначення (імпорту). Це явище завжди має протиправний характер і тому легше піддається визначенню, ніж поняття «торгівля людьми»³.

Нелегальна міграція включає ряд характерних рис, які у міжнародних документах визначаються так:

1. Наявність посередника, контрабандиста, який організовує перетин кордону, але не надає такого широкого кола послуг, як торгівці людьми. У деяких окремих випадках нелегальне перетинання відбувається самостійно.

2. Мігрант може повністю уникнути контактів з владою під час перетинання кордону, надати фальшиві чи справжні документи чи повідомити неправдиві відомості про свої наміри. Існує окрема категорія так званих «напівлегальних мігрантів», які прибувають у країну легально, а вже там залишаються на нелегальному положенні.

3. Переміщення людей відбувається цілком добровільно.

4. Прибуток отримується з тих коштів, які нелегальний мігрант сплачує контрабандисту. Боргова кабала майже не практикується. Якщо ж вона виникає, з'являються грошові вимоги до нелегального мігранта, які, у свою чергу, можуть перетворитися в експлуатацію останнього.

5. Контрабанді людей не завжди притаманний прямий взаємозв'язок з іншими формами організованої злочинності, тим часом як у торгівлі людьми цей взаємозв'язок не підлягає сумніву⁴.

Слід наголосити на тому, що торгівля людьми ніколи не має добровільного характеру і має на меті експлуатацію. Це є двома основними критеріями, які відрізняє її від нелегальної міграції. Саме фактори добровільності та подальшої експлуатації, з позицій ООН, є основою розмежування термінів «торгівля людьми» та «нелегальна міграція»⁵.

Такі дослідники, як Р. Вольвенд, І. М. Прибиткова, Ю. І. Римаренко, пропонують певні ознаки, при наявності яких, переміщення мігрантів є нелегальним:

- 1) залучення посередника-особи, що займається нелегальним переправленням мігрантів;
- 2) надійне укриття в пунктах пропуску;
- 3) перетинання кордону із супроводом;
- 4) влаштування на роботу в країні призначення;
- 6) гроші переходять в інші руки;

7) в'їзд або перебування є незаконним;

8) переміщення є добровільним⁶.

Звернемося тепер до міжнародної правової бази з тим, щоб виявити сутність існуючих основних визначень «нелегальної міграції». Згідно зі ст. 3 Протоколу проти незаконного ввозу мігрантів сушею, повітрям та морем, який доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р., «незаконне ввезення мігрантів – це забезпечення, з метою отримання, прямо чи не прямо, будь-якої фінансової або іншої матеріальної користі, незаконного в'їзду до будь-якої держави будь-якої особи, яка не її громадянином або не мешкає постійно на її території. Незаконний в'їзд – це перетинання кордону без дотримання необхідних вимог для законного в'їзду до приймаючої країни»⁷

Виходячи з цього, було рекомендовано розуміння поняття «нелегального переправлення мігрантів» як діяльності, спрямованої на навмисне сприяння іноземцям у перетині кордону або проживанні на території держави на умовах, що суперечать правилам та умовам, прийнятим у цій державі. Особливо цікавими є ознаки, які Конференція трактує як обтяжуючі у процесі перевезення нелегальних мігрантів. До них відносять: 1) переміщення іноземців з метою фінансової винагороди та/або в організований спосіб; 2) підробка документів; 3) експлуатація у формі проституції або в інших формах; 4) спонукання нелегальних мігрантів до нелегальної діяльності та відмивання грошей⁸.

Враховуючи основні аспекти та ознаки вищезазначених формулювань, вважаємо доцільним запропонувати власний альтернативний варіант поняття «нелегальної міграції».

На наш погляд, *нелегальна міграція* – це вид міжнародної міграції, який є добровільним (майже завжди незаконним) переміщенням через державний кордон країни-призначення осіб, що не є її громадянами або не мешкають постійно на її території, без дотримання ними вимог для законного в'їзду, з використанням підроблених в'їзних документів або без таких, самостійно або за допомогою окремих посередників чи організованих груп з подальшим отриманням останніми фінансової або іншої матеріальної користі, а також проживання таких осіб на території країни без офіційного дозволу.

