

J. and Others v. Austria (Application no. 58216/12, Judgment 17.01.2017)
Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Tsotsoria

Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, *joined by Judge Tsotsoria*



Dmytro Yagunov
Attorney at Law

Переклад Дмитра Ягунова

www.yagunov.in.ua

www.yagunov.net



Table of Contents

I. INTRODUCTION (§ 1)

FIRST PART (§§ 2 – 40)

II. The world response to forced labour and trafficking for that purpose (§§ 2 – 21)

- A. In international human rights law (§§ 2 – 8)*
- B. In international labour law (§§ 9 – 13)*
- C. In international criminal and humanitarian law (§§ 14 – 21)*

III. The regional response to forced labour and trafficking for that purpose (§§ 22 – 40)

- A. In general (§§ 22 – 26)*
- B. Within the European Union (§§ 27 – 31)*
- C. Within the Council of Europe (§§ 32 – 40)*

SECOND PART (§§ 41 – 59)

IV. The respondent State's obligations (§§ 41 – 52)

- A. The international obligation to criminalise and prosecute forced labour (§§ 41 – 42)*
- B. The international obligation to criminalise and prosecute trafficking in human beings (§§ 44 – 52)*

V. Application of the legal framework to the facts of the case (§§ 53 – 59)

- A. The substantive reasons for discontinuance (§§ 53 – 55)*
- B. The procedural reasons for discontinuance (§§ 56 – 59)*

VI. CONCLUSION (§§ 60 – 61)

I. ВСТУП (§ 1)

Я погоджуюся з Палатою, але не задоволений обґрунтуванням рішення Суду з двох причин.

По-перше, рішення позбавлене аналізу складових елементів злочину торгівлі людьми та його ознак, що відрізняються від рабства, підневільного стану та примусової праці.

По-друге, рішення належним чином не проаналізувало міжнародні зобов'язання держави-відповідача у цій справі.

[Тому] цей висновок переслідує зазначені вище цілі на фоні критичного осмислення глобальної та регіональної реакції на лихо примусової праці та торгівлі людьми з вказаною метою.

Обмірковування проводитиметься у точці перетину міжнародного права прав людини, міжнародного трудового права, міжнародного кримінального та гуманітарного права з супутнім оглядом міжамериканської, африканської, азійської систем боротьби з торгівлею людьми, а також відповідних систем Європейського Союзу та Ради Європи.

ПЕРША ЧАСТИНА (§§ 2 – 40)

II. Реакція світу на примусову працю та торгівлю людьми з цією метою (§§ 2 – 21)

A. У міжнародному праві прав людини (§§ 2 – 8)

2. З початку двадцятого століття примусова праця та торгівля людьми з цією метою¹ заборонені відповідно до постійної практики держав як на

¹ This opinion does not deal with the specific issues of forced prostitution and trafficking for that purpose. On these issues see the 1904 International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, reviewed 1910, and its 1949 Protocol; the 1921 International Treaty for the Suppression of Traffic in Women and Children, and its 1947 Protocol; the 1933 International Convention for the Suppression of the Traffic in Woman of Full Age; the 1949 Convention for the Suppression of Traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of Others; the 1979 UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Article 6) and the 2002 South Asian Association for Regional Cooperation Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution.



національному, так і на міжнародному рівнях. За даними Управління ООН з наркотиків та злочинності (UNODC), торгівля людьми є кримінальним злочином у 146 країнах світу, але все ще два мільярди людей не мають повного правового захисту від цього злочину².

Міжнародне зобов'язання щодо заборони, криміналізації та покарання за рабство, примусову працю та торгівлю людьми з цією метою викладено у:

- Мандатах для територій класу В та С обов'язкової системи Ліги Націй щодо управління певними неєвропейськими територіями;
- Статті 6 Конвенції про рабство 1926 року («*the Slavery Convention*»)³;
- Статті 6 (1) Додаткової конвенції про скасування рабства⁴;
- Статті 25 МОП про примусову чи обов'язкову працю 1930 року (№ 29)⁵;
- Статтях 6(b) та 6(c) Статуту Нюрнберзького трибуналу («*the Nuremberg Charter*»);
- Статті 4 Універсальної декларації прав людини 1948 року (UDHR);
- Статті 4 Європейської конвенції про захист прав людини 1950 року («*the Convention*»);
- Статті 6 Конвенції МОП про скасування примусової праці 1957 року (№105)⁶;
- Статті 13 Конвенції про відкрите море 1958 року⁷;
- Статті 8 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року (ICCPR);

² United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Global Report on Trafficking in Persons, 2014, p. 12; the Report of the UN Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Urmila Bhoola, 8 July 2015, A/HRC/30/35; and the ILO Global Estimate of Forced Labour, Results and Methodology, 2012.

³ The Slavery Convention was signed at Geneva on 25 September 1926 and entered into force on 9 March 1927. It was amended by a Protocol of 7 December 1953 which entered into force on 7 July 1955. It has 99 parties.

⁴ The Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, was adopted by a Conference of Plenipotentiaries convened by Economic and Social Council resolution 608(XVI) of 30 April 1956, which was done at Geneva on 7 September 1956 and entered into force on 30 April 1957. It has 123 parties, including Austria (7 October 1963).

⁵ The ILO Convention No. 29 was adopted at Geneva, 14th ILC session (28 June 1930), and entered into force on 1 May 1932. It has 139 ratifications, including by Austria (7 June 1960). A Protocol to the Forced Labour Convention was adopted at Geneva, 103rd ILC session (11 June 2014) and entered into force on 9 November 2016. It has 10 ratifications. See also the Forced Labour (Supplementary Measures) Recommendation, 11 June 2014 (No. 203).

⁶ The ILO Convention No. 105 was adopted at Geneva, 40th ILC session (25 June 1957), and entered into force on 17 January 1959. It has 175 ratifications, including by Austria (5 March 1958).

⁷ The Convention on the High Sea was opened for signature on 29 April 1958 and entered into force on 30 September 1962. It has 63 parties, including Austria (10 January 1974).

- Статті 6 Американської конвенції про захист прав людини 1969 року (ACHR)⁸;
- Статті 4 (2) (f) Додаткового Протоколу II до Женевських Конвенцій⁹;
- Статті 5 Африканської хартії прав людини і народів 1981 року (ACHPR)¹⁰;
- Статті 99 Конвенції по морському праву 1982 року¹¹;
- Статтях 32 та 36 Конвенції про права дитини 1989 року (CRC)¹²;
- Статті 11 Міжнародної конвенції про захист прав всіх трудящих-мігрантів та членів їхніх сімей 1990 року (ICPRMW)¹³;
- Статті 15 Африканської хартії прав і добробуту дитини 1990 року (ACRWC)¹⁴;
- Статті 5(с) Статуту Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії 1993 року (ICTY);
- Статті 7 Міжамериканської конвенції про міжнародну торгівлю неповнолітніми 1994 року¹⁵;
- Статті 3 (с) Статуту Міжнародного трибуналу щодо Руанди 1994 року;
- Статті 4 Конвенції СНД про права та основні свободи людини 1995 року (the «CIS Convention»)¹⁶;
- Статті 7 § 2 (с) Статуту Міжнародного кримінального суду 1998 року («the Rome Statute»)¹⁷;
- Статті 7 Конвенції МОП про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці 1999 року (№ 182)¹⁸;

⁸ The American Convention was adopted in San José, Costa Rica, on 22 November 1969, and came into force on 18 July 1978. It has 25 ratifications, but two States have denounced the Convention.

⁹ The Protocol was adopted by the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts in Geneva, on 8 June 1977, and entered into force on 7 December 1978. It has been ratified by 168 States, including Austria (13 August 1982).

¹⁰ The Charter was adopted by the eighteenth Assembly of Heads of State and Government of the Organisation of African Unity, in Nairobi, Kenya, in June 1981, and entered into force on 21 October 1986. It has 54 ratifications.

