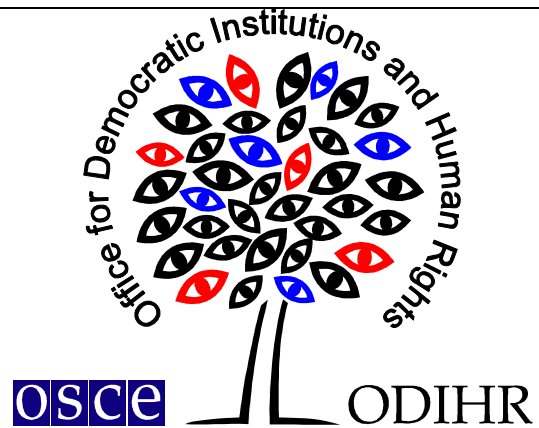


Варшава, 24 сентября 2009 г.

Заключение №: MIG – KAZ/137/2009

[AT]

www.legislationline.org



**Заключение
по поводу
проекта Закона Республики Казахстан
«О миграции населения»**

**Заключение основано на переводе законопроекта на английский язык,
выполненном Центром ОБСЕ в Астане.**

**Комментарии по поводу Статьи 1, пп. 14, 44 и 46 законопроекта составлены
при помощи проф. Коула Дурама, члена Консультативного совета ОБСЕ по
вопросам свободы религии и вероисповедания**

СОДЕРЖАНИЕ:

I. ВВЕДЕНИЕ

II. ПРЕДМЕТ АНАЛИЗА

III. КРАТКИЙ ОБЗОР

IV. АНАЛИЗ И РЕКОМЕНДАЦИИ

- (i) Общие замечания и наблюдения
- (ii) Связь законопроекта с другими законами Республики Казахстан/вопросы, связанные со структурой законопроекта
- (iii) Соответствие законопроекта Статье 12 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП)
- (iv) Трудящиеся-мигранты
- (v) Отказ во въезде или проживании, задержание и выдворение
- (vi) Другие вопросы
- (vii) Переходные положения

I. ВВЕДЕНИЕ

1. 2 июня 2009 года на имя руководителя Центра ОБСЕ поступил запрос от Министерства труда и социальной защиты Республики Казахстан о проведении анализа проекта Закона Республики Казахстан «О миграции населения» (далее «законопроект»).
2. Центр ОБСЕ в Астане перенаправил этот запрос в БДИПЧ ОБСЕ. Изначально планировалось представить Заключение БДИПЧ к 15 июня, однако вскоре стало известно о том, что Министерство труда и социальной защиты продлило срок работы над законопроектом. Более того, 7 июля 2009 года через Центр ОБСЕ в Астане в БДИПЧ ОБСЕ была представлена новая версия законопроекта.
3. Приведенное здесь заключение (далее «заключение») составлено в ответ на поступивший запрос и основано на новой версии законопроекта, представленного в БДИПЧ ОБСЕ 7 июля 2009 года и прилагаемого к данному заключению (Приложение I).
4. Необходимо отметить, что ранее БДИПЧ ОБСЕ представило Предварительное заключение по поводу законодательства Республики Казахстан «О трудовой деятельности иностранных граждан на территории Республики Казахстан», составленное 21 июня 2007 года¹.

II. ПРЕДМЕТ АНАЛИЗА

5. Предметом анализа являлся исключительно вышеупомянутый законопроект, представленный на рецензию. Поэтому данное заключение не содержит полного и исчерпывающего анализа всего существующего рамочного законодательства, регулирующего данный вопрос в Республике Казахстан. Основное внимание в нем уделено правам мигрантов, закрепленным в законопроекте, а также содержатся некоторые общие замечания относительно миграции, свободы передвижения и иных основных прав и свобод. В заключении также приводится оценка общей структуры законопроекта.
6. Заключение представлено на основании неофициального перевода законопроекта на английский язык, предоставленного Центром ОБСЕ в Астане и впоследствии отредактированного переводчиком БДИПЧ ОБСЕ, отсюда возможные разночтения, связанные с неточностью перевода.
7. С учетом вышесказанного, БДИПЧ ОБСЕ хотело бы отметить, что данное заключение не будет иметь последствий в отношении каких-либо других рекомендаций или комментариев, которые БДИПЧ ОБСЕ может сформулировать в отношении упомянутых законопроектов в будущем.

¹ Заключение №: MIG – KAZ/080/2007

III. КРАТКИЙ ОБЗОР

8. С целью обеспечить соответствия рассматриваемого законопроекта международным стандартам и обязательствам Республики Казахстан, БДИПЧ ОБСЕ рекомендует следующее:
- A. провести оценку соответствия законопроекта и других национальных законов, упомянутых в законопроекте, международным соглашениям, подписанным Республикой Казахстан, в частности, Международному пакту о гражданских и политических правах (МПГПП), Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП) и определенным Конвенциям МОТ. [пп. 27 и 40]
 - B. внести поправки в Преамбулу с целью включить в нее все области, охватываемые законопроектом. [п. 18]
 - C. ограничить сферу регулирования закона трансграничной миграцией и правами и обязанностями иностранных граждан. [п.19]
 - D. до принятия закона провести полный сравнительный анализ законопроекта и всех законов, касающихся различных аспектов миграции, и соответствующих полномочий различных государственных органов, с целью избежать повторений и несоответствия между взаимосвязанными законами. [п. 19]
 - E. конкретизировать законодательство, ссылка на которое содержится в Статье 2, и установить взаимосвязь между различными законами, касающимися вопросов миграции. [п. 20]
 - F. в статьях, содержащих упоминания других законов, привести точное название и, по возможности, пункт закона, на который приводится ссылка. [пп.21, 29, 40 и 51]
 - G. использовать единую терминологию по всему тексту и включить в Статью 1 все необходимые точные определения, соответствующие международной терминологии. [пп. 22, 63 и 64]
 - H. пересмотреть компетенции различных государственных органов в области миграционных процессов с целью их уточнения и отражения в законопроекте. [пп. 23 и 24]
 - I. включить перечень целей и определение политики Закона «О миграции», а также определение термина «миграция» в первую статью законопроекта. [п. 25]
 - J. внести поправки в пункт 2 статьи 4, с целью отразить в нем принцип равенства в правах мигрантов (включая иностранных граждан) и граждан

Казахстана в соответствии с международными соглашениями, ратифицированными Республикой Казахстан. [п. 26]

- K. конкретно указать, к каким именно обстоятельствам относится пункт 2 статьи 54. [п. 29]
- L. провести оценку соответствия квот переселения внутренних мигрантов (статьи 53 и 55 законопроекта) требованиям статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах, и внести необходимые поправки. [п.30]
- M. провести оценку соответствия оснований для отказа в предоставлении разрешения на выезд из страны (статьи 58 и 59 законопроекта) требованиям статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах, и внести необходимые поправки. [пп. 31 и 32]
- N. конкретизировать или исключить пункт первый статьи 59. [п. 33]
- O. в Статье 59, пп. 4, 6 и 7 указать, что отказ в предоставлении разрешения на выезд в подобных обстоятельствах должен основываться на судебном решении. [п. 34]
- P. включить в Статью 59 право на обжалование и обязанность государственных органов периодически заново оценивать основания для отказа в разрешении на выезд. [п. 35]
- Q. уточнить термин «учет» в пункте 9 статьи 9 и обусловить необходимость информирования соответствующих лиц об учете их данных. [п. 36]
- R. добавить в законопроект определение «трудоустроенного-мигранта». [п.39]
- S. добавить в законопроект положения, касающиеся равноправия иммигрантов и граждан Казахстана в отношении других прав, включенных в Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, таких как право на труд, на справедливые и благоприятные условия труда, и право на соответствующий уровень жизни. [п. 41]
- T. включить в законопроект право трудящихся мигрантов на создание профессиональных союзов и членство в них. [п. 42]
- U. внести в законопроект поправки с тем, чтобы разрешения на работу выдавались по просьбе самих трудящихся, а не по просьбе их работодателей. [п. 44]
- V. обговорить в законопроекте соответствующую уголовную ответственность работодателей, нарушающих права трудящихся. [п. 45]
- W. Республике Казахстан принять и ратифицировать Конвенцию ООН «О защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей», Конвенцию

МОТ «О миграции с целью трудоустройства» и Конвенции МОТ «О трудящихся-мигрантах», а также двухсторонние соглашения с соседними странами по поводу сезонных рабочих. [п. 46]

- X. Дополнить пункт 6 статьи 51 положением об исключениях в отношении лиц, совершивших незначительные или определенные иные правонарушения в прошлом. [п. 49]
- Y. привести в соответствие друг с другом тексты статьи 51 и пункта 12 статьи 52. [п. 50]
- Z. переформулировать статьи 51 и 52, обусловив предоставление лицу отказа во въезде или в разрешении на проживание в письменной форме и на понятном ему языке. [п. 51]
- AA. предусмотреть в законопроекте право на обжалование решения об отказе во въезде в страну (статья 51). [п. 51]
- BB. более четко определить право на обжалование в статье 52 и привести ссылки на конкретные законы, регулирующие порядок такого обжалования. [п. 51]
- CC. привести пункты 2, 5 и 14 статьи 52 в соответствие с международными стандартами в области прав человека. [пп. 52-56]
- DD. в статье 63 обусловить дифференцированный подход в отношении задержания лиц с целью их выдворения и предусмотреть в этой статье право задержанных лиц на получение информации о причинах задержания на понятном им языке. [пп. 57 и 58]
- EE. в статье 63 предусмотреть право лица на обжалование решения о его задержании и условий содержания, а также права задержанных на юридическое представительство. [п. 58]
- FF. в статье 63 ограничить срок задержания и указать, что его определяет суд. [п. 58]
- GG. дополнить статью 63 прямым запретом на коллективное выдворение иностранных граждан. [п. 58]
- HH. обусловить выдачу разрешения на пребывание в стране или прекращение процедуры выдворения в интересах защиты прав человека выдворяемого лица или из соображений гуманности, в особенности в отношении жертв торговли людьми. [пп. 59-61]
- II. переформулировать /исключить пункт 14 статьи 1, пункт 1 (4) статьи 15 и статью 46 с целью устранения необоснованных ограничений в отношении мигрантов, желающих заниматься миссионерской или иной проповеднической деятельностью. [пп. 64-66 и 68-70]