Розглянемо питання щодо визначення міжнародно-правового механізму протидії нелегальній міграції, чіткого визначення якого в наукових дослідженнях не існує. Зазначимо, що механізм протидії нелегальній міграції з точки зору адміністративного права був запропонований О. В. Кузьменко⁹, яка визначила, що адміністративно-правовий механізм протидії нелегальній міграції містить у собі: систему правових актів; організаційно-структурні формування механізму (тобто суб'єкти, що здійснюють протидію); організаційно-правові способи (тобто види діяльності суб'єктів протидії). На основі вищезазначених доктринальних розробок, спробуємо запропонувати авторське визначення «*міжнародно-правового механізму протидії нелегальній міграції*», який представляє собою сукупність міжнародно-правових засобів та методів цілеспрямованого впливу на міжнародно-правові відносини з протидії нелегальній міграції, що здійснюється суб'єктами міжнародного права спільно або індивідуально за допомогою міжнародно-правових норм та принципів. У зв'язку з цим, міжнародно-правовий механізм протидії нелегальній міграції складається з таких елементів: міжнародно-правові норми та принципи; суб'єкти міжнародного права; міжнародно-правові відносини з протидії нелегальній міграції.

Виходячи з вищенаведеного, зазначимо, що питання механізмів протидії нелегальній міграції потребують подальшої доктринальної розробки. Це зумовлено досить високим рівнем мінливості міжнародного явища нелегальної міграції, яка постійно трансформується, набуває нових видів, спектр причинно-наслідкових зв'язків постійно розширюється. У зв'язку з цим перед міжнародною спільнотою постають актуальні питання вироблення, як на науковому, так і на практичному рівнях, адекватних та дієвих механізмів протидії даному глобальному міжнародному явищу. Адже, як свідчить світовий досвід, коли до міграційних зрушень ставитися байдуже, то вони можуть безконтрольно і спонтанно еволюціонувати, деструктивно впливаючи на соціальну та економічну інфраструктури, політичне та культурне життя. Звертає на себе увагу, що нелегальна міграція підриває процес законної міграції. Проникнення організованої злочинності в цю сферу має негативні наслідки для «образу» міграції та спілок мігрантів у країнах призначення. Кардинальне розв'язання проблеми міжнародної нелегальної міграції, з якою постійно стикається більшість держав, знаходиться на даний момент в епіцентрі міжнародних відносин.

Нагальною потребою сучасного світового співтовариства є намагання співпрацювати через узгодження інтересів та особливостей усіх країн-суб'єктів міжнародного співробітництва у руслі вироблення таких міжнародних норм щодо проблеми нелегальної міграції, які б виражали погоджені волі усіх держав, були загальноновизнаними та окрім того були модернізованими, універсальними й ефективними засобами подолання зростання масштабів цього явища.

¹ Нелегальна міграція та торгівля жінками (у 2 кн.) Кн. 1 // За ред. Ю. Римаренка. – К.: ІДП НАН, КУП, НАВС, 2001.– С. 82.

² Там само.– С. 182–183.

³ Globalization, Migration and Development. – Paris: OECD, 2000. – P. 33.

⁴ Взаємозв'язки між організованою злочинністю та торгівлею іноземцями. Наукове дослідження Секретаріату Будапештської групи. – К., 1999. – С. 11–12.

⁵ Доклад спеціального докладчика Комісії по правам человека ООН. E/CN.4/2000/68 от 29 февраля 2000 г. – С. 11.

⁶ Міжнародно-правові проблеми протидії нелегальній міграції та торгівлі жінками / Відп. редактори Ю. Римаренко, Ю. Шемшученко, Я. Кондратьєв. – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2003. – С. 106.