¹¹ The Convention on the Law of the Sea was adopted by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea and opened for signature on 10 December 1982 in Montego Bay, Jamaica, and entered into force on 16 November 1994. It has 166 parties, including Austria (14 July 1995).

¹² The CRC was adopted by the United Nations General Assembly on 20 November 1989 and came into force on 2 September 1990. 196 countries are parties to it, including Austria (6 August 1992).

¹³ The ICPRMW was adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990 and entered into force on 1 July 2003. It has 49 parties.

¹⁴ The African Charter was adopted on 11 July 1990 and entered into force on 29 November 1999. It has 47 parties.

¹⁵ The Inter-American Convention on International Traffic in Minors was adopted at Mexico, D.F., Mexico, on 18 March 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, and entered into force on 8 August 1997. It has 15 parties.

¹⁶ The CIS Convention was adopted on 26 May 1995 and has since been ratified by Belarus, Kyrgyzstan, the Russian Federation and Tajikistan. It entered into force on 11 August 1998.

¹⁷ It was adopted at a diplomatic conference in Rome on 17 July 1998 and entered into force on 1 July 2002. 124 countries are States Parties, including Austria (28 December 2000).



- Статті 5 Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, до Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 року («*the Palermo Protocol*»)¹⁹;
- Статті 2 Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії 2000 року²⁰;
- Статті 5 (3) Хартії основних прав Європейського Союзу 2000 року²¹;
- Статті 2 (с) Статуту Спеціального суду щодо С'єрра-Ліоне 2002 року;
- Статті 1 Рамкового рішення Ради Європейського Союзу від 19.07.2002 про боротьбу з торгівлею людьми;
- Статті 10 Арабської хартії прав людини 2004 року (*ArCHR*)²²;
- Статті 19 Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми 2005 року («*the Anti-Trafficking Convention*»)²³;
- Статті 27 (2) Конвенції про права осіб з інвалідністю 2006 року (*CRPD*)²⁴;
- Статті 9 (1(d)) Конвенції Африканського Союзу про захист та допомогу внутрішньо переміщених особам в Африці 2009 року²⁵;
- Статті 3 (2) (b) Конвенція МОП, що стосується гідної праці для домашніх працівників, 2011 року (№ 189)²⁶;
- Статті 2 of Директиви 2011/36/EU Європейського Парламенту та Ради від 05.04.2011 про запобігання та боротьбу з торгівлею людьми та захист потерпілих;

¹⁸ The ILO Convention No. 182 was adopted at Geneva, 87th ILC session (17 Jun 1999) and entered into force on 19 November 2000. It has 180 ratifications, including Austria (4 December 2001).

¹⁹ It was adopted by resolution A/RES/55/25 of 15 November 2000 and entered into force on 25 December 2003. It has 170 parties, including the respondent State (15 September 2005).

²⁰ The Protocol was adopted by the United Nations General Assembly on 25 March 2000 and entered into force on 18 January 2002. 173 states are parties to the protocol, including Austria (6 May 2004).

²¹ It was proclaimed at the Nice European Council on 7 December 2000. At that time, it did not have any binding legal effect. On 1 December 2009, with the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter became legally binding on the EU institutions and on national governments, including the Austrian government.

²² The second, updated version of the Arab Charter was adopted on 22 May 2004 and entered into force on 15 March 2008. It has 12 States Parties. This is a revised edition of the first Charter of 15 September 1994.

²³ CETS no. 197. It was adopted by the Committee of Ministers (CM) of the Council of Europe on 3 May 2005 and entered into force on 1 February 2008. It has 46 Parties, including the respondent State.

²⁴ The CRPD was adopted by the United Nations General Assembly on 13 December 2006 and came into force on 3 May 2008. It has 172 States Parties.

²⁵ The African Union Convention was adopted on 23 October 2009 and entered into force on 6 December 2012. It has been ratified by 25 States.

²⁶ The ILO Convention No. 189 was adopted at Geneva, 100th ILC session (16 Jun 2011) and entered into force on 5 September 2013. It has 23 ratifications.

- Статті 5 Конвенції ASEAN проти торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, 2015 року²⁷.

3. Питання про примусову працю вперше було внесено до сфери міжнародного права з нагоди ухвалення Пакту Ліги Націй 1920 року та встановленої в ньому обов'язкової системи для управління неєвропейськими територіями, від'єднаними від колишніх Німецької та Турецької імперій.

У статті 23 Пакту Ліги Націй 1920 року члени намагалися забезпечити та підтримувати справедливі та гуманні умови праці для чоловіків, жінок і дітей як у своїх країнах, так і в усіх країнах, на які поширюються їхні торговельні та промислові відносини, і з цією метою створювати та підтримувати необхідні міжнародні організації.

Вони також зобов'язувалися забезпечити справедливе ставлення до корінного населення підвладних їм територій. Крім того, вони доручили Лізі загальний нагляд за виконанням угод щодо торгівлі жінками та дітьми.

Крім того, умови Мандату для територій класу B передбачали заборону «всіх форм примусової чи обов'язкової праці, за винятком основних громадських робіт і послуг, і тільки в обмін на відповідну винагороду»²⁸.

Аналогічна заборона була включена до Мандату для територій класу C.

4. У 1926 році стаття I Конвенції про рабство визначила рабство як «*стан чи становище людини, з якого здійснюються атрибути права власності чи деякі з них*». Це поняття охоплювало юридичне володіння або *de facto* здійснення повноважень щодо особи на праві власності²⁹.

Стаття 5 визнавала, що використання примусової праці може мати тяжкі наслідки. Тому Високі Договірні Сторони взяли на себе зобов'язання вживати усіх необхідних заходів для запобігання переростанню обов'язкової чи примусової праці в умови, аналогічні рабству. Тим не менш, примусова праця допускалася, коли її вимагали задля громадських цілей. На територіях, де обов'язкова або примусова праця для недержавних цілей все ще зберігалася, Високі Договірні Сторони повинні докладати зусиль поступово і якнайшвидше

²⁷ The ASEAN Convention was adopted at Kuala Lumpur on 21 November 2015 and has not yet entered into force. See also ASEAN Declaration Against Trafficking in Persons Particularly Women and Children, 2004; and the Criminal Justice Responses to Trafficking in Persons: Ending Impunity for Traffickers and Securing Justice for Victims ("ASEAN Practitioner Guidelines"), 2007.

²⁸ ILO, Forced Labour: Forced Labour; Report and Draft Questionnaire, Item III on the Agenda, International Labour Conference, 12th Session, 1929 (Geneva), cited in "Forced Labour: A Selective ILO Bibliography 1919 – 2005".

²⁹ Such powers were not specified, but see United Nations Economic and Social Council, "Slavery, the slave trade and other forms of servitude", Report of the Secretary-General, 27 January 1953, E/2357, p. 28.



покласти край таким практикам. Поки існувала така примусова чи обов'язкова праця, ця праця завжди мала бути винятковим засобом, завжди отримувати адекватну винагороду та не передбачати переміщення робітників з місця їхнього звичайного проживання.

У статті 6 Високі Договірні Сторони взяли на себе зобов'язання вжити необхідних заходів для забезпечення того, щоб суворі покарання могли застосовуватися щодо будь-яких порушень законів і правил, прийнятих з метою реалізації цілей Конвенції про рабство.

5. Стаття 4 Універсальної декларації прав людини (UDHR) проголошує, що *«Ніхто не може перебувати в рабстві чи підневільному стані; рабство і работоргівля забороняються в усіх їх формах»*³⁰.

Стаття 23 (1) UDHR визнає *«право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі та сприятливі умови праці та на захист від безробіття»*.

У UDHR не згадувалося про примусову працю, оскільки було зрозуміло, що вона підпадає під дію підневільного стану³¹.

6. У 1956 році держави-учасниці Конвенції 1926 року, яка залишалася чинною, вирішили, що її слід доповнити укладенням *додаткової конвенції*, спрямованої на активізацію національних і міжнародних зусиль щодо скасування рабства, работоргівлі, а також інститутів та практик, подібних до рабства.

Так, стаття 1 Додаткової конвенції про скасування рабства 1956 року накладає («має») зобов'язання вживати всіх практичних і необхідних законодавчих та інших заходів для поступового та якомога швидшого скасування або відмови від наступних інститутів і практик: подібні до рабства, де вони ще існували³²: боргової кабали³³, кріпацтва, підневільних форм шлюбу, продажу або усиновлення дитини для експлуатації³⁴. Ці практики, схожі на рабство, є

³⁰ The new concept of servitude was not defined by the UDHR, nor by the ICCPR. The UNODC Model Law against Trafficking in Persons, 2009, p. 18, proposes that servitude “shall mean the labour conditions and/or the obligation to work or to render services from which the person in question cannot escape and which he or she cannot change”. See Jean Allain, *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden, 2013, pp. 143-202.

³¹ Jean Allain, cited above, p. 251.

³² The odd formulation “whether or not they are covered by the definition of slavery contained in article 1 of the Slavery Convention” left open the issue of the intention of the drafters of the Slavery Convention to include the four newly enumerated practices under the concept of slavery.

³³ UNODC Model Law, cited above, p. 13: “a person is kept in bondage by making it impossible for him or her to pay off his or her real, imposed or imagined debts.”

³⁴ See Allain, cited above, pp. 146 and 160, and Gallagher, *The International Law on Human Trafficking*, Cambridge, 2010, pp. 181 and 182.

різними формами рабства. Статті 3 та 6 Конвенції встановили обов'язок криміналізувати работоргівлю та поневолення, включаючи форми замаху, співучасті та змови. Стаття 7 визначала рабство, підневільний стан та работоргівлю.

8. Стаття 8 Міжнародного пакту про цивільні та політичні права (*ICCPR*) забороняла рабство, работоргівлю, підневільний стан, а також примусову чи обов'язкову працю.

На відміну від *UDHR*, розробники *ICCPR* вважали, що рабство та підневільний стан є різними поняттями, і тому їх слід розглядати в різних параграфах³⁵.

Така заборона не перешкоджає в країнах, де позбавлення волі з каторжними роботами може бути призначено як покарання за злочин, виконання каторжних робіт на виконання вироку до такого покарання, постановленого компетентним судом³⁶.

Крім того, інші форми роботи чи надання послуг були виключені зі сфери дії заборони³⁷.

Стаття 4 (2) *ICCPR* не допускає відступів від заборони рабства, работоргівлі та підневільного стану³⁸.

Комісія ООН з прав людини витлумачила це положення у світлі нещодавньої кодифікації злочинів проти людяності у Римському статуті, надавши статус безвідступної заборони дій, які караються за Римським статутом як злочин проти людяності, включаючи примусову працю як форму поневолення³⁹.

8. Стаття 11 Конвенції про права дитини зобов'язує Договірні сторони вживати заходів для боротьби з незаконним переміщенням дітей за кордон та неповерненням дітей з-за кордону⁴⁰.

³⁵ Bossuyt, Guide to the Travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, 1987, p. 164.

³⁶ See the United Nations Human Rights Committee (UNHRC), Communication No. 289/1988, *Dieter Wolf v. Panama*, 8 April 1992 (CCPR/C/44/D/289/1988).

³⁷ See the UNHRC Communication No. 666/1995, *Frédéric Foin (represented by François Roux, lawyer in France) v. France*, 9 November 1999 (CCPR/C/67/D/666/1995).

³⁸ Article 13 of the Convention on the High Sea and Article 99 of the Convention on the Law of the Sea also prohibited the transport of slaves.

³⁹ UNHRC General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), paras. 11-12.

⁴⁰ See also the UNICEF Guidelines on Protection of the Rights of Child Victims of Trafficking, 2006; the Reference Guide on Protecting the Rights of Child Victims of Trafficking in Europe, 2006; and the Guidelines for Protection of the Rights of Children Victims of Trafficking in South Eastern Europe, 2003.



Стаття 32 Конвенції про права дитини визнає право дитини на захист від економічної експлуатації та від виконання будь-якої роботи, яка може бути небезпечною або заважати навчанню дитини, чи завдавати шкоди її здоров'ю чи фізичному, розумовому, духовному здоров'ю, або моральному чи соціальному розвитку. Сторони взяли на себе зобов'язання вжити законодавчих, адміністративних, соціальних та освітніх заходів для забезпечення мінімального віку для прийому на роботу, належного регулювання тривалості та умов найму та відповідних покарань чи інших санкцій для забезпечення ефективного дотримання вказаних правил.

Стаття 34 була присвячена захисту дітей від усіх форм сексуальної експлуатації та сексуального насильства, стаття 35 – запобіганню викраденню, продажу або торгівлі дітьми з будь-якою метою та в будь-якій формі, а стаття 36 – захисту дітей. проти всіх інших форм експлуатації, що завдає шкоди будь-якому аспекту благополуччя дитини.

Факультативний протокол доповнив цю структуру, заборонивши торгівлю дітьми, дитячу проституцію та дитячу порнографію та поклавши на держави-учасниці зобов'язання криміналізувати такі дії незалежно від того, вчиняються вони всередині країни чи за кордоном, індивідуально чи організовано. Продаж дитини полягає в будь-якій дії або угоді, за допомогою якої дитина передається будь-якою особою чи групою осіб іншій особі за винагороду чи будь-яку іншу винагороду. Міжнародне комерційне сурогатне материнство з метою експлуатації також підпадає під міжнародне правове визначення продажу дітей⁴¹.

Нарешті, у статті 27 (2) Конвенції про права осіб з інвалідністю (CRPD) держави-учасниці взяли на себе зобов'язання забезпечити, щоб люди з інвалідністю не утримувалися в рабстві чи підневільному стані та були захищені нарівні з іншими від примусової чи обов'язкової праці.

В. Міжнародне трудове право (§§ 9 – 13)

9. Формою експлуатації, яка викликає особливе занепокоєння МОП, є примусова праця. Конвенції № 29 і № 105 є основними документами МОП, спрямованими на заборону та ліквідацію примусової чи обов'язкової праці.

Згідно з Декларацією МОП про основоположні принципи та права у сфері праці 1998 року, усі держави-члени МОП зобов'язані, навіть якщо вони не ратифікували відповідні Конвенції МОП, поважати, заохочувати та

⁴¹ See UNODC, The Concept of “Exploitation” in the Trafficking in Persons Protocol, 2015, p. 112.

реалізовувати принцип усунення всіх форм примусової або обов'язкової праці та ефективного скасування дитячої праці. Право не піддаватися примусовій чи обов'язковій праці та дитячій праці поширюється на всіх людей у всіх державах, а особливо на групи з особливими потребами, такі як безробітні та працівники-мігранти⁴².

Стаття 2 Конвенції МОП 1930 року про примусову чи обов'язкову працю визначила примусову чи обов'язкову працю як «*будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи під загрозою якогось покарання і для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг*». Певні форми праці були виключені зі значення терміну примусова праця. Статті 20 та 21 повністю забороняли примусову працю як форму колективного покарання та примусову працю у підземних шахтах. Стаття 25 встановила обов'язок криміналізувати незаконне вимагання примусової або обов'язкової праці («*Незаконне притягнення до примусової чи обов'язкової праці переслідуватиметься у кримінальному порядку, і кожний член Організації, який ратифікує цю Конвенцію, буде зобов'язаний забезпечити дійсну ефективність і суворе додержання санкцій, що диктуються законом*»)⁴³.

Ситуація примусової праці визначається характером відносин між особою та «роботодавцем», а не типом виконуваної діяльності, законністю чи незаконністю діяльності згідно з національним законодавством або її визнанням як «економічної діяльності». Характерною рисою цих відносин є примушення до праці під загрозою стягнення⁴⁴. Таким чином, примусова праця включає примусову проституцію, примусове жебрацтво, примусову злочинну діяльність, примусове використання особи у збройному конфлікті, ритуальне чи церемоніальне рабство, примусове використання жінок як сурогатних матерів, примусову вагітність і незаконне проведення біомедичних досліджень над особою⁴⁵.

⁴² The ILO Commission of Inquiry into Forced Labour in Myanmar, Report 2 July 1978, para. 203, affirmed explicitly the peremptory nature of the prohibition of forced labour.

⁴³ The ILO has affirmed that, with the exception of organ removal, trafficking is covered by the Forced Labour Convention (ILO, *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, 2014, pp.3-4, and UNODC, the concept of “exploitation”, cited above, p. 32).

⁴⁴ UNODC Model Law, cited above, p. 15: “The threat of a penalty can take multiple forms ranging from (the threat of) physical violence or restraint, (threats of) violence to the victim or his or her relatives, threats to denounce the victim to the police or immigration authorities when his or her employment or residence status is illegal, threats of denunciation to village elders or family members in the case of girls or women forced into prostitution, (threat of) confiscation of travel or identity papers, economic penalties linked to debts, the non-payment of wages, or the loss of wages accompanied by threats of dismissal if workers refuse to work overtime beyond the scope of their contract or national law.” (ILO, *Global Report 2005*, pp. 5-6; ILO, *Eradication of Forced Labour*, International Labour Conference, 2007, p. 20).” In *C.N. and V. v. France*, no. 67724/09, §§ 77-78, 11 October 2012, the Court referred to the ILO Global report, *The Cost of Coercion*, 2009, paras. 24-25, when discussing the menace of a penalty as a component of forced labour.

⁴⁵ UNODC Model Law, cited above, pp. 14 and 28, and ILO, *Eradication of Forced Labour*, International Labour Conference, 2007, p. 42. The ritual or ceremonial servitude includes the



10. У статті 1 Конвенції МОП 1957 року про скасування примусової праці Договірні сторони взяли на себе зобов'язання у всіх випадках припиняти та не використовувати будь-яку форму примусової чи обов'язкової праці як засобу політичного примусу чи освіти або як покарання за дотримання або вираження політичних поглядів або поглядів, ідеологічно протилежних встановленій політичній, соціальній чи економічній системі; як засіб мобілізації та використання робочої сили для цілей економічного розвитку; як засіб трудової дисципліни; як покарання за участь у страйках; і як засіб расової, соціальної, національної чи релігійної дискримінації. Це зобов'язання мало на меті звужити сферу винятків статті 2 (2) Конвенції 1930 року⁴⁶.

11. Стаття 7 Конвенції про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці 1999 року встановлює зобов'язання застосовувати санкції, а саме кримінальні санкції, за найгірші форми дитячої праці, що включають такі дії⁴⁷:

- усі форми рабства або практики, подібні до рабства, такі як продаж торгівля дітьми, боргова кабала та кріпацтво та примусова або обов'язкова праця, включаючи примусове або обов'язкове вербування дітей для використання у збройних конфліктах;
- використання, здобування або пропонування дитини для заняття проституцією, для виробництва порнографії або для порнографічних вистав;
- використання, вербування чи пропонування дитини для незаконної діяльності, зокрема для виробництва та торгівлі наркотиками, як це визначено у відповідних міжнародних договорах;
- робота, яка за своїм характером або обставинами, в яких вона виконується, може завдати шкоди здоров'ю, безпеці або моралі дітей.

12. У статті 3 Конвенції МОП про гідну працю домашніх працівників 2011 року (№189) Договірні сторони взяли на себе зобов'язання вживати заходів для забезпечення ефективного сприяння та захисту прав людини всіх домашніх працівників, а саме поважати, заохочувати та реалізувати основні принципи та права у сфері праці, такі як усунення всіх форм примусової чи обов'язкової праці.

“exploitative and abusive religious or cultural practices that dehumanize, degrade or cause physical or psychological harm”.

⁴⁶ Jean Allain, cited above, p. 254.

⁴⁷ See ILO, *Hard to See: Harder to Count: Survey Guidelines to Estimate Forced Labour of Adults and Children*, 2011; ILO, *Eliminating the Worst Forms of Child Labour under Time-Bound Programmes: Guidelines for Strengthening Legislation, Enforcement and Overall Legal Framework*, 2003; and ILO/IPU, *Eliminating the Worst Forms of Child Labour. A practical guide to ILO Convention No. 182*, 2002.

13. МОП розробила шість показників примусової праці, які є цінним орієнтиром у ідентифікації примусової праці⁴⁸.

Такими показниками є:

- погроза чи фактичне фізичне насильство щодо жертви;
- обмеження пересування працівників;
- боргова кабала;
- утримання заробітної плати;
- утримання паспортів чи документів, що посвідчують особу;
- погроза доносу владі, якщо працівник перебуває у нелегальному імміграційному статусі.

Здавалося б, «добровільна пропозиція» працівника могла бути підроблена або не ґрунтувалася на інформованому рішенні. Обмеження щодо залишення роботи, навіть якщо працівник добровільно погодився на неї, може вважатися примусовою працею⁴⁹.

МОП рекомендує кодифікувати торгівлю людьми як правопорушення незалежно від транскордонного переміщення та залучення організованої злочинності, примусову працю визнати кримінальним провадженням у законодавстві про боротьбу з торгівлею людьми, а також визначити види використовуваного примусу та обставини, за яких згода не має значення, і насамкінець зазначив, що притягнення до кримінальної відповідальності має призводити не лише до криміналізації, а й до відновлення прав потерпілого, матеріальної компенсації та, що найважливіше, до конфіскації майна⁵⁰.

Що стосується домашніх працівників, то МОП рекомендує обмежити тривалість домашньої роботи шляхом визначення: (a) 40-годинного робочого тижня з адекватною винагородою за понаднормову роботу; (b) визначення максимальної кількості робочих годин, дозволених на день; (c) фіксований безперервний період відпочинку тривалістю вісім годин на день; (d) обмеження кількості годин, проведених «за викликом», і адекватна

⁴⁸ ILO Operational indicators of trafficking in human beings: Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission, 2009; ILO, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work: A Global Alliance against Forced Labour, 2005; and ILO, Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidelines for Legislators and Law Enforcement, 2004. The practice of the States follows these indicators (UNODC, The concept of “exploitation”, cited above, p. 109). The Court referred to the ILO indicators in *C.N. v. the United Kingdom*, no. 4239/08, § 35, 13 November 2012.

⁴⁹ ILO Guidelines, cited above, p. 23. As noted by the ILO in the Forced Labour Survey Guidelines: “... the obligation to stay in a job due to the absence of alternative employment opportunities, taken alone, does not equate to a forced labour situation; however, if it can be proven that the employer is deliberately exploiting this fact (and the extreme vulnerability which arises from it), to impose more extreme working conditions than would otherwise be possible, then this would amount to forced labour.” (ILO, *Hard to See*, cited above, p. 16).

⁵⁰ ILO Guidelines, cited above, p. 61.



винагорода за ці години. Необхідно гарантувати належні процедури припинення трудових відносин⁵¹.

С. Міжнародне кримінальне та гуманітарне право (§§ 14 – 21)

14. У статті 6 (b) та 6 (c) Нюрнберзької хартії депортація для цілей рабської праці та поневолення були перелічені як воєнний злочин⁵² та злочин проти людяності⁵³ відповідно:

Після Другої світової війни Нюрнберзький військовий трибунал США встановив у справі *Pohl et al.*⁵⁴ що в'язні нацистських концтаборів перебували в стані рабства, а відповідальні за ці табори були винні у військових злочинах та злочинах проти людяності⁵⁵.

Стаття 52 Третьої Женевської конвенції передбачала, що військовополонених не можна примушувати до виконання нездорової, небезпечної чи принизливої роботи.

Стаття 4(2)(f) Додаткового протоколу II до Женевських конвенцій забороняла в будь-який час і в будь-якому місці рабство і работоргівлю в усіх формах осіб, які не беруть безпосередньої участі або припинили брати участь у військових діях⁵⁶.

15. Стаття 5(c) Статуту МТКЮ включала до сфери компетенції Трибуналу поневолення як злочин проти людяності, коли воно вчинялося під час збройного конфлікту, міжнародного чи внутрішнього характеру, і спрямоване проти будь-якого цивільного населення.

⁵¹ ILO Guidelines, cited above, p. 63.

⁵² (b) War crimes: ... deportation to Wave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory.

⁵³ (c) Crimes against humanity: ... enslavement.

⁵⁴ <http://werle.rewi.hu-berlin.de/POHL-Case.pdf>

⁵⁵ Judgment of 3 November 1947, in Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume V, p. 969.

⁵⁶ The Red Cross Rule 95 on Forced Labour dictates that “Uncompensated or abusive forced labour is prohibited”, considering that State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts (Henckaerts and Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, volume I, Rules, Cambridge, 2005, pp. 330-334). See also Articles 29-32 of the 1929 Geneva Convention, Articles 49-68 of the 1949 Third Geneva Convention and Articles 40, 51 and 95 of the 1949 Fourth Geneva Convention.

Стаття 3(с) Статуту МТР передбачала таке саме покарання за поневолення, коли воно вчинене як частина широкомасштабного чи систематичного нападу на будь-яке цивільне населення за національною, політичною, етнічною, расовою чи релігійною ознакою⁵⁷.

У справі *Kunarac et al.* Судова палата МТКЮ у лютому 2001 року заявила, що «у той час, який стосується обвинувального висновку, поневолення як злочин проти людяності за міжнародним звичаєвим правом полягало у здійсненні будь-яких або всіх повноважень, пов'язаних із правом власності на особу».

Палата визнала, що це визначення «може бути ширшим, ніж традиційні та іноді явно різні визначення рабства, работоргівлі та підневільного стану або примусової чи обов'язкової праці, які зустрічаються в інших сферах міжнародного права». На підставі різних справ часів Другої світової війни та роботи Комісії міжнародного права Палата дійшла висновку, що примусову або обов'язкову працю слід включити «до поневолення як злочин проти людяності»⁵⁸.

16. Згідно з § 2 (с) статті 7 Римського статуту, поневолення означає «здійснення будь-яких або всіх повноважень, пов'язаних із правом власності на особу, і включає здійснення таких повноважень під час торгівлі людьми», зокрема щодо жінок і дітей» (*«Enslavement» means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children*).

Елементи злочинів, вказаних у Римському статуті, додатково роз'яснюють, що здійснення будь-яких або всіх повноважень, пов'язаних із правом власності на одну або більше осіб, включає наступне:

«купівля, продаж, надання в борг або обмін такої особи або осіб, або шляхом застосування до них аналогічного позбавлення волі. ... Зрозуміло, що таке позбавлення волі за деяких обставин може включати примусову працю або іншим чином приведення особи до рабства, як це визначено в Додатковій конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв 1956 року. Також розуміється, що поведінка, описана в цьому елементі, включає торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми».

⁵⁷ See also Article 2 (c) of the 2002 Statute for the Special Court for Sierra Leone.

⁵⁸ See *Kunarac et al.* (IT-96-23&23/1), Trial Chamber judgment of 22 February 2001, §§ 539-542. The Appeals Chamber Judgement of 12 June 2002 confirmed this reasoning in paragraphs 117-124. It is important to note that the Appeals Chamber observed that “the duration of the enslavement is not an element of the crime.” The findings of the *Kunarac* trial were replicated by the Special Court for Sierra Leone in the *Brima et als.* Trial Chamber judgment, SCSL-2004-16-T, 20 June 2007, paras. 739-749.



Порівнюючи концепції рабства, викладені в міжнародному праві у 1926, 1956 та 1998 роках, і застосовані у рішенні суду *Pohl et al.* в 1947 році, а також концепцію поневолення, викладену у Статуті МТКЮ та вперше застосовану Судовою та Апеляційною палатами у справі *Kunaras et al.*, у цьому випадку виділяється один постійний елемент: *повноваження, пов'язані з правом власності*. Це *sine qua non* елемент концепції рабства або поневолення в міжнародному праві. Для визначення поняття достатньо як володіння *de jure*, так і здійснення цих повноважень *de facto*.

17. Палермський протокол представляє перше міжнародно узгоджене визначення торгівлі людьми⁵⁹.

Стаття 5 Палермського протоколу вимагає криміналізації навмисного вербування, транспортування, передачі, переховування або отримання осіб шляхом погрози силою чи її застосування чи інших форм примусу, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або внаслідок використання вразливого становища, або шляхом надання чи отримання платежів чи пільг для отримання згоди особи, яка контролює іншу особу, з метою експлуатації (*recruitment, transportation, transfer, harbouring or reception of persons, including the exchange or transfer of control over those persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation*)⁶⁰.

Протокол містить *перелік форм експлуатації*, а не визначення самої експлуатації.

⁵⁹ This definition was anticipated by the work of UN Special rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences whose very similar definition made trafficking conditional upon the occurrence of non-consensual transportation for the purpose of slavery-like practices or forced labour (E/CN.4/2000/68, 29 February 2000, paras. 10-17).

⁶⁰ See UNODC, Model Law, cited above, which drew inspiration from the US State Department Model Law to Combat Trafficking in Persons, 2003; the UNODC Legislative Guides for the Implementation of the UN Convention Against Transnational Organised Crime and the Protocols thereto, 2004; the UNODC Toolkit to Combat Trafficking in Persons, 2008; the UNODC Assessment Toolkit on the Criminal Justice Response to Human Trafficking; the International Framework for Action To Implement the Trafficking in Persons Protocol, 2009; the Abuse of a Position of Vulnerability and other “Means” Within the Definition of Trafficking in Persons, 2012; The Role of “Consent” in the Trafficking in Persons Protocol, 2014; and The Concept of “Exploitation”, cited above. See also Office of the High Commissioner for Human Rights, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, E/2002/68/Add.1, and the UN Basic Principles on the right to an effective remedy for trafficked persons.

Експлуатація включає, як мінімум⁶¹, експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю або послуги⁶², рабство або практику, подібну до рабства, підневільне становище або видалення органів⁶³.

Ці поняття слід розуміти відповідно до їх значення в міжнародному праві, як випливає зі статті 14 Протокол (*Nothing in this Protocol shall affect the rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein*).

Вербування, перевезення, передача, переховування або отримання дитини з метою експлуатації вважаються торгівлею людьми, навіть якщо це не стосується жодного із зазначених вище способів. Згода жертви торгівлі людьми на заплановану експлуатацію не має значення, якщо було використано будь-який із цих засобів⁶⁴. Застосування недозволених засобів передбачає відсутність волевиявлення у поведінці потерпілого. Таким чином, торгівля людьми відрізняється від злочину контрабанди людей як незаконного переміщення через державний кордон з метою прямого чи

⁶¹ According to the *Travaux Préparatoires*, “[t]he words “at a minimum” will allow States parties to go beyond the offences listed in this definition in criminalizing [and are] also intended to make it possible for the protocol to cover future forms of exploitation (i.e. forms of exploitation that [are] not yet known” (UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the E labouration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto* (2006), p. 343, note 22). “The non-exhaustive character of the Protocol’s definition is manifested in two ways: (i) through the term ‘at a minimum’; and (ii) through the absence of definitions relating to concepts that are not otherwise defined in international law.” (UNODC, *The Concept of “Exploitation”*, cited above, p. 8)

⁶² According to UNODC, the reference to services enabled the prohibition to extend to other illegal or unregulated activities that States may not recognise as labour (*The Concept of “Exploitation”*, cited above, p. 31). The Explanatory Report to the Council of Europe Anti-Trafficking Convention, para. 92, does not directly address this matter but notes no distinction between “forced labour” and “forced services”.

⁶³ According to the Interpretative Notes for the *travaux préparatoires* of the Palermo Protocol (A/55/383/Add.1, 3 November 2000), para. 66, illegal adoption also falls within the scope of the Protocol. The Explanatory Report of the Council of Europe Anti-Trafficking Convention, para. 94, repeats this stance.

⁶⁴ The note in the UNODC Legislative Guide to the Implementation of the Protocol to the effect that “the removal of a child’s organs for legitimate medical or therapeutic reasons cannot form an element of trafficking if a parent or guardian has validly consented” is equivocal as it may be construed to imply that a different rule may apply in the case of consensual removal of an adult’s organs “for legitimate medical or therapeutic reasons”. This is evidently not the case, the same rule of therapeutic justification applying to children and adults.



опосередкованого отримання фінансової чи іншої матеріальної вигоди за згодою особи, яку незаконно ввезли⁶⁵.

18. Таким чином, у міжнародному кримінальному праві існує по суті **чотири елементи злочину торгівлі людьми**⁶⁶:

- *actus reus*: вербування, транспортування, передача, переховування або отримання осіб;
- *засоби*: погроза або застосування сили або інші форми примусу, викрадення, шахрайство, обман, зловживання владою або вразливим становищем, надання чи отримання платежів чи переваг для отримання згоди особи, яка контролює іншу особу;
- *mens rea (general)*: намір вербувати, транспортувати, передавати, переховувати або приймати осіб;
- *mens rea (special)*: з метою експлуатації.

19. *Actus reus* має бути позитивною дією або поведінкою, яка може мати триваючий характер (наприклад: транспортувати, передавати, давати притулок комусь). Широта дії *actus reus* охоплює всі етапи процесу торгівлі людьми та охоплює вербувальників злочинців, брокерів, перевізників, а також власників, менеджерів, наглядачів або контролерів будь-якого місця експлуатації, якщо вони самі брали участь у підтримці ланцюга. Але злочин торгівлі людьми не застосовується до ситуацій експлуатації, коли кінцевий експлуататор не втрутився до процесу торгівлі людьми.

Недбала (неумисна) поведінка не карається⁶⁷. Фактична помилка є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності лише в тому випадку, якщо вона заперечує психічний елемент, необхідний злочину⁶⁸. Оскільки поневолення, примусова праця і торгівля людьми для цих цілей є злочинами проти людяності, помилка в законі щодо того, чи є певний тип поведінки злочином, не виключає психічного елементу, необхідного для таких злочинів, і будь-які накази вчиняти такі злочини є явно незаконними⁶⁹.

⁶⁵ See Article 3 of the UN Protocol against Smuggling of Migrants by land, Sea and Air and Gallagher and David, *The International Law on Migrant Smuggling*, Cambridge, 2014.

⁶⁶ In its yearly *Trafficking in Persons Report*, the United States Department of State monitors whether a State complies with the obligations in the Palermo Protocol.

⁶⁷ UNODC, *Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners* (2009), Module 1, pp. 4–5. UNODC notes that domestic law could enable *mens rea* to be established on a lesser standard than direct “intent”, such as willful blindness.

⁶⁸ Article 32 (1) of the Rome Statute.

⁶⁹ Articles 32 (2) and 33 (2) of the Rome Statute. UNODC *Legislative Guides*, cited above, p. 276: “Drafters should note that the element of intention refers only to the conduct or action that constitutes each criminal offence and should not be taken as a requirement to excuse cases, in particular where persons may have been ignorant or unaware of the law establishing the offence.”

20. Зобов'язання Протоколу полягає в тому, щоб криміналізувати торгівлю людьми як сукупність складових елементів, але не самі елементи⁷⁰. Звинувачення та покарання злочину, пов'язаного з торгівлею людьми, повинні відображати тяжкість використаних засобів відповідно до статті 11 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності, яку доповнює Протокол. Таким чином, коли використання одного з перелічених недозволених засобів *per se* є злочином, наприклад погроза силою або її застосування, злочин, пов'язаний з торгівлею людьми, в принципі поглинає засіб вчинення злочину, і ефективне покарання за злочин, пов'язаний з торгівлею людьми, не вимагає одночасного покарання за використання засобу злочину, за винятком випадків, коли засіб злочину карається більш суворим покаранням, ніж сам злочин у сфері торгівлі людьми. У цьому випадку слід карати лише використання засобу злочину, щоб уникнути надмірного, подвійного покарання за ту саму злочинну поведінку.

Покарання не залежить від факту експлуатації⁷¹. Іншими словами, для завершення злочину, пов'язаного з торгівлею людьми, необов'язково, щоб жертва торгівлі людьми була фактично експлуатована, тобто піддана примусовій проституції, примусовій праці, рабству, практикам, подібним до рабства, підневільному стану або видаленню органів. З огляду на інструментальний зв'язок між торгівлею людьми та експлуатацією, ефективне покарання експлуатації не гарантує одночасного покарання за торгівлю людьми, за винятком випадків, коли конкретна форма експлуатації *per se* є злочином (наприклад, примусове видалення органів), що карається за менше покарання, ніж торгівля людьми. У цьому випадку слід карати лише злочин, пов'язаний з торгівлею людьми, щоб уникнути надмірного подвійного покарання за ту саму протиправну поведінку.

Зобов'язання криміналізувати включає участь як співучасника у злочині, організацію або керівництво іншими особами для вчинення злочину та, відповідно до базових понять правової системи, замах на вчинення злочину. Зобов'язання поширюється як на фізичних, так і на юридичних осіб, хоча у випадку останніх встановлена відповідальність не обов'язково має бути «кримінальною». Сфера застосування Протоколу обмежує зобов'язання щодо криміналізації випадками, коли торгівля людьми є транснаціональною за своєю природою та за участю організованої злочинної групи⁷². Але ані транснаціональність, ані участь у злочинній організації не є елементами

⁷⁰ UNODC Legislative Guides, cited above, p. 268, and the Explanatory Report to the Council of Europe Anti-Trafficking Convention, para. 249. See also Gallagher, cited above, pp. 80 and 81, for other important criminal law related obligations deriving from the Palermo Protocol.

⁷¹ UNODC Legislative Guides, cited above, p. 269: "The offence defined in article 3 of the Protocol is completed at a very early stage. No exploitation needs to take place."

⁷² In addition, States should adopt preventive and cooperative measures. Only three articles define the status and rights of trafficked persons, but they are couched in aspirational terms.



злочину⁷³. У справах про транснаціональну експлуатацію стандарти, які слід брати до уваги під час визначення того, чи є ситуація експлуатацією, є стандартами країни перебування, а не країни походження, інакше залишається стимул до злочину. Існування поганих умов життя чи праці або порушення трудового законодавства в країні перебування є, безперечно, вагомим елементом, що вказує на ситуацію експлуатації.

21. Загалом, Протокол не вимагає, щоб експлуатація сама по собі була кримінальним злочином. Він не накладає обов'язку криміналізувати примусову працю. У цьому контексті слід зазначити, що не вся примусова праця є результатом торгівлі людьми: за даними МОП, близько 20% усієї примусової праці є результатом торгівлі людьми. Законодавство проти будь-якої експлуатації людей у примусових або схожих на рабство умовах як окреме правопорушення буде необхідним незалежно від того, як люди потрапляють у ці умови, тобто незалежно від наявності інших елементів злочину торгівлі людьми⁷⁴. Це також вимагається вищезазначеними міжнародними правовими документами з прав людини, які чітко забороняють використання рабства, подібних до рабства практик та примусової праці.

III. Регіональна реакція на примусову працю та торгівлю людьми з цією метою (§§ 22 – 40)

A. Загальні аспекти (§§ 22 – 26)

22. Стаття 6 Американської конвенції прав людини (*ACHR*) забороняє всі форми рабства, примусове підневільне перебування, работоргівлю, торгівлю жінками та примусову або обов'язкову працю. У тих країнах, де покаранням, встановленим за певні злочини, є позбавлення волі із залученням до примусових робіт, виконання такого покарання, призначеного компетентним судом, дозволяється, але при цьому «примусова праця не повинна негативно впливати на гідність або фізичні чи інтелектуальні здібності ув'язнених». Це положення також виключало певні форми роботи чи служби зі значення примусової чи обов'язкової праці⁷⁵. Стаття 27 (2) не допускає будь-яких

⁷³ See the UNODC Legislative Guides, cited above, p. 259 (“In the case of trafficking in persons, domestic offences should apply even where transnationality and the involvement of organised criminal groups do not exist.”), and pp. 275-276.

⁷⁴ UNODC Model Law, cited above, p. 35. See also The Miami Declaration of Principles on Human Trafficking (Feb. 10, 2005), 1 Intercultural Human Rights L. Rev. 11 (2006).

⁷⁵ See Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Ituango Massacres vs Colombia*, Series C No. 148, 1 July 2006, paras. 154-168, which applied the criteria of Article 2(1) of ILO Convention No. 29, and Inter-American Commission on Human Rights, *Captive Communities: Situation of the Guarani*

відступів від цієї заборони, у тому числі під час війни, суспільної небезпеки чи іншої надзвичайної ситуації, яка загрожує незалежності чи безпеці держави-учасниці.

23. У статті 7 Міжамериканської конвенції про міжнародну торгівлю неповнолітніми (*Inter-American Convention on International Traffic in Minors*) держави-учасниці зобов'язалися вжити ефективних заходів відповідно до свого національного законодавства для запобігання та суворого покарання за викрадення, переміщення чи утримання, або спробу викрадення, переміщення чи утримання неповнолітнього в протиправних цілях або незаконними засобами.

«Незаконна мета» включає *inter alia* проституцію, сексуальну експлуатацію, підневільне становище або будь-яку іншу мету, яка є незаконною як у державі постійного проживання неповнолітнього, так і в державі-учасниці, де знаходиться неповнолітній. «Незаконні засоби» охоплюють, серед іншого, викрадення, шахрайство або примусову згоду, надання або отримання незаконних платежів або пільг для досягнення згоди батьків, осіб або установи, які опікуються дитиною, або будь-які інші засоби, незаконні в будь-якій Державі постійного проживання неповнолітнього або державі-учасниці, де перебуває неповнолітній. Поведінка з протиправною метою не вимагає використання незаконних засобів, і навпаки.

24. Стаття 5 Африканської хартії прав людини і народів 1981 року (*ACHPR*) забороняє всі форми експлуатації та приниження людини, зокрема рабство, работоргівлю, катування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, покарання та поведження (*Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status. All forms of exploitation and degradation of man, particularly slavery, slave trade, torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited*)⁷⁶.

У рішенні щодо звичаєвої практики *wahiya* або *sadaka* Суд Економічного співтовариства західноафриканських держав (*ЕКОВАС*) зазначив наступне: «Згідно з кримінальним законодавством Нігеру, як і в міжнародних документах, заборона та знищення рабства є абсолютними та поширюються на громадський порядок. Як зазначено Міжнародним судом ООН у рішенні у

Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco, OEA/SER.L/V/II, Doc. 58, 24 December 2009, p. 27, which referred to the same criteria in substance.

⁷⁶ See *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98 (2000), para. 135, where there was a violation of article 5 of the Charter due to practices analogous to slavery. The Commission emphasised that unremunerated work is tantamount to a violation of the right to respect for the dignity inherent in the human being.



справі *Barcelona Traction* (5 лютого 1970 року), «виведення рабства поза законом є обов'язком *erga omnes*, покладеним на всі державні органи»⁷⁷.

Стаття 15 Африканської хартії прав і добробуту дитини 1990 року (*ACRWC*) захищала кожную дитину від усіх форм економічної експлуатації та від виконання будь-якої роботи, яка може бути небезпечною або заважати фізичному, розумовому, духовному, моральному чи соціальному розвитку дитини. Вона також зобов'язала держави-учасниці вжити всіх відповідних законодавчих та адміністративних заходів для забезпечення повного виконання цієї статті, яка охоплює як офіційний, так і неформальний сектори зайнятості.

Беручи до уваги відповідні положення документів МОП, що стосуються дітей, держави-учасниці, зокрема, (a) передбачають законодавством мінімальну заробітну плату для будь-якої роботи; (b) забезпечують належне регулювання часу та умов найму; (c) передбачають відповідні покарання чи інші санкції для забезпечення ефективного виконання цієї статті; (d) сприяють поширенню інформації про небезпеку дитячої праці серед усіх верств суспільства.

Нещодавно стаття 9 Арабської хартії прав людини 2004 року (*ArCHR*) заборонила торгівлю людськими органами та торгівлю з метою використання медичних експериментів, а стаття 10 Хартії заборонила «усі форми рабства та торгівлі людьми»⁷⁸.

Нарешті, стаття 9-1(d) Конвенції Африканського Союзу про захист та допомогу внутрішньо переміщеним особам в Африці захищає право цих осіб не піддаватися примусовій праці (... *sexual and gender based violence in all its forms, notably rape, enforced prostitution, sexual exploitation and harmful practices, slavery, recruitment of children and their use in hostilities, forced labour and human trafficking and smuggling*).

25. Стаття 4 Конвенції СНД забороняла рабство, підневільне становище та примусову чи обов'язкову працю, але виключала зі значення цього терміну певні форми праці чи служби. Стаття 35 не допускала будь-яких відступів від статті 4 (параграф 1) – заборона тортур і підневільного стану. У СНД також затверджено Програму співробітництва у сфері протидії торгівлі людьми на

⁷⁷ ECOWAS Court of Justice, *Hadijatou Mani Koraou v. Republic of Niger*, ECW/CCJ/JUD/06/08 (27 October 2008), para. 81.

⁷⁸ The Council of the Arab Ministers of Justice in 2005 and the Council of the Arab Ministers of Interior in 2006, had already adopted the Arab Guiding Law on Human Trafficking (Model Law to Combat the Crime of Trafficking in Persons), which followed the definition on trafficking contained in the Palermo Protocol.

2010-2012 роки та Модельне законодавство СНД⁷⁹. У квітні 2012 року Рада Європи, Організація з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ), Міжпарламентська асамблея СНД та Виконавчий комітет СНД спільно організували Круглий стіл з питань боротьби з торгівлею людьми. Петербург, Російська Федерація⁸⁰. Круглий стіл створив нову платформу для розвитку співпраці між Радою Європи, ОБСЄ та СНД з метою збору та обміну передовим досвідом.

Стаття 5 Конвенції АСЕАН про боротьбу з торгівлею людьми, особливо жінками та дітьми (*ACTIP*), яка ще не набула чинності, встановила зобов'язання криміналізувати торгівлю людьми з тим самим обсягом, що й Палермський протокол⁸¹.

26. Політичні зобов'язання ОБСЄ щодо боротьби з торгівлею людьми, прийняті з 2000 року консенсусом на щорічних засіданнях Ради міністрів ОБСЄ та узгоджені державами-учасницями, становлять комплексну політичну основу для дій проти торгівлі людьми⁸². У 2003 році ОБСЄ схвалила План дій з боротьби з торгівлею людьми та створила офіс і посаду спеціального представника та координатора з питань боротьби з торгівлею людьми, щоб допомогти державам-учасницям розробити та реалізувати ефективну політику.

В. У межах Європейського Союзу (§§ 27 – 31)

27. У Європейському Союзі торгівлю людьми спочатку асоціювали з примусовою проституцією та сексуальною експлуатацією неповнолітніх. Додаток до Конвенції Європолу⁸³ вже містив таке визначення торгівлі людьми з метою сексуальної експлуатації: «Торгівля людьми означає підпорядкування особи реальній і незаконній владі інших осіб шляхом застосування насильства, погроз або зловживання владою, або інтриги з метою експлуатації проституції, форм сексуальної експлуатації та нападу на неповнолітніх або торгівлі покинутими дітьми».

⁷⁹ The CIS member States are Azerbaijan, Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Russia, Tajikistan and Uzbekistan. Turkmenistan and Ukraine are associate States.

⁸⁰ The Proceedings of the Round Table were published and are available on line.

⁸¹ In Asia, the fight against trafficking had been focused until recently on trafficking for forced prostitution (see the SAARC Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution, and United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, Combating Human Trafficking in Asia: A Resource Guide to International and Regional Legal Instruments, Political Commitments and Recommended Practices, 2003). As mentioned earlier, this subject lies outside the scope of this opinion.

⁸² The OSCE has 57 participating States from Europe, Central Asia and North America.

⁸³ Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention on the Establishment of a European Police Office.



28. 18 січня 1996 року Європейський парламент ухвалив Резолюцію про торгівлю людьми. Наступного року Рада Європейського Союзу прийняла Спільну дію 97/154/JHA від 24 лютого 1997 року щодо дій щодо боротьби з торгівлею людьми та сексуальною експлуатацією дітей, у якій йдеться про «будь-яку поведінку, яка сприяє в'їзду, транзити» через територію держави-члена, проживання на ній або виїзд з неї з метою отримання прибутку з метою сексуальної експлуатації або насильства щодо втягнутих дорослих або дітей» (*trafficking means any behaviour which facilitates the entry into, transit through, residence in or exit from the territory of a Member State, for the purposes set out in point B (b) and (d)*).

29. Після заборони торгівлі людьми статтею 5 (3) Хартії ЄС про основні права, Рада Європейського Союзу схвалила Рамкове рішення від 19 липня 2002 року про боротьбу з торгівлею людьми, яке замінило Спільну дію 97/154/JHA від 24 лютого 1997 року⁸⁴. Зобов'язання криміналізувати торгівлю людьми було змодельовано на основі Палермського протоколу з наступними відповідними відмінностями: уразливість визначалася як ситуація, «яка є такою, що людина не має реальної та прийнятної альтернативи, окрім як піддатися насильству» (*there is an abuse of authority or of a position of vulnerability, which is such that the person has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved*); вичерпний перелік цілей акції включав примусові роботи та порнографію, але не вилучення органів; було введено правило про пропорційний і стримуючий характер покарань; а також були передбачені злочини при обтяжуючих обставинах.

30. Кілька років потому Директива 2004/81/ЄС встановила правові рамки для надання дозволів на проживання особам, які не є членами ЄС та водночас є жертвами торгівлі людьми⁸⁵, а Директива 2009/52/ЄС окреслила рамки для держав-членів щодо застосування санкцій до роботодавців, які свідомо нелегально працевлаштовують працівників з третіх країн⁸⁶.

У 2010 році Європейська Комісія призначила Координатора ЄС з боротьби з торгівлею людьми (*the EU Anti-Trafficking Coordinator*), щоб покращити координацію між інституціями ЄС, його агенціями, державами-членами та міжнародними акторами у впровадженні законодавства та політики ЄС проти

⁸⁴ 2002/629/JHA: Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings

⁸⁵ Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities.

⁸⁶ Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals.

торгівлі людьми, після заклику Резолюції Європейського парламенту про запобігання торгівлі людьми, затвердженого того ж року⁸⁷.

31. Нарешті, *Directive 2011/36/EU* про запобігання і боротьбу з торгівлею людьми та захист її жертв замінила Рамкове рішення⁸⁸, прийнявши комплексний, цілісний та «низькопороговий» підхід до прав людини до боротьби з торгівлею людьми, а також «контекстуальне», «гендерне» та «дитяче» розуміння різних форм торгівлі людьми та спрямованість на те, щоб кожна форма боролася за допомогою найбільш ефективних заходів⁸⁹.

Найважливішим нововведенням Директиви було її ширше поняття торгівлі людьми, як порівняти з Рамковим рішенням, яке включало додаткові форми цілеспрямованої експлуатації, такі як примусове жебрацтво, примусова злочинна діяльність (як у випадку *inter alia* кишенькових крадіжок, крадіжки з магазинів, торгівля наркотиками та інші подібні дії, які підлягають покаранню та передбачають фінансову вигоду), примусове видалення органів, незаконне усиновлення або примусовий шлюб.

Одразу після публікації Директиви було започатковано Стратегію ЄС щодо викорінення торгівлі людьми на 2012 – 2016 роки.

C. У межах Ради Європи (§§ 32 – 40)

32. Конвенція 1950 року забороняє рабство та підневільне становище⁹⁰. Вона також забороняє примусову та обов'язкову працю, виключаючи певні форми роботи та служби з цього терміну⁹¹.

У знаковій справі *Van der Musselle*⁹² ЄСПЛ зазначив, що цей параграф «не має на меті «обмежити» здійснення права, гарантованого пунктом 2, а

⁸⁷ See also European Parliament resolution of 17 January 2006 on strategies to prevent the trafficking of women and children who are vulnerable to sexual exploitation; and European Parliament recommendation to the Council on fighting trafficking in human beings – an integrated approach and proposals for an action plan (2006/2078(INI)).

⁸⁸ 2002/629/JHA: Council Framework Decision of 19 July

⁸⁹ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA. See the very useful Joint UN Commentary on the EU Directive – A Human Rights-Based Approach, 2011, on the “low threshold approach” towards addressing the assistance and protection needs of victims in cases where trafficking cannot be proven by the criminal justice system.

⁹⁰ In the *Travaux préparatoires de l'article 4 de la Convention*, DH(62) 10, 16 November 1962, p. 16, reference is made to servitude as “a more general idea covering all possible forms of man's domination of man”. This passage is taken from the commentary to the ICCPR draft prepared by the UN Secretary General in 1955.

⁹¹ In the *Travaux préparatoires*, reference was made to the definition of the 1930 ILO Convention, which “was not considered entirely satisfactory for inclusion in the covenant.” This passage was taken from the commentary to the ICCPR draft.



«розмежувати» сам зміст цього права, оскільки воно становить єдине ціле з пунктом 2 і вказує на те, чого не означає термін «*примусова або обов'язкова*». Зважаючи на це, пункт 3 служить допоміжним засобом для тлумачення пункту 2. Чотири підпункти пункту 3, незважаючи на їх різноманіття, ґрунтуються на керівних ідеях загального інтересу, соціальної солідарності та того, що є нормальним за звичайного стану справ».

Суд визнав вплив Конвенції МОП № 29 на статтю 4 Конвенції та зазначив, що визначення терміну «*примусова або обов'язкова праця*» як «будь-якої роботи або служби, яка вимагається від будь-якої особи під загрозою будь-якого покарання» і для якого зазначена особа не запропонувала себе добровільно», може стати відправною точкою для тлумачення статті 4 Конвенції⁹². Визнавши, що робота жодним чином не обмежується фізичною працею⁹⁴, Суд оцінив, чи мала місце «примусова чи обов'язкова» праця. На думку суду, «перший із цих прикметників нагадує про фізичні або розумові обмеження, фактор, який, безперечно, був відсутній у цій справі. Що стосується другого прикметника, то він не може стосуватися будь-якої форми юридичного примусу чи зобов'язання. ... Те, що має бути, це робота, що «вимагається... під загрозою будь-якого покарання», а також виконується проти волі зацікавленої особи, тобто робота, для якої вона «не запропонувала себе добровільно»⁹⁵.

За обставин справи сам факт попередньої згоди заявника не дає підстав