- JJ. придать статье 44 более общий характер, с целью охватить различные типы гуманитарной деятельности. [п. 67]
- KK. согласовать друг с другом сроки, указанные в пунктах 22 и 24 статьи 1. [п. 71]
- LL. переформулировать пункт 32 статьи 1, указав, что квота иммиграции этнических репатриантов (оралманов) подразумевает предоставление дополнительной социальной помощи этническим репатриантам, подпадающим под эту квоту. [п. 72]
- MM. переформулировать пункт 7 статьи 5, обусловив в нем право всех иммигрантов на получение бесплатных интеграционных и адаптационных услуг. [п. 73]
- NN. в пункте 4 статьи 6 предусмотреть случаи достижения мигрантами 16-летнего возраста после их въезда в Казахстан. [п. 74]
- OO. согласовать друг с другом требования к различным категориям бизнес-иммигрантов, перечисленные в пункте 3 статьи 25. [п. 75]
- PP. переформулировать пункт 1 статьи 29, приведя его в соответствие с законодательством Республики Казахстан «О браке и семье», предусмотрев в нем воссоединение семьи с обоими родителями и пояснив, что «опекой над несовершеннолетними детьми» подразумевается «юридическая опека». [п. 76]
- QQ. дополнить пункт 1 статьи 29 положением, обуславливающим первоочередное рассмотрение гуманитарных дел. [п. 77]
- RR. переформулировать или исключить пункт 4 (1) статьи 29 с тем, чтобы закон позволял воссоединение семьи иммигрантов по политическим причинам. [п. 78]
- SS. переформулировать пункт 2 статьи 30, обусловив единый режим для граждан Республики Казахстан и этнических казахских репатриантов. [п. 79]
- TT. в случаях прекращения существования обстоятельств, с обязательным наличием которых связана выдача разрешения на воссоединение семьи, распространить право на пребывание в Казахстане на лиц, не имеющих финансовых средств (Статья 30, п. 3). [п. 80]
- UU. сделать максимально прозрачным порядок работы Комиссии по присвоению статуса этнического репатрианта и включению в квоту иммиграции этнических репатриантов, описанный в статье 35, и Центров адаптации и интеграции мигрантов (статья 39), и обусловить в статье 36 право на обжалование. [пп. 81 и 82]
- VV. конкретизировать термин «уважительная причина» в статье 40. [п. 83]

WW. переформулировать статью 41, обусловив предоставление крова семьям этнических репатриантов (далее «оралманы») до того, пока не будет найдено иное место проживания. [п. 84]

XX. исключить требование об обязательных медицинских осмотрах из пункта 2 статьи 41. [п. 84]

YY. дополнить статью 47 упоминанием о возможности обращения с ходатайством о предоставлении убежища к пограничной полиции. [п. 85]

ZZ. в статье 64 указать, какой именно суд имеет право на разрешение споров по поводу Закона «О миграции», и определить конкретный порядок рассмотрения этих споров в суде. [п. 86]

AAA. в статье 65 прояснить будущее применение закона. [п. 87]

BBB. предусмотреть период *vacatio legis* при вступлении закона в силу. [п. 88]

ССС. до принятия законопроекта определить, какие из существующих законов Республики Казахстан нуждаются в изменениях, оценить необходимые для этого средства (провести оценку законодательных и финансовых последствий пересмотра законов) и определить необходимость разработки вторичного законодательства для обеспечения должного исполнения этих законов. [пп. 89 и 90]

IV. АНАЛИЗ И РЕКОМЕНДАЦИИ

(i) Общие замечания по поводу свободы передвижения и иных основных принципов в области прав человека

9. Миграция невозможна без свободы передвижения. Свобода передвижения в пределах одного государства является одним из основополагающих прав человека. Статья 13 Декларации ООН по правам человека² гласит: «Каждый человек имеет право свободно передвигаться и выбирать себе местожительство в пределах каждого государства». Статья 12 Международного пакта о гражданских и политических правах³

² Принята 10 декабря 1948 г.

³ Статья 12 МПГПП (1966 г.), ратифицированного Казахстаном 24 января 2006 г., гласит:

1. Каждому, кто законно находится на территории какого-либо государства, принадлежит, в пределах этой территории, право на свободное передвижение и свобода выбора местожительства.
2. Каждый человек имеет право покинуть любую страну, включая свою собственную.
3. Упомянутые выше права не могут быть объектом никаких ограничений, кроме тех, которые предусмотрены законом, необходимы для охраны государственной безопасности,

(далее «МПГПП») предоставляет это право только лицам, «законно» находящимся на территории государства, и допускает определенные ограничения, однако только в случаях, когда они «предусмотрены законом, необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в настоящем Пакте другими правами». В соответствии со статьей 13 Декларации ООН по правам человека и статьей 12 МПГПП, у каждого человека есть право покинуть любую страну, включая страну, гражданином которой он является.

10. Свобода передвижения является также одним из принципов, соблюдать которые обязались государства-участники ОБСЕ в ряде документов СБСЕ/ОБСЕ (далее «документы» и/или «обязательства ОБСЕ»), начиная с Хельсинского заключительного акта (1975 г.), которым они обязались упростить процедуры и использовать гибкие режимы въезда и выезда, а также облегчить передвижение граждан между государствами-участниками. Заключительный документ Венской встречи (1989 г.) определил свободу передвижения в качестве одного из основных принципов ОБСЕ⁴, указав также, что эта свобода не подлежит произвольным ограничениям, непредусмотренным законом или несовместимым с международными обязательствами согласно законодательству ООН, включая Декларацию ООН по правам человека и МПГПП. Это принцип был далее подчеркнут в Копенгагенском документе (1990 г.), согласно которому свобода передвижения может быть ограничена только в том случае, когда это необходимо в интересах общества или преследует законную цель и является соразмерным этой цели. Копенгагенский документ также включал в себя обязательства по обеспечению быстрого режима въезда и выезда. Наконец, в Московском документе (1991 г.) были сформулированы обязательства государств по снятию правовых и иных ограничений в отношении перемещения в пределах своих территорий, а также в отношении проживания лиц, имеющих право на постоянное проживание.

11. В Казахстане свобода передвижения гарантирована статьей 21 Конституции Казахстана⁵ (далее «Конституция»). В соответствии со статьей 21, за исключением предусмотренных законом случаев, каждому, законно находящемуся на территории Республики Казахстан, принадлежит

общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в настоящем Пакте другими правами.

⁴ Вена, 1989 г.: «Вопросы, связанные с безопасностью в Европе: Принципы», п. 20:

«Государства-участники обязуются в полной мере уважать право каждого человека

- на свободу передвижения и выбор местожительства в пределах каждого государства,
- свободу покидать любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в собственную страну».

⁵ Конституция Республики Казахстан, принятая в результате референдума, проведенного 30 августа 1995 г.; дата внесения последней поправки – 21 мая 2007 г.

право свободного передвижения по ее территории и свободного выбора местожительства⁶. Пункт 2 статьи 21 гарантирует каждому право на выезд за пределы Казахстана, а также право граждан Казахстана на беспрепятственное возвращение в Республику.

12. Поскольку Казахстан является страной, подписавшей МПГПП, его Конституция и иные законодательные акты должны истолковываться в свете положений МПГПП. Этот принцип отражен в пункте 3 статьи 4 Конституции и в статье 2 законопроекта, которые признают превалирование международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан, над национальным законодательством. Это означает, что любое ограничение свободы передвижения должно не только основываться на законодательстве, как того требует статья 21 Конституции, но и соответствовать другим требованиям статьи 12 МПГПП. Более того, не может быть использовано никакое положение, не соответствующее нормам международного права, и взамен него должен применяться принцип, провозглашенный в международном праве⁷. Помимо соблюдения необходимых требований, любые ограничения свободы передвижения должны соответствовать принципу соразмерности, применяемому в международном праве, что означает, что они должны быть соразмерны и обеспечивать справедливый баланс между интересами общества и интересами личности⁸.
13. Поскольку свобода передвижения является необходимой предпосылкой для миграции, государства обязаны защищать мигрантов, в частности, иностранных граждан, на своей территории и гарантировать им возможность пользоваться основными правами и свободами. Конституция Республики Казахстан гарантирует каждому человеку права и свободы на территории Республики (статьи 1 и 12), как и ст. 4, п. 1 (1) и ст. 5, п. 1 (1) законопроекта. Равноправное отношение государства как к собственным, так и к иностранным гражданам является общепринятым принципом международного права – исключения из этого принципа возможны только в том случае, если они служат законным целям государства и являются соразмерными этим целям⁹. Международный

⁶ Статья 21 Конституции Республики Казахстан гласит:

1. Каждому, кто законно находится на территории Республики Казахстан, принадлежит право свободного передвижения по её территории и свободного выбора местожительства, кроме случаев, оговоренных законом.

2. Каждый имеет право выезжать за пределы Республики. Граждане Республики имеют право беспрепятственного возвращения в Республику.

⁷ См. статью 4, п. 3 Конституции и статью 2 законопроекта.

⁸ См. дело «Бессеней против Венгрии» (*Besseneyi v. Hungary*), постановление Европейского суда по правам человека от 21 октября 2008 г., п. 21.

⁹ «Предупреждение дискриминации. Права неграждан», окончательный доклад Специального докладчика Подкомиссии по поощрению и защите прав человека, Комиссия по правам человека, Экономический и социальный Совет ООН, 26 мая 2003 г., E/CN.4/Sub.2/2003/23

пакт об экономических, социальных и культурных правах¹⁰ (далее «МПЭСКП») требует от государств принятия прогрессивных мер для расширения имеющихся ресурсов для защиты прав каждого человека – независимо от его гражданства – с целью отразить такие права, как право на труд, справедливые и благоприятные условия труда, право на создание профессиональных союзов и членство в них¹¹, а также право на медицинское обслуживание, социальную защиту и образование¹². Конкретные обязательства государств-участников ОБСЕ в отношении прав трудящихся мигрантов будут рассмотрены ниже (см. пп. 37-46).

14. Конституция Республики Казахстан гарантирует определенные права каждому человеку, проживающему на ее территории, такие как право на свободу от всех форм дискриминации, определенные права при задержании, право на получение информации и на труд, включая свободу выбора занятия и профессии¹³. Однако определенные права, которые предоставляет каждому МПЭСКП, по Конституции гарантированы только гражданам Казахстана, например, право на создание объединений, право на минимальную заработную плату и социальную защиту, право на охрану здоровья и медицинское обслуживание, и бесплатное среднее образование.¹⁴ Эти различия обсуждаются в других разделах данного экспертного заключения.
15. С учетом приоритетности международных соглашений над национальным законодательством, приведенные ниже рекомендации основаны на обязательствах государств-участников ОБСЕ и вышеуказанном толковании определенных прав на основании МПГПП и МПЭСКП.
16. Решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) не являются юридически обязательными документами для Республики Казахстан, тем не менее, для большинства стран-членов ОБСЕ они являются основой для толкования соответствующих документов по правам человека и тем самым убедительным и авторитетным источником для толкования основных прав и свобод, в частности, свободы передвижения и прав человека лиц, которым угрожает высылка/выдворение¹⁵.

¹⁰ МПЭСКП (1966) был ратифицирован Казахстаном 24 января 2006 г.

¹¹ См. статьи 6, 7 и 8 МПЭСКП, также статью 22 МПГПП и Московскую декларацию ОБСЕ (2001 г.).

¹² См. статью 9, статьи 11-13 и статью 15 МПЭСКП.

¹³ См. статьи 14; 16 (п. 2), 18 (п. 3); 20 и 24 Конституции.

¹⁴ См. статью 23 и статьи 28-30 Конституции.

¹⁵ Определенные аспекты прав и свобод, отраженные в МПГПП и МПЭСКП, такие как свобода передвижения, право на определенные условия труда, право на создание профессиональных союзов и членство в них, право на равноправное отношение, отражены в статье 4 (запрещение рабства и принудительного труда), статье 5 (право на свободу и личную неприкосновенность), статье 11 (свобода собраний и объединений) и статье 14 (право на свободу от дискриминации)

17. При анализе законопроекта особое внимание уделялось соответствию его положений принципам международного права и обязательствам государств-участников ОБСЕ в отношении гендерного равенства. Авторы законопроекта в Казахстане заслуживают одобрения за строгое соблюдение гендерного баланса в содержании законопроекта и его стилистике.

(ii) Связь законопроекта с другими законами Республики Казахстан

18. В преамбуле к законопроекту говорится о том, что «Закон регулирует общественные отношения в области миграции населения, определяет правовые, экономические и социальные основы миграционных процессов». Поскольку очевидно, что законопроект касается и ряда других вопросов, таких как трудовая деятельность, вопросы гражданства и разрешение на проживание, рекомендуется перечислить в преамбуле все вопросы, охваченные законопроектом.
19. В целом, законопроект касается ряда вопросов, которые также регулируются другими законами о гражданстве, трудовой деятельности, въезде в страну и выезде из страны. Этот подход представляется неоправданно широким. Авторам законопроекта следует ограничить сферу регулирования закона трансграничной миграцией и правами и обязанностями иностранных граждан, пребывающих в Республике Казахстан, как это было сделано другими государствами-участниками ОБСЕ¹⁶. Вопросы, касающиеся гражданства, в том числе вопрос об этнических казахских репатриантах (*оралманах*), и права на трудовую деятельность (за исключением вопроса о выдаче разрешений на трудовую деятельность иностранным гражданам) являются, скорее, предметами регулирования законодательства о гражданстве и труде. В то же время свобода передвижения на территории Казахстана уже заложена в Конституцию (см. п. 11 выше), таким образом, нет необходимости включать ее и в отдельный закон. Исключительные случаи, в которых государство имеет право ограничить свободу передвижения, можно сформулировать в законе о чрезвычайных ситуациях, уголовном законодательстве, законе о государственной безопасности и т.д. С целью избежать повторений и разночтений между различными законами, рекомендуется до принятия данного закона провести его сравнительный анализ со всеми законами, касающимися различных аспектов миграции,

Европейской конвенции о защите прав человека (1950 г.), проводимой в жизнь Европейским судом по правам человека. Свобода передвижения особо обговаривается в статье 2 Протокола №4 Конвенции. Право лица не быть высланным из страны при наличии угрозы его жизни или здоровью в стране назначения проистекает из статьи 2 (право на жизнь) и статьи 3 (свобода от плохого обращения и пыток) этой Конвенции.

¹⁶ В таких государствах, как, например, Австрия, Финляндия, Греция, Исландия, Нидерланды, Норвегия и Швеция, существуют законы, регулирующие въезд, пребывание и выезд иностранных граждан, однако нет специального законодательства в отношении внутренней миграции.

если такой анализ пока не было проведен. В рамках такого анализа специалистам-разработчикам законопроекта рекомендуется проанализировать положения законопроекта, относящихся к вопросам гражданства и трудовой деятельности, этнических репатриантов и внутреннего переселения, и оценить целесообразность рассмотрения этих вопросов в данном законопроекте. Независимо от того, решат ли авторы законопроекта оставить его в сегодняшнем виде или нет, в данное заключение включены замечания и по другим вопросам, касающимся структуры законопроекта.

20. В интересах обеспечения прозрачного и надлежащего исполнения законопроекта важно, чтобы правоприменители были осведомлены об общих правовых основах для решения вопросов миграции. В статье 2 законопроекта сказано, что законодательство в области миграции основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из «Закона о миграции» и «иных нормативных правовых актов», однако не уточняется, какие именно «иные правовые акты» имеются в виду. В статье 2 рекомендуется конкретно указать другие правовые акты, регулирующие различные аспекты миграции. Более того, центральным является вопрос о месте, которое данный закон занимает в иерархии правовых актов, и его следует уточнить. Отсюда необходимость конкретно указать в статье 2, какие законы имеют приоритет перед другими законами и в каких именно случаях, а также отметить, будет ли «Закон о миграции» применяться в качестве *lex specialis* в отношении всех вопросов, касающихся миграционной политики и процедур.
21. В законопроекте содержится и множество других положений, в которых упоминаются «законы» или «законодательство Республики Казахстан», без указания конкретного закона или положения, на которое дается ссылка¹⁷. В целом, не рекомендуется посредством ссылок включать положения другого законодательства, поскольку это обязывает правоприменителей соотноситься с другим законом или его частью при толковании данного закона. Если приводится слишком общая и не конкретизированная ссылка на другое законодательства, как в случае данного законодательства, определять закон для правоприменителей, даже для самих юристов, становится очень сложно, если не невозможно. Помимо практических соображений, приведение общих ссылок на иные законодательства в тексте закона без указания конкретных положений лишает авторов возможности проверить, в какой мере параллельные или связанные с тематикой законопроекта законодательные положения согласуются с положениями разрабатываемого ими законопроекта. Чтобы избежать подобной ситуации, рекомендуется точно процитировать в окончательной редакции законопроекта необходимые принципы и положения другого законодательства и гарантировать соответствие законопроекта этим принципам. Следует также приводить

¹⁷ Примеры таких ссылок можно найти в ст. 1, п. 3, Ст. 5, п. 1 (3), Ст. 6, пп. 1 и 2, Ст. 10, п. 1 (8), Ст. 12, п. 4, Ст. 15, п. 4, Ст. 20, п. 1, Ст. 25, п. 3, Ст. 26, п. 2, Ст. 31, п. 2 (2), Ст. 43, Ст. 50, Ст. 58, пп. 7 и 8, Ст. 52 и Ст. 63, п. 1.

более точные ссылки на международные договора, например, в пункте 8 статьи 9, где речь идет о «Гаагской конвенции от 5 октября 1961 года» следует привести полное официальное название этой Конвенции («Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов»). Не следует забывать о том, что любые возможные изменения в упоминаемых в законопроекте правовых актах в будущем могут привести к необходимости изменять приведенные в тексте ссылки.

22. Рекомендуется также использовать единую терминологию во всем тексте законопроекта, чтобы избежать путаницы и гарантировать последовательность терминов. Например, статья 3 содержит определения различных типов «миграции», однако в заглавиях глав 3-8, касающихся нескольких типов миграции и мигрантов, упоминается только слово «иммиграция». Этой непоследовательности можно избежать, убрав статью 3. Определение всех типов миграции необходимо также включить в статью 1. В одних случаях необходимо уточнить различные типы разрешений на проживание/пребывание, выдаваемые государственными органами (возможно, в интересах простоты и ясности, их можно подробно определить во вторичном законодательстве). В других случаях в законопроекте использованы некоторые термины, определения которых в тексте законопроекта нет (например, «миграционная карточка» (ст. 6, п.4)). Рекомендуется устранить данные несоответствия и включить в текст все надлежащие определения. Далее, рекомендуется проверить, соответствуют ли определения, приведенные в статье 1, определениям, рекомендованным международными организациями, такими как ООН (напр., в статье 3 туризм и получение образования приведены в качестве примеров миграции, в то время как эти термины обычно не подпадают под определение миграции). Также уже отмечалось, что некоторые термины, определение которых приведено в статье 1 законопроекта, не используются нигде более в тексте – рекомендуется убрать такие «избыточные» определения (например, определения «переселенцев», «эмиграции» и «эмигрантов»).
23. В частности, следует подумать, включать ли в законопроект компетенцию правительства и иных государственных органов в отношении вопросов миграции, которые приведены в Главе 2, или же их лучше включить в законодательство, которое закладывает правовую основу для работы этих государственных органов. В этом случае статьи 7-15 законопроекта следует заменить положением, содержащим перечисление государственных органов, ответственных за контроль над миграционными процессами, а также ссылки на законодательство, определяющее компетенцию этих органов. Необходимо провести дальнейший анализ компетенции каждого государственного органа, чтобы избежать дублирования их задач и гарантировать, что выполнение определенных задач, например, создание баз данных по мигрантам, станут повседневной деятельностью, координируемой одним органом. В случаях, когда организационная основа и полномочия определенных ведомств, упомянутых в законопроекте, могут быть непонятны

некоторым пользователям закона, в законопроект необходимо включить подробные ссылки на соответствующее законодательство.

24. Конкретная поэтапная координация деятельности различных государственных органов в области миграции со стороны уполномоченного органа по вопросам миграции должна быть обусловлена в плане действий или вторичном законодательстве. Рекомендуются включить разработку подобного плана действий или вторичного законодательства и мониторинг их исполнения в перечень полномочий уполномоченного органа по вопросам миграции.
25. В целях обеспечения ясности и точности законопроекта рекомендуется также привести перечень задач и политики «Закона о миграции» (в существующей редакции это статья 4 законопроекта) в самом начале законопроекта и включить в эту статью определение термина «миграция» (в настоящее время это определение приведено в пункте 4 статьи 1 законопроекта).
26. Необходимо отметить, что, несмотря на то, что права и свободы мигрантов (включая иммигрантов) входят в перечень принципов «Закона о миграции», обусловленных в пункте 1 статьи 4 законопроекта, они не включены в задачи закона, перечисленные в пункте 2 той же статьи. Вместо этого, в этом пункте «защита прав и свобод казахстанских граждан, участвующих в миграционных процессах» упоминается только как одна из задач закона, без упоминания прав и свобод лиц, не являющихся гражданами Республики Казахстан. Равноправие граждан и неграждан является одним из принципов международного права, которое, в частности, отражено в различных статьях Международного пакта о социальных, социальных и гражданских правах (см. п. 13 выше). Рекомендуется переформулировать пункт 2 статьи 4, отразив в нем этот принцип.

**(iii) Соответствие законопроекта требованиям статьи 12
Международного пакта о гражданских и политических правах
(МПГПП)**

27. Как отмечалось выше, статья 12 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) гарантирует свободу передвижения и свободу выбора местожительства каждому человеку, находящемуся на территории государства на законных основаниях. Эта свобода закреплена в статье 21 Конституции Республики Казахстан, в статье 54 законопроекта и в различных обязательствах ОБСЕ¹⁸. Законопроект необходимо привести в соответствие с требованиями этой и других статей МПГПП.

¹⁸ См., в частности, Заключительный документ Венской встречи (1989 г.), «Вопросы, связанные с безопасностью в Европе», п. 20 и Московский документ (1991 г.), п. 33.

28. Статья 54 законопроекта однозначно декларирует принцип свободы передвижения, однако допускает ограничение этой свободы в случаях, «предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан, когда оно может быть ограничено в целях государственной безопасности, охраны общественного порядка и здоровья населения». Это положение следует толковать в свете статьи 12 МПГПП, согласно которой такое ограничение допустимо только в случаях, когда оно действительно необходимо, а также должно быть соразмерно декларируемой цели, тем самым обеспечивая надлежащий баланс между интересами личности и интересами общества (см. п. 12 выше).
29. В то время как статья 54, п. 2 в целом защищает физических лиц от принудительного переселения, она также допускает принудительное переселение по основаниям, предусмотренным законодательными актами Республики Казахстан. С целью гарантировать, что принудительное переселение будет иметь место только в исключительных случаях, например, в случае природных бедствий, крупномасштабных несчастных случаев или катастроф, рекомендуется особо отметить, какие именно законодательные акты допускают такую форму перемещения, и в каких случаях. Необходимо также проанализировать сами эти законодательные акты, чтобы убедиться в том, что они согласуются с принципом свободы передвижения, декларированным в статье 21 Конституции Республики Казахстан и статье 12 МПГПП.
30. Неясно также, насколько квота внутреннего переселения, регулирующая внутреннюю миграцию и упомянутая в статьях 53 и 55 законопроекта, согласуется со статьей 12 МПГПП. Если эта квота позволяет только определенным людям перемещаться и переселяться в пределах страны, тогда такое ограничение свободы передвижения является нарушением статьи 12 МПГПП. С другой стороны, если «квота» - это просто другой термин для обозначения правительственной программы поддержки процесса переселения населения в определенные отдельные районы Казахстана, тогда такую программу следует отразить не в законе, а в отдельном плане действий. Такой план действий должен также содержать более подробную информацию о требованиях к подаче заявок на включение в программу и порядке отбора лиц для участия в ней.
31. В соответствии с пунктом 2 статьи 58 законопроекта, для выезда на постоянное жительство за границу гражданам требуется разрешение компетентного органа внутренних дел. Такое разрешение не требуется в случае выезда из страны для временного пребывания за границей. Поскольку в соответствии с пунктом 2 статьи 12 МПГПП и статьей 21 Конституции Республики Казахстан всем лицам, законно находящимся на территории Казахстана, разрешается выезжать из страны, независимо от того, выезжают ли они за границу с целью временного или постоянного проживания, требование о получении предварительного

разрешения на выезд является излишним¹⁹. Рекомендуется внести соответствующие поправки в статью 58 и убрать все упоминания о разрешениях на выезд.

32. Если понятие разрешений на выезд не будет исключено из законопроекта, практика выдачи таких разрешений может соответствовать вышеупомянутым принципам свободы передвижения только в том случае, если в законопроекте будет ясно сказано, что лица, выезжающие из Республики Казахстан на постоянное жительство в другое государство, обычно автоматически получают разрешение на выезд. В законопроекте необходимо четко обозначить, что отказ в разрешении на выезд возможен только в исключительных случаях и только на основании судебного решения.
33. В соответствии с настоящей редакцией законопроекта, в получении разрешения на выезд может быть временно отказано при наличии определенных условий, перечисленных в статье 59. В «Общем замечании №27» по поводу свободы передвижения (статья 12)²⁰ Комитета ООН по правам человека отмечается, что подобные ограничения свободы передвижения должны иметь под собой четкие законные основания, и подчеркивается необходимость их соответствия критериям абсолютной необходимости и требованиям соразмерности²¹. Комитет ООН по правам человека отмечает, что эти требования не считаются удовлетворенными, например, в случае, если лицу было отказано в выезде из страны только на основании того, что он или она обладают «государственной тайной». Поэтому рекомендуется либо пояснить, либо исключить из законопроекта пункт 1 статьи 59, который гласит, что в разрешении на выезд может быть отказано гражданину, который «обладает сведениями, составляющими государственную и иную охраняемую законом тайну».
34. Столь же неясным кажется ряд иных предпосылок для временного отказа в разрешении на выезд, что предоставляет властям широкий выбор оснований при отказе в выезде (или в этом случае в выдаче «разрешений на выезд»). В случаях, аналогичных отмеченным в пункте 4 статьи 59, ограничивающем право лица, уклоняющегося «от исполнения обязательств, возложенных на него судом», на выезд из Республики Казахстан, «до исполнения обязательств, либо до достижения согласия сторонами», решение о подобном ограничении свободы передвижения лица должен принимать суд. Такое ограничение

¹⁹ Ряд обязательств ОБСЕ также подчеркивают свободу лиц на выезд из страны, например, Хельсинкский заключительный акт (1975 г.), «Сотрудничество в гуманитарной и иных областях», Ст. 1: «Контакты между людьми», п. d, а также Заключительный документ Венской встречи (1989 г.), «Вопросы, связанные с безопасностью в Европе», пп. 20 и 21.

²⁰ Комитет ООН по правам человека, Общее замечание №27: свобода передвижения (ст. 12), 02/11/99.

²¹ По этому вопросу см. также решение ЕСПЧ по делу «Бессеней против Венгрии» от 21 октября 2008 г., п. 21.

необходимо только в том случае, если компетентный суд не видит иного пути для исполнения лицом своих обязательств, и должно быть соразмерно. Это справедливо и в отношении пункта 6 статьи 59, допускающего отказ в разрешении на выезд лица в случае, если он/она «сообщили о себе заведомо ложные сведения при оформлении документов для выезда из Республики Казахстан», и в отношении пункта 7 статьи 59, определяющего, что лицу может быть отказано в разрешении на выезд из Казахстана, если он «является ответчиком в гражданском судопроизводстве - до вынесения решения по делу».

35. С учетом важности права на свободу передвижения, в статью 59 законопроекта необходимо включить положение, предоставляющее лицам право на обжалование решений об отказе им в разрешении на выезд из Казахстана, или, проще говоря, запрещающим им покидать страну в том случае, если, как рекомендовано в данном заключении, разрешения на выезд будут отменены в законопроекте. Пункт об обжаловании должен определять срок обжалования, срок, в течение которого компетентные государственные ведомства (предположительно органы внутренних дел) обязаны отреагировать на апелляционную жалобу, а также содержать перечень правовых средств, которыми могут воспользоваться лица, чьи апелляционные жалобы были отклонены. В деле «Бессеней против Венгрии» Европейский суд по правам человека отметил, что власти обязаны периодически заново оценивать основания для отказа лицу в выезде из страны, поскольку ограничение этого аспекта свободы передвижения на длительный срок может в какой-то момент стать несоразмерной мерой. В таком случае эта мера будет являться нарушением прав человека на свободу передвижения²². В законодательство необходимо включить такое требование о регулярной переоценке оснований для отказа лицу в выезде из страны.
36. Учет граждан Казахстана, отбывших на постоянное жительство за границу, ведет Министерство иностранных дел (статья 9, п. 9). Неясно, какого рода учет имеется в виду, неясны также и цели такого сбора и хранения данных. Вследствие этого рекомендуется прояснить этот термин в законопроекте, а также указать, что лица, учет которых ведется, будут проинформированы о внесении их данных в архив²³.

²² См. решение ЕСПЧ по делу «Бессеней против Венгрии» от 21 октября 2008 г., п. 23. См. также решение ЕСПЧ по делу «Райнер против Болгарии» от 23 мая 2006 г., п. 121.

²³ В этом контексте см. документ ООН: «Руководящие принципы регламентации компьютерных картотек, содержащих данные личного характера» (A/RES/45/95) от 14 декабря 1990 г., в частности ст. 3, в которой говорится, что цель и использование файлов должны быть определенными, законными, а после их установления должны быть в определенной степени предоставлены вниманию общественности или заинтересованного лица, с целью убедиться в актуальности цели файла и избежать его ненужного разглашения, а также убедиться в том, что данные личного характера не будут сохраняться в течение слишком долгого периода. В статье 4 «Руководящих принципов» говорится также, что «у каждого человека есть право знать об использовании информации о нем и безотлагательно и безвозмездно получать ее в доступной ему форме». См. также Конвенцию Совета Европы «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных», принятую в 1981 г.

(iv) Трудящиеся мигранты

37. За последнее десятилетие в международном праве в области прав человека было дано определение ряду особых прав и свобод, касающихся трудящихся мигрантов. Международная организация труда (далее «МОТ») разработала ряд конвенций, защищающих права трудящихся-мигрантов²⁴, которые были признаны и развиты в определенных обязательствах ОБСЕ²⁵ и в «Конвенции ООН о защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей».²⁶
38. Вышеупомянутая конвенция ООН определяет трудящегося мигранта, как «лицо, которое будет заниматься, занимается, или занималось оплачиваемой деятельностью в государстве, гражданином которого он или она не является».
39. Хотя в многочисленных документах ОБСЕ правительство Республики Казахстан взяло на себя обязательство защищать трудящихся мигрантов, термин «трудящийся-мигрант» как таковой, четко не фигурирует в законопроекте. Однако связанные с ним термины, такие как «трудовая миграция» или «иностранный рабочая сила» включены в перечень определений в статье 1. Законопроект не гарантирует трудящимся мигрантам (иностранный рабочей силой) особых прав, однако предположительно включает трудящихся мигрантов-иностранцев в более общую группу иммигрантов (т.е. «иностранцев или лиц без гражданства, прибывших в Республику Казахстан для временного или постоянного проживания» (ст. 1, п. 6)). С целью прояснить статус, права и обязанности трудящихся мигрантов в Казахстане, рекомендуется включить в законопроект определение «трудящегося-мигранта»²⁷ и определить все права и обязанности, касающиеся этой конкретной

²⁴ Основные документы МОТ, защищающие права трудящихся-мигрантов – «Конвенция о миграции в целях трудоустройства» 1949 года (С.97) и «Конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов» (дополнительные положения) 1975 года (С.143), также «Многосторонний рамочный документ МОТ о миграции в целях трудоустройства», принятый в 2006 году. Ни один из этих документов не был принят или ратифицирован Республикой Казахстан.

²⁵ См. Хельсинкский заключительный документ (1975 г.), обуславливающий трудящимся мигрантам и гражданам страны равные права, подтвержденные Заключительным документом Хельсинкской встречи (1992 г.), а также Заключительный документ Будапештской встречи (1994 г.), которым все государства-участники ОБСЕ еще раз выступили с осуждением дискриминирующих действий в отношении трудящихся мигрантов.

²⁶ Конвенция ООН по защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей, принятая 18 декабря 1990 г., вступила в силу в 2003 году. Она не была принята и ратифицирована Республикой Казахстан.

²⁷ См. Предварительное заключение БДИПЧ № MIG – KAZ/080/2007 по поводу Закона Республики Казахстан «О трудовой деятельности, осуществляемой иностранными гражданами на территории Республики Казахстан» (21 июня 2007 г.), в котором также была приведена эта рекомендация.

группы лиц. Если такое определение уже существует в законодательстве, необходимо гарантировать его соответствие определению «трудящегося мигранта» в законопроекте. Более того, с целью предотвращения детского труда²⁸ в таком определении следует указать, что разрешение на трудовую деятельность в Казахстане имеют исключительно лица, достигшие 18 лет (это требование не включено в «Условия въезда иностранных работников», перечисленные в статье 22 законопроекта). Это требование необходимо также включить в пункт 4 статьи 27, определяющий условия въезда и пребывания сезонных иностранных работников.

40. В статье 5 законопроекта говорится, что иммигранты (включая трудящихся мигрантов-иностранцев) имеют те же права и свободы, что и граждане Казахстана. Хотя пункт 3 статьи 5 поясняет, что иммигранты имеют право на образование, медицинскую и социальную помощь в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, он однозначно не гарантирует равенства в этих правах между иммигрантами и казахскими гражданами. Это подтверждают статьи 7, 8, 9 и 10 указа президента Республики Казахстан «О правовом статусе иностранных граждан в Республике Казахстан»²⁹, в которых говорится, что только лица, постоянно проживающие в стране, имеют те же права на медицинское обслуживание, жилищные условия и социальную помощь, что и жители Казахстана. В указе сказано, что права лиц, временно проживающих в Казахстане, регулируются иным (без указания, каким именно) законодательством страны. Предлагается проверить соответствие этого пока что неопределенного законодательства принципам равного отношения, заложенного в указанных выше статьях МПЭСКО. Предметом такой проверки должно стать также соответствие обязательствам государств-членов ОБСЕ в отношении прав трудящихся мигрантов, в частности, обязательствам, изложенным в Хельсинкском заключительном акте (1975 г.) и в Заключительном документе Хельсинкской встречи (1992 г.), которые требуют равного отношения к трудящимся-мигрантам и гражданам страны в плане социальной защиты и детского образования³⁰ (включая дополнительное обучение в сфере языка мигранта, национальной культуры, истории и географии), и Мадридского документа (1983 г.), который подчеркивает важность защиты экономических, социальных и культурных прав трудящихся

²⁸ См. статьи 1 и 32 «Конвенции ООН о правах ребенка» (принятой 20 ноября 1989 г.), ратифицированной Республикой Казахстан 12 августа 1994 года.

²⁹ Этот указ был принят 19 июня 1995 года; в 1997 года в него были внесены поправки. Указ имеет силу закона в Республике Казахстан.

³⁰ В этом контексте следует отметить, что Республика Казахстан также ратифицировала Конвенцию ООН о правах ребенка, статья 28 которой провозглашает обязанность государств сделать начальное образование обязательным и бесплатным для всех детей (независимо от их происхождения), а также предоставить каждому ребенку возможности и доступ к среднему образованию. Об этом также следует помнить ведомствам образования при выполнении своих обязанностей, перечисленных в ст. 12 законопроекта.

мигрантов и их семей. В то же время, вышеупомянутый анализ на соответствие международным нормам должен включать в себя соответствие ряду конвенций МОТ, ратифицированных Казахстаном, напр., Конвенции о свободе объединения и защите прав на организацию С87 (1948 г.), Конвенции о дискриминации (трудоустройство и трудовая деятельность) С111 (1958 г.) и Конвенции о поддержании прав на социальную помощь С157 (1982 г.).

41. В настоящее время в законопроекте не отражены определенные экономические и социальные права, предусмотренные МПЭСКИ. Рекомендуются дополнить законопроект положениями о равенстве в правах иммигрантов и граждан Казахстана, в частности, в отношении права на труд (ст. 6 МПЭСКИ) и права на справедливые и благоприятные условия труда (ст. 7 МПЭСКИ, включая справедливую заработную плату и вознаграждение за труд, условия работы, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, одинаковую для всех возможность продвижения в работе и отдыха, разумное ограничение рабочего времени и отпуск), а также право на достаточный жизненный уровень (см. 11 МПЭСКИ), с целью лучшей защиты иммигрантов/иностранцев граждан, трудящихся в Казахстане.³¹
42. Отмечается, что право иммигрантов/иностранцев работников на создание профессиональных союзов и членство в них также отражено в законопроекте. Статья 22 МПГПП и статья 8 МПЭСКИ, а также статья 2 Конвенции МОТ С87 «О свободе объединения и защите права на организацию»³² (1948 г.) подчеркивают, что все без ограничения лица/работники имеют право создавать профессиональные союзы и вступать в них по собственному выбору. Это подтверждают и обязательства ОБСЕ, в частности, Заключительный документ Хельсинкской встречи (1992 г.). Это право также может быть ограничено исключительно законом и только в тех случаях, когда это необходимо в демократическом обществе в интересах государственной безопасности или обеспечения общественного порядка или в целях защиты прав и свобод других людей (ст. 8 МПЭСКИ). Предоставление мигрантам/иностранцам работникам возможности находить и вступать в организации поможет защитить их от эксплуатации или произвола со стороны работодателей и информировать их о своих правах в целом. Таким образом, рекомендуется включить право мигрантов/иностранцев трудящихся на поиск профессиональных союзов и членство в них.
43. Помимо включения вышеупомянутых положений, следует также поднять статус мигрантов/иностранцев работников, переформулировав процедуры выдачи иностранцам разрешений на трудовую деятельность в Казахстане. В настоящее время отношения иностранных работников с их

³¹ Некоторые из этих прав в отношении трудящихся мигрантов были также включены в Хельсинкский заключительный акт (1975 г.).

³² Конвенция МОТ С87 «О свободе объединения и защите права на организацию», принятая 9 июля 1948 года и ратифицированная Республикой Казахстан 13 декабря 2000 г.

работодателями строятся на полной их зависимости – государство предоставляет работодателям разрешение на приглашение и привлечение иностранной рабочей силы на основании ежегодных квот. Эти разрешения на привлечение иностранной рабочей силы позволяют иностранным работникам прибывать в Казахстан и получать разрешения на работу. Таким образом, их право на пребывание и трудовую деятельность в Казахстане связано с конкретным трудоустройством, поэтому потеря рабочего места автоматически приводит к аннулированию разрешения на трудовую деятельность. После этого перед иностранным работником встает выбор – покинуть страну или продолжать работать, не имея на это разрешения. Это только повышает зависимость иностранных работников от их работодателей. Поэтому работодателям легко эксплуатировать иностранную рабочую силу, особенно, если это мигранты, не имеющие законного статуса, например, принуждая их работать во внеурочные часы, без выходных, отбирать паспорта, отказываться выплачивать заработную плату и «перепродавать» их другим работодателям.³³

44. Ситуацию можно исправить, если разрешения на трудовую деятельность будут выдаваться по ходатайству самих работников, а не на основании приглашения со стороны работодателей.³⁴ В таком случае ежегодные квоты привлечения иностранной рабочей силы будут распространяться на количество разрешений на трудовую деятельность, выданных иностранными гражданами в год, а не на ежегодное количество разрешений на привлечение иностранной рабочей силы, выданных работодателям. Система получения таких разрешений на труд должна быть четко разъяснена потенциальным мигрантам/иностранным работникам. Помимо преимуществ этой новой системы для внутреннего рынка труда, она также поможет сократить количество мигрантов/иностранных работников, незаконно работающих в Казахстане, что в свою очередь позволит правительству страны лучше контролировать фактическое число работающих иностранцев на рынке труда в год.
45. В то же время, следует преследовать по закону работодателей, которые нарушают права своих трудящихся, помещая их в зависимое положение (например, отбирая у них паспорта) и подвергая их плохому обращению или эксплуатации. Рекомендуется убедиться в том, что существующие уголовное законодательство предусматривает наказание за подобное поведение, и что органы прокуратуры осознают важность оперативной и быстрой передачи подобных дел в суд.

³³ Примеры взяты из предварительных заключений следственной миссии Международной федерации прав человека (МФПЧ) в Казахстан и Кыргызстан, пресс-релиз от 22 июля 2009 года.

³⁴ Такая рекомендация была дана Еленой Тюрюкановой в публикации МОТ «Принудительный труд в Российской Федерации сегодня: незаконная миграция и торговля людьми», Женева, 2005 г., где подчеркивалась взаимосвязь между незащищенными трудящимися-мигрантами и торговлей людьми.

46. С целью гарантировать защиту мигрантов/иностранцев и их семей, Республике Казахстан рекомендуется принять и ратифицировать Конвенцию ООН по защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей и Конвенцию МОТ о миграции с целью трудоустройства (в новой редакции) №97 1949 года и Конвенцию МОТ о трудящихся мигрантах (дополнительные положения) №143 1975 года. Более того, Казахстану рекомендуется подписать двухсторонние соглашения с соседними странами по поводу сезонных работников, поскольку таких соглашений пока не существует, с целью сократить количество сезонных работников, незаконно трудящихся в Казахстане.

(v) Отказ в разрешении на въезд и проживание, задержание и выдворение

47. Глава 10 законопроекта регулирует основания для отказа во въезде в Республику Казахстан и получения разрешения на проживание в стране (статьи 51 и 52 законопроекта). Положения, касающиеся выдворения, приведены в статье 63 главы 15 («Ответственность за нарушение законодательства о миграции Республики Казахстан»).
48. Как отмечалось ранее (см. п. 13 выше), все лица, находящиеся на территории Казахстана, независимо от своего статуса, пользуются определенными основными правами человека. Приведенные ниже замечания основаны на этом принципе равнодоступности основных прав для всех.
49. В соответствии с пунктом 6 статьи 51, лицу может быть отказано в разрешении на въезд, если во время предыдущего пребывания в Республике Казахстан были установлены факты нарушения им законодательства о правовом положении иностранцев, таможенного, валютного или иного законодательства Республики Казахстан. Это означает, что любое нарушение казахского законодательства, даже небольшое и совершенное уже давно, может привести к тому, что лицу навсегда будет отказано во въезде в Казахстан. Поскольку это кажется слишком жесткой мерой, рекомендуется несколько изменить это положение, дополнив его пунктом, согласно которому компетентные органы выдадут разрешение на въезд на исключительной основе, если нарушение не было серьезным³⁵ (например, если оно повлекло за собой

³⁵ В соответствии с разделами 18 и 20 «Исландского акта об иностранных гражданах» №96 (15 мая 2002 г.), иностранному гражданину может быть отказано в праве на въезд, если в течение последних пяти лет он подвергался лишению свободы за границей или был осужден за границей или в Исландии за уголовное деяние, которое по законам Исландии карается лишением свободы сроком более чем на три месяца. В Швеции иностранный гражданин может быть выдворен из страны за совершение преступного деяния только в том случае, если он был приговорен к более серьезному наказанию, чем штраф, и если характер преступления и иные обстоятельства позволяют предположить, что он будет продолжать свою преступную деятельность в стране, или если правонарушение достаточно серьезно для того, чтобы оправдать его выдворение (глава 8, раздел 8 «Шведского акта об иностранных гражданах» (29 сентября 2005 г., посл. ред. 2009 г.).

только денежный штраф или иное административное наказание) и/или если оно имело место более 10 лет назад³⁶.

50. В статье 51 сказано, что иммигрантам, ранее выдворявшимся из Казахстана, запрещается въезд в Казахстан в течение пяти лет с момента вынесения решения о выдворении. С другой стороны, в пункте 12 статьи 52 говорится, что в разрешении на проживание может быть отказано, если лицо было ранее выдворено из Казахстана, однако не указан срок, по истечению которого лицо может вновь ходатайствовать о выдаче разрешения на проживание. Рекомендуется привести эти два положения в соответствие друг с другом, чтобы иммигранты могли получить разрешение на проживание в Казахстане по истечению пяти или более лет с момента их выдворения.
51. В интересах открытости и подотчетности работы властей, любое решение от отказа во въезде (статья 51) или о разрешении на проживание (статья 52 законопроекта) должно быть предоставлено ходатайствующему лицу в письменном виде и на понятном ему языке. Лицу, которому было отказано во въезде, следует также предоставить право на обжалование решения об отказе ему во въезде. Право на обжалование решения об отказе в выдаче вида на жительство и удостоверения лица без гражданства, упомянутое в статье 52, следует дополнить, указав, в какой орган/суд следует подавать такие апелляционные жалобы. В статье 52 необходимо также указать, какими законами или кодексами Республики Казахстан регулируются эти процедуры обжалования.
52. Пункт 2 статьи 52, предоставляет государству право для отказа в выдаче либо аннулирования разрешения на постоянное проживание лицам, освободившимся из мест лишения свободы, постоянное место жительства которых до осуждения было за пределами Республики Казахстан. Рекомендуется сделать в данном пункте исключение в отношении лиц, освободившихся из мест лишения свободы, чье лишение свободы которых незаконным. Пункт 4 статьи 52 необходимо пояснить, указав, какие именно процедуры должны оплачивать лица, ходатайствующие о получении разрешения на проживание (предположительно, это процедура выдачи разрешения на проживание).

³⁶ В соответствии со ст. 10, п. 1 (5) «Закона об иностранных гражданах в Республике Болгария» (Prom. SG 153/23 декабрь 1998 года, посл. редакция - 2007 г.), иностранному гражданину, ранее выдворявшемуся из Республики Болгария, может быть отказано во въезде в случае, если с момента его выдворения прошло менее 10 лет. В других государствах, например в Швейцарии, компетентные национальные органы выдают постоянные или временные запреты на въезд, на основании фактов в каждом отдельном случае (ст. 67 Федерального закона об иностранных гражданах, принятого 16 декабря 2005 г., время внесения последней поправки - 2009 год). В Федеральной Республике Германия срок действия запрета на въезд после выдворения может быть ограничен по ходатайству человека, подлежащего высылке (раздел 11 Закона Германии «О проживании, трудоустройстве и интеграции иностранных граждан на федеральной территории» (BGBl. I S. 162, принято 25 февраля 2008 г., последняя редакция датирована серединой 2009 г.).

53. Статья 52, п. 5, предоставляет государству право для отказа в выдаче либо аннулирования разрешения на постоянное проживание лицам, больным наркоманией, либо не имеющим сертификата об отсутствии у них заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции), либо имеющим заболевание, которое может стать причиной эпидемии на территории Республики Казахстан. Термин «лица, больные наркоманией» звучит довольно туманно и его необходимо пояснить. В частности, в статье 52, п. 5, следует указать, какие вещества считаются «наркотиками» в целях данного закона, а также в каких случаях лицо считается «больным наркоманией»³⁷.
54. Относительно лиц, инфицированных ВИЧ, следует отметить, что в документах Управления Верховного комиссара ООН по правам человека и в «Международных рекомендациях по ВИЧ/СПИД и правам человека» ЮНЕЙДС говорится, что «с точки зрения охраны здоровья населения нет никакой причины ограничивать свободу передвижения или выбор места проживания на основании инфицированности ВИЧ. ... Поэтому любые ограничения этих прав только лишь на основании подозреваемой или фактической инфицированности ВИЧ [...] носят дискриминирующий характер и не могут быть оправданы заботой об охране общественного здоровья».
55. Таким образом, рекомендуется исключить эту часть из пункта 5 статьи 52, содержащей упоминание о заболеваниях, вызываемых ВИЧ-инфекцией, а также ограничить возможность отказа во въезде лицам, «имеющим заболевание, которое может стать причиной эпидемии на территории Республики Казахстан». Лицам, больным наркоманией, и инфицированным ВИЧ, следует предоставить возможность получать разрешение на жительство за исключением случаев совершения ими преступлений – в этом случае их опасность для других людей должна быть зафиксирована в судебном решении.
56. В пункте 14 статьи 52 говорится, что лицам, находившимся за пределами Республики Казахстан более шести месяцев, может быть отказано в выдаче разрешения на проживание, либо ранее выданное им разрешение может быть аннулировано. Предположительно, этот пункт относится только к лицам, ходатайствующим о выдаче разрешения на проживание, поскольку нелогичным было бы аннулировать уже выданное разрешение на проживание только лишь на основании того, что это лицо не находилось в Казахстане в течение шести месяцев. Это означало бы, что, если с лицом произошел несчастный случай во время его пребывания вне пределов Казахстана, и ему потребовалось более

³⁷ См., напр., Закон Германии «О проживании, трудоустройстве и интеграции иностранных граждан на территории Федерации» (там же), в Разделе 15, п. 2 (1) и Разделе 53, п. 2 которого говорится о том, что во въезде может быть отказано лицам, нарушившим «Закон о наркотических веществах». В разделах 15, п. 2 (1) и 54, п. 3, сказано, что, как правило, во въезде будет отказано лицам, занимающимся выращиванием, производством, ввозом, транспортировкой, вывозом, продажей, предоставлением другим лицам или иного вида перевозкой или торговлей наркотиками.

шести месяцев, чтобы оправиться от травм, он/она теряет право на проживание в Казахстане. Рекомендуются внести поправки в ст. 52, п. 14, с тем, чтобы этот пункт относился только к лицам, ходатайствующим о разрешении на проживание.

57. Статья 63 касается выдворения незаконных мигрантов, что, как сказано в статье, осуществляется «в соответствии с законодательством Республики Казахстан». В этом, как и в других, ранее перечисленных случаях (см. п. 15 выше), важно точно указать, какими именно законами регулируются порядок выдворения незаконных мигрантов. В отношении задержания лиц, подлежащих депортации из Казахстана, следует решить, является ли задержание необходимым во всех случаях, либо его можно осуществить только при наличии указаний на то, что лицо представляет опасность для общества или может скрыться³⁸.
58. Более того, задержание с целью выдворения должно основываться на ордере на арест или ином судебном решении. В статье 63 следует обговорить, что, за исключением особых обстоятельств, задержаны могут быть только лица, достигшие 18-летнего возраста.³⁹ Лицам, задержанным по статье 63, должно быть предоставлено право на получение информации о причинах своего ареста на понятном им языке⁴⁰, а также право на содержание в условиях, соответствующих нормам достойного обращения⁴¹. Им должно быть предоставлено право на обжалование своего ареста и условий содержания⁴² и право на

³⁸ В Греции иностранные граждане, не имеющие разрешения на пребывание в Греции, выдворяются только при наличии определенных обстоятельств, перечисленных в статье 44 Закона Греции № 2910/2001 от 27 апреля 2001 г. (посл. ред. в 2003 г.) «О въезде и пребывании иностранных граждан на территории Греции и получении гражданства Греции путем натурализации и иных положениях» (*Официальная газета* 91, А'). При отсутствии опасности того, что иностранный гражданин может скрыться, если он/она не представляют опасности, или если компетентный суд не согласен с решением, иностранному гражданину предоставляется срок до 30 дней для того, чтобы покинуть страну.

³⁹ В соответствии с главой 10, раздел 2 «Шведского акта об иностранных гражданах» (см. примечание 36), ребенок-иностранец не может быть задержан, за исключением случаев, когда во въезде может быть отказано немедленно, когда существует опасность того, что он/она могут скрыться, или что над ними не будет осуществляться должный надзор. В акт Словении «Об иностранных гражданах» (17 октября 2002 г., дата последней поправки - 2007 год.) также включена особая статья об обращении с несовершеннолетними-иностранцами (Ст. 60).

⁴⁰ Этого требуют п. 23.1. Московского документа КБСЕ (1991 г.) и Ст. 9, п. 2 МПГПП.

⁴¹ Это право гарантировано всем без исключения статьей 10, п. 1 МПГПП.

⁴² Того же требует и пункт 4 статьи 9 МПГПП. В Исландии государственные власти обязаны даже предоставить рекомендации иностранному гражданину в случаях отказа во въезде, выдворения или аннулирования разрешения, с целью проинформировать его об его праве на получение помощи юриста или другого представителя, а также о его/ее права связываться с представителем собственной страны (Раздел 25 «Акта об иностранных гражданах», №96 15, см. примечание 34).

получение юридической помощи. Хотя в статье 63 говорится о том, что срок задержания до выдворения определяется правительством Республики Казахстан, рекомендуется указать, что срок задержания, как и саму необходимость задержания, определяет суд. В статье 63 необходимо также указать максимальный срок задержания лица до его выдворения⁴³. В статье 63 следует указать, приведет ли апелляция к приостановлению исполнения решения о выдворении впредь до принятия окончательного решения. Более того, рекомендуется включить в статью 63 прямой запрет на коллективное выдворение иностранных граждан⁴⁴.

59. Иностранные граждане не должны выдвигаться из страны и в тех случаях, если в стране назначения их жизни и здоровью может угрожать реальная опасность. Статья 33 Конвенции ООН о статусе беженцев содержит пункт об «отказе от принудительной репатриации» в отношении беженцев, чье выдворение может поставить под угрозу их жизнь или свободу. Конвенция ООН против пыток обуславливает применение принципа отказа от принудительной репатриации в случае наличия существенных оснований, позволяющих предположить, что лицу угрожает опасность подвергнуться пыткам (статья 3). И Комитет ООН по правам человека, и Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) рассматривают этот принцип как неотъемлемую часть статей, запрещающих пытки и бесчеловечное и унижающее человеческое достоинство обращение (ст. 7 МПГПП и ст. 3 ЕКПЧ)⁴⁵. Поскольку Казахстан является страной, подписавшей МПГПП, рекомендуется включить в данный законопроект пункт, запрещающий высылку иностранных граждан при наличии явных указаний на то, что в стране назначения им может угрожать смерть, пытки или плохое обращение.
60. Рекомендуется также включить в законопроекты другие примеры случаев, в которых иностранные граждане не могут быть выдворены по гуманитарным причинам, например, если это несовершеннолетние (которые находятся под опекой гражданина Казахстана), лица способные доказать наличие у них серьезного заболевания, или лица старше 70 лет.

⁴³ Напр., ст. 25 Закона Бельгии «О въезде, пребывании, проживании и выезде иностранных граждан» (принят 15 декабря 1980 г., дата последней поправки – 2003 г.), допускает задержание до выдворения на срок до 4 месяцев. В Швеции такое задержание допускается на срок до двух месяцев, при отсутствии исключительных оснований для продления этого срока (глава 10, раздел 4 «Шведского акта об иностранных гражданах», см. 35).

⁴⁴ Такой запрет обговорен в ст. 3 Четвертого протокола к Европейской конвенции о защите прав человека (принят 16 сентября 1963 г.)

⁴⁵ Международный комитет юристов, «Терроризм и права человека», (Occasional Papers, №. 2), апрель 2002 г., стр. 246. См. также дела «Муминов против России», решение ЕСПЧ от 11 декабря 2008 г, пп. 85-98; «Солдатенко против Украины», решение ЕСПЧ от 23 октября 2008 г., параграф 66; «Сала Ших (Salah Sheekh) против Нидерландов», решение ЕСПЧ от 11 января 2007 г., п. 135.

61. Компетентные органы должны принимать во внимание особые обстоятельства в отношении лиц, ставших предметом торговли людьми. Такие лица не подлежат выдворению. Напротив, согласно статье 7 «Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее», дополняющего Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (2000 г.)⁴⁶, Республика Казахстан должна рассмотреть возможность принятия законодательных или иных надлежащих мер к тому, чтобы гарантировать, что жертвам торговли людьми будет позволено остаться в стране на временное или постоянное жительство⁴⁷. Жертвам торговли людьми должна быть предоставлена возможность просить политического убежища. Более того, обязательства стран-членов ОБСЕ⁴⁸ и европейские нормы гласят, что лица, ставшие или возможно ставшие жертвами торговли людьми, не подлежат выдворению, и им должен быть предоставлен 30-дневный «восстановительный» срок, в течение которого им предоставляются услуги и помощь с тем, чтобы они оправались от полученной травмы, а также кров, чтобы они могли принять решение о том, что делать дальше⁴⁹.

(vi) Другие вопросы

62. Обсуждавшиеся выше вопросы можно было бы обобщить в рамках более общих тем, однако есть ряд стоящих особняком (но не менее важных) вопросов, которые отдельно обсуждаются ниже:
63. Определение беженцев, приведенное в статье 1, п. 1, определяет их как лица, «которые в силу обоснованных опасений *стали* жертвой преследований...». По-видимому, этот пункт должен звучать так: «которые в силу обоснованных опасений *стать* жертвой преследований...», что означало бы, что эти лица боятся подвергнуться преследованиям по возвращению в определенную страну, независимо от того, подвергались ли они преследованиям в прошлом, или нет⁵⁰.

⁴⁶ Казахстан присоединился к Протоколу 20 июля 2008 г.

⁴⁷ В статье 6 этого Протокола говорится о том, что присоединившиеся к Протоколу государства обязаны обеспечить физическую, психологическую и социальную реабилитацию жертв торговли людьми, в частности, предоставив им кров, консультативную помощь, медицинскую, психологическую и материальную помощь и возможности в области трудоустройства, образования и профессиональной подготовки. См. также статью 8 «Репатриация жертв торговли людьми» данного Протокола.

⁴⁸ пункт 3, Главы V «О защите и помощи в составлении планов действий в поддержку Плана действий ОБСЕ по борьбе с торговлей людьми», PC.DEC/557, 24 июля 2003 г.

⁴⁹ Статья 13 Конвенции Совета Европы в отношении действий, направленных против торговли людьми (CETS №.: 197)

⁵⁰ Это совпадает с определением беженца в Конвенции ООН о статусе беженцев (1951 г.)

Предоставление разрешения на въезд лицам, занимающимся миссионерской деятельностью

64. В пункте 14 статьи 1 законопроекта следует дать более точное определение миссионерской деятельности, поскольку ее определение в настоящей редакции неясно. Оно совпадает с определением «миссионерской работы» в законе Республики Казахстан «О свободе религии и религиозных организациях». Это создает трудности, поскольку, согласно определению, этот термин относится только к лицам, проповедующим доктрины вероисповедания, которые не содержатся в уставных положениях пригласившего их религиозного объединения (что является довольно редким явлением), и даже в этом случае неясно, в каких целях и на каких недискриминирующих основаниях может осуществляться проверка и отбор лиц, выбранных по данному определению. Именно эта проблема и стала одной из причин, по которым в прошлом году Парламент Республики Казахстан выразил намерение изменить определение миссионерской деятельности в вышеупомянутом «Законе о свободе религии и религиозных организаций».
65. Даже если этот вопрос будет решен, проблемной остается общая цель определения миссионерской деятельности с тем, чтобы сделать ее предметом особого контроля и основанием для особого регулирования. Если это определение предполагает, что миссионерская деятельность как таковая должна стать предметом особого обременения, то это идет в разрез с обязательствами стран ОБСЕ способствовать свободному и широкому распространению любого рода информации;⁵¹ защищать права на ввоз и распространение религиозных публикаций и материалов;⁵² защищать свободу слова и право на распространения информации;⁵³ и позволять верующим, религиозным объединениям и их представителям налаживать и поддерживать прямые личные контакты и коммуникацию друг с другом.⁵⁴ Таким образом, рекомендуется устранить вышеупомянутые неясности в определении миссионерской деятельности.⁵⁵

⁵¹ Хельсинкский заключительный акт, «Сотрудничество в иных областях, информации».

⁵² См. Заключительный документ Венской встречи (1989 г.), принципы 16.9, 16.10.

⁵³ См., например, Заключительный документ Копенгагенской встречи (1990 г.), принципы 9.1, 10.1 и 10.2.

⁵⁴ См. Заключительный документ Венской встречи (1989 г.), «Сотрудничество в иных областях», п. 32.

⁵⁵ В отношении этого и следующих двух пунктов см. также «Комментарии по проекту закона о Республике Казахстан «Об изменениях и дополнениях к некоторым законодательным актам Республики Казахстан по вопросам религиозной свободы и религиозных организаций», подготовленные Консультативным советом БДИПЧ ОБСЕ по вопросам свободы религии или вероисповедания, от 10 июня 2008 г..

66. В пункте 1 (4) статьи 15 говорится, что местные исполнительные органы области осуществляют учетную регистрацию иммигрантов, занимающихся проповедованием и иной религиозно-просветительской деятельностью. Это может быть истолковано как дискриминирующая практика по отношению к определенной группе иммигрантов, ввиду отсутствия объективных оснований для учетной регистрации именно миссионеров, а не других иммигрантов, исключительно по той причине, что они занимаются проповедованием или иной религиозно-просветительской деятельностью (а не потому, что они представляют конкретную угрозу государству или народу Казахстана). Более того, неясно, какого именно рода записи должны вестись при учете, какова цель хранения или обработки этих данных. Правительству Казахстана рекомендуется отказаться от ведения учета определенных групп иммигрантов – вследствие этого, рекомендуется исключить пункт 1 (4) из статьи 15.
67. В статье 44 перечислены различные категории «иммигрантов, прибывающих по гуманитарным мотивам», а именно: миссионеры, волонтеры и иммигранты, прибывающие с целью оказания благотворительной, гуманитарной помощи и предоставления грантов. Эти три категории кажутся излишне строгими, поскольку они не предусматривают случаев, когда иммигранты одновременно подпадают под более чем одну из этих категорий (например, иммигрант может прибыть в качестве миссионера и в то же время с целью оказания благотворительной помощи), или случаев, когда религиозные деятели прибывают в страну в целях, не связанных с миссионерской деятельностью или с определенной целью «оказания услуг в сфере образования, здравоохранения и социальной помощи». Следует придать статье 44 более гибкую формулировку, которая будет охватывать и другие формы гуманитарной деятельности, например, работу с неполной занятостью, оплачиваемую работу волонтеров или работу волонтеров в иных областях, помимо «услуг в сфере образования, здравоохранения и социальной помощи» (ст. 44, п. 2).
68. В соответствующем контексте, статья 46 разрешает въезд в Казахстан миссионерам только на основании ходатайства религиозного объединения, зарегистрированного в Республике Казахстан, и при наличии заключения «уполномоченного органа по связям с религиозными объединениями». Первое требование кажется неоправданно жестким, ограничивающим въезд новых религиозных групп, намеревающихся осуществлять миссионерскую деятельность в стране. Это особенно проблематично как и потому, что получить регистрацию не всегда так просто, как это должно было бы быть⁵⁶, так и потому, что некоторые группы могут по соображениям своего вероисповедания возражать против регистрации со стороны государства. Неясно, почему их въезд должен зависеть от согласия зарегистрированного юридического лица, того же вероисповедания что и

⁵⁶ См. Заключительный документ Венской встречи, принцип 16.3.

сам миссионер, либо иного вероисповедания. Такой подход противоречит принципу религиозной нейтральности, который должен лежать в основе иммиграционной политики каждого демократического государства.

69. Далее, требование о наличии заключения уполномоченного органа кажется излишним. Формулировка статьи 46 слишком расплывчата и оставляет возможность для потенциальных злоупотреблений со стороны органов власти. В статье 46 не дано определение этого «уполномоченного органа», поэтому неясно, является ли этот орган религиозной организацией, исполнительным органом или правительственным ведомством, каким образом он изолирован от чрезмерного религиозного влияния. Более того, в законодательстве не говорится о том, какими стандартами будет руководствоваться этот орган при составлении своего заключения (в частности, не приведены такие данные, как сроки составления такого заключения и возможности и оснований для его обжалования). Рекомендуется внести поправки в статью 46, чтобы гарантировать, что въезд лиц с целью осуществления миссионерской деятельности не будет безосновательно ограничен другими религиозными группами или исполнительными органами.
70. Наконец, в статье 46(2) указывается, что разрешение на пребывание миссионера может быть продлено на срок не более одного года, при наличии заключения вышеупомянутого уполномоченного органа. Следует четко обговорить в этом пункте, что разрешение на пребывание может быть продлено на срок не более одного года *единовременно*. Понятно, что миссионер может пребывать в стране более долгий срок. Законопроект не должен ограничивать срок пребывания в стране максимум двумя годами при отсутствии объективных, не связанных с религией оснований для запрета пребывания лица в течение более долгого срока.
71. Согласно пункту 22 статьи 1 законопроекта, разрешения на привлечение иностранной рабочей силы выдаются на срок не более одного года. С другой стороны, в пункте 24 статьи 1 говорится о том, что разрешение на трудоустройство иностранного работника выдается на срок не более трех лет. Рекомендуется привести эти сроки в соответствие, чтобы не допустить ситуации, при которой иностранный работник будет продолжать работать на основании разрешения на трудоустройство после истечения срока его приглашения.
72. Пункт 32 статьи 2, определяющий квоту иммиграции этнических репатриантов (оралманов) как квоту для предоставления социальной поддержки, не совсем верен, поскольку правительство Республики Казахстан также предоставляет социальную поддержку этническим репатриантам, не входящим в эту квоту. Будет более правильно сказать, что квота предоставляет «дополнительную социальную поддержку» входящим в нее семьям, как сказано в пункте 2 статьи 36 законопроекта.

73. В соответствии с обязательствами ОБСЕ по интеграции мигрантов⁵⁷, рекомендуется предоставлять бесплатные интеграционные/адаптационные услуги всем иммигрантам, а не только этническим репатриантам (оралманам), как это указано в пункте 7 статьи 5 законопроекта.
74. В пункте 4 статьи 6 законопроекта говорится о том, что при въезде в Республику Казахстан каждому иммигранту, достигшему 16-летнего возраста, выдается миграционная карточка. Рекомендуется дополнить этот пункт, включив в него лиц, достигших 16-летнего возраста *после* въезда в Республику Казахстан.
75. Согласно ст. 25, п. 3, для получения разрешения на въезд (инвесторской визы) бизнес-иммигрант должен быть совершеннолетним, однако это требование не распространяется на бизнес-иммигрантов, прибывающих из государств, заключивших с Республикой Казахстан соглашения о безвизовом порядке въезда и пребывания. Поэтому нет объективных причин применять возрастное ограничение в отношении одной категории инвесторов, но не применять его к другой. Таким образом, следует привести в соответствие друг с другом требования к обеим категориям бизнес-иммигрантов. Статья 25 также непоследовательна в том смысле, что она предположительно регулирует условия въезда бизнес-иммигрантов, однако пп. 5 и 6 определяют только условия въезда бизнес-иммигрантов из государств, заключивших с Республикой Казахстан соглашения о безвизовом порядке въезда и пребывания (этнических казахов, соотечественников и других лиц), но не определяют условия въезда бизнес-иммигрантов из других стран. Рекомендуется дополнить статью пунктом, определяющим условия въезда бизнес-иммигрантов из стран, не заключивших с Республикой Казахстан соглашения о безвизовом порядке въезда и пребывания.

Разрешения на въезд и пребывание с целью воссоединения семьи

76. Определение лиц, считающихся членами семьи, приведенное в п. 1 Статьи 29 о воссоединении семьи, следует привести в соответствие с определением семьи в Законе Республики Казахстан «О браке и семье» (см. ст. 1, п. 9, в котором содержится ссылка на этот закон). Неясно также, почему родители спонсоров, ходатайствующих о воссоединении семьи, допускаются в Республику Казахстан с этой целью только в том случае, если это *одинокие* родители старше 65 лет, находящиеся на иждивении спонсора. Возможно, родители спонсора могут быть по-прежнему женаты между собой и все же находиться на иждивении спонсора по причине преклонного возраста и немощности обоих родителей. Рекомендуется допустить восстановление с семьей всех без ограничения родителей, находящихся на иждивении спонсора. Чтобы избежать неправильного толкования, во всем тексте статьи 29 следует

⁵⁷ См. Раздел 37 Заключительного документа Хельсинкской встречи в 1992 г. и раздел 31 Заключительного документа Будапештской встречи (1994 г.).

также указать, что под «опекой над несовершеннолетними детьми» подразумевается «юридическая опека». Также необходимо обязать спонсора представлять документы, подтверждающие такую юридическую опеку, при обращении с ходатайством о воссоединении семьи, как этого требует статья 30.

77. Рекомендуется также дополнить пункт 1 статьи 29 положением, обуславливающим ускоренный порядок рассмотрения дел о воссоединении семьи в случаях, требующих особо гуманного подхода (согласно Хельсинкскому заключительному акту (1975 г.), в таком порядке должны рассматриваться ходатайства, поступившие от больных или престарелых).
78. Неясно, почему пункт 5(1) статьи 29⁵⁸ не допускает воссоединения семьи в отношении членов семей иммигрантов по политическим мотивам, которые, как определяет статья 45, являются беженцами и лицами, просящими политического убежища. Возможно, эта статья должна обозначать, что воссоединение семьи не допускается до тех пор, пока идет процедура присвоения им статуса. В целом, запрет на воссоединение семей беженцев и лиц, просящих о предоставлении политического убежища, противоречит международным нормам, способствующим воссоединению семей беженцев⁵⁹ (действительно, в директиве Совета ЕС 2003/86/ЕС о праве на воссоединение семьи (2003 г.) даже отмечается, что семьи беженцев должны пользоваться льготными условиями при отправлении своего права на воссоединение семьи ввиду того, что они были вынуждены покинуть свою страну (преамбула (8) и глава V)). Таким образом, необходимо переформулировать или исключить пункт 5 статьи 29.
79. Согласно статье 30, п. 2, все спонсоры, ходатайствующие о воссоединении семьи, должны предъявить подтверждение наличия финансовых средств, достаточных для обеспечения членов семьи, о разрешении на въезд которых они ходатайствуют, подтвердить наличие у них жилья, соответствующего нормам, а также иметь медицинскую страховку в отношении всех рисков, как для себя, так и для членов семьи. Это требование не относится к спонсорам, которые являются этническими репатриантами (оралманами). Логично, что оралманы, являющиеся казахами-репатриантами, пользуются льготным режимом в стране, однако непонятно, почему такой режим не распространяется и на

⁵⁸ В законопроекте это положение приводится в качестве пункта 4 статьи 29, однако, поскольку оно уже фигурирует в пункте 4, было решено, что это опечатка, и что правильная нумерация – пункт 5 статьи 29.

⁵⁹ См. Джеймс К. Хэтуэй, «Права беженцев в соответствии с международным правом», издательство Кембриджского университета, Нью-Йорк, 2005 год, 5353 стр. (James C. Hathaway: *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, New York, 2005). См. также обязательства государств-членов ОБСЕ в отношении воссоединения семьи на территориях сторон Хельсинкского заключительного акта (1975 г.) и Заключительного документа по встрече в Мадриде (1983 г.).

граждан Казахстана. Рекомендуется внести соответствующие изменения в п. 2 статьи 30.

80. В статье 30, п. 3, говорится, что в случае прекращения существования обстоятельств, с обязательным наличием которых связана выдача разрешения на воссоединение семьи, иммигранты, имеющие право на пребывание в Республике Казахстан с целью воссоединения семьи, могут продлить право на пребывание на период до шести месяцев при условии подтверждения наличия необходимых для этого финансовых средств. Однако в случаях отсутствия таких финансовых средств слишком жестким кажется подход, при котором лица, потерявшие члена семьи, или разведенные немедленно теряют право на пребывание в Казахстане. Рекомендуется позволить лицам, не имеющим финансовых средств, также продлить свое пребывание в Казахстане на определенный срок после вышеуказанного события, чтобы предоставить им возможность адаптироваться к новым условиям.
81. Статья 35 описывает порядок создания комиссий по присвоению статуса этнического репатрианта и включения в квоту иммиграции этнических репатриантов в областях и гг. Астана и Алматы. В ней приводятся общие компетенции и состав этих комиссий, и говорится о том, что порядок работы этих комиссий определяется уполномоченным органом по миграции. Эта процедура должна быть максимально прозрачной, для чего следует включить в статью положения относительно ее сроков, минимального количества членов комиссии, требующегося для составления кворума для принятия решений, а также, что наиболее важно, подробное описание критериев для включения ходатайствующих в квоту иммиграции этнических репатриантов. Аналогичные соображения касаются порядка, устанавливаемого уполномоченным органом по миграции в отношении Центров адаптации и интеграции мигрантов, и порядка оказания этническим репатриантам интеграционных услуг в соответствии со статьей 39.
82. Статья 36, регулирующая процедуру включения в квоту иммиграции этнических репатриантов, должна также предоставлять лицам, чьи ходатайства о включении в квоту были отклонены, право на обжалование.
83. В соответствии со статьей 40, этнические репатрианты (оралманы) сохраняют свой официальный статус этнических репатриантов до получения ими гражданства Республики Казахстан. В случае непринятия ими гражданства Республики Казахстан в течение двух лет со дня получения статуса этнических репатриантов без уважительной причины, они теряют статус этнических репатриантов и право на его продление. С целью защитить права оралманов, не сумевших получить гражданство Республики Казахстан не по своей вине, рекомендуется уточнить в статье 40 «уважительные причины» для непринятия гражданства.
84. В статье 41 оговаривается, что оралманы, получившие направления в Центр адаптации и интеграции мигрантов, могут поселиться в нем в

течение трех дней, и должны освободить предоставленное помещение по истечению этого срока. Однако в этом пункте не указано, что произойдет, если по истечению трехдневного срока некоторые семьи оралманов не смогут подыскать тебе соответствующее жилье. Рекомендуется переформулировать этот пункт следующим образом: «поселиться в нем в течение трех дней или до того момента, пока не будет найдено альтернативное местожительства». В статье 41 следует также отметить, разрешается ли оралманам, еще не получившим гражданство, работать в Казахстане и таким образом зарабатывать на жизнь себе и своим семьям. Наконец, рекомендуется переформулировать пункт 2 (2) статьи 41, обязывающий оралманов проходить медицинские осмотры и лечение по требованию органов здравоохранения – доступ к медицинскому осмотру и лечению должен быть правом, а не обязанностью.

85. В соответствии со статьей 47, ходатайства о предоставлении политического убежища могут быть представлены в уполномоченный орган по вопросам миграции или заграничного учреждения Республики Казахстан. Возможно, лица, стремящиеся получить политическое убежище, могут также попросить политическое убежище на границе, поэтому рекомендуется пояснить, что ходатайства о предоставлении политического убежища могут быть также представлены пограничной полицией, которая затем передаст ходатайство в компетентный уполномоченный орган по вопросам миграции.
86. В статье 64 «Разрешение споров» следует пояснить, какой именно суд компетентен рассматривать споры, касающиеся соблюдения Закона о миграции, и каков судебный порядок рассмотрения споров.

(vii) Переходные положения

87. Статья 65 должна определять порядок применения будущего «Закона о миграции». Во втором предложении этой статьи говорится, что «по отношениям, возникшим до вступления его [Закона] в силу», Закон применяется к тем правам и обязанностям, которые возникли после вступления его [Закона] в силу. Следует прояснить значение и последствия этой части статьи.
88. При определении даты вступления в силу «Закона о миграции» рекомендуется предусмотреть период *vacatio legis*, который означает отсрочку вступления закона в силу с целью предоставить всем ведомствам и физическим лицам возможность ознакомиться с обстоятельствами, вызванными изменением закона. Период *Vacatio legis* гарантирует также, что соответствующие ведомства займутся всеми необходимыми приготовлениями и составят предварительный вариант сопутствующих вторичных законов.
89. Согласно существующей редакции, в статье 66 о порядке вступления в силу Закона говорится о том, что существующий «Закон о миграции» теряет силу сразу же после вступления в силу законопроекта. Прежде

чем окончательный проект закона будет принят, законодателям следует провести тщательный анализ с целью определить, не вызовет ли новый закон каких-либо поправок к другим существующим законам или вторичному законодательству в Казахстане.

90. Наконец, рекомендуется до принятия законопроекта учесть необходимость обеспечения достаточных средств для исполнения «Закона о миграции». Далее, с целью предотвратить непоследовательное или произвольное исполнения закона, рекомендуется подготовить подзаконные акты к моменту вступления в силу законопроекта, в частности, в отношении определенных проблематичных статей, ставших предметом рассмотрения данного заключения.

[КОНЕЦ ТЕКСТА]