⁷ Документ ООН: A/RES/55/25 (2000 р.)

⁸ Конференція міністрів з питань запобігання нелегальній міграції // Проблеми міграції. – 1998. – № 1(4). – С. 35–48.

⁹ Кузьменко О. В. Адміністративно-правова протидія нелегальній міграції в Україні. – К.: НАВСУ, 2001. – С. 101–106.

Резюме

Статтю присвячено аналізу провідних теоретичних напрацювань дослідників у сфері міжнародно-правового регулювання процесів легальної та нелегальної міграції, виокремлення перспектив для подальшого дослідження цієї сфери.

Ключові слова: міграція, нелегальна міграція, механізм міжнародно-правового регулювання.

Резюме

Статья посвящена анализу ведущих теоретических разработок исследователей в сфере международно-правового регулирования процессов легальной и нелегальной миграции, выделению перспектив для дальнейшего исследования этой сферы.

Ключевые слова: миграция, нелегальная миграция, механизм международно-правового регулирования.

Summary

The article analyzes the theoretical developments leading researchers in the field of international legal regulation of legal and illegal migration, distinguishing the prospects for further research in this field.

Key words: migration, illegal migration, the mechanism of international law regulation.

Отримано 2.04.2012

О. А. ЛАТИНІН

*Олег Анатолійович Латинін, заступник голови
Севастопольського апеляційного господарського
суду*

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ КРЕДИТОРІВ У ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ

Одним з чинників забезпечення сталого розвитку вітчизняної економіки є ефективний та оперативний захист прав та інтересів кредиторів при провадженні справи про неспроможність (банкрутство). Неспроможність одного суб'єкта господарювання не повинна викликати неспроможність інших господарюючих суб'єктів. З метою уникнення подібної ситуації існує необхідність локалізації стану неспроможності первісного боржника.

Іноземне законодавство з регулювання питань банкрутства ставить перед собою завдання щодо одночасного вирішення таких проблем як: захист прав та законних інтересів кредиторів від недобросовісних дій боржника; захист прав та законних інтересів кредиторів від недобросовісних дій інших кредиторів; та захист прав та законних інтересів боржника від недобросовісних дій його кредиторів¹.

Метою даної статті є охарактеризувати захист прав кредиторів за законодавством зарубіжних держав.

Питання законодавчого регулювання процедур банкрутства були предметом наукових праць, зокрема, таких вчених, як: Р. Г. Афанасьєв, В. В. Вітрянський, В. В. Джунь, О. П. Подцерковний, Б. М. Поляков, В. Ф. Попондопуло, М. В. Телюкіна, М. І. Тітов, Е. В. Сгара, Г. П. Царик та інших. Проте при цьому не виокремлювався такий інститут, як захист прав кредиторів.

Варто відмітити, що в світі частіше зустрічаються країни з чіткою спрямованістю захисту того чи іншого суб'єкта процедури банкрутства. Так, законодавство Великої Британії та Німеччини можна віднести до представників «прокредиторської» концепції. Правові засади регулювання відносин неспроможності Франції та США навпаки є типовими прикладами «проборжниківського» підходу.

Сама назва другої концепції правового регулювання процедури банкрутства вказує на те, що в захисті інтересів її учасників суттєва перевага надається боржнику. Відмінними рисами «проборжниківської» системи законодавства про банкрутство є презумпція тимчасової неплатоспроможності. З цього приводу велика увага приділяється реабілітаційним процедурам, порядок введення яких є спрощеним на достатньо довгий строк. Навіть при негативному результаті цих процедур відносно боржника не обов'язково будуть розпочаті ліквідаційні заходи². Крім цього, при проборжниківській спрямованості законодавства боржнику надаються пільги у випадку укладення мирової угоди.

Наприклад, французьке законодавство про банкрутство надає перевагу, по-перше, збереженню діючого підприємства, по-друге, збереженню робочих місць та, по-третє, задоволенню вимог кредиторів³. З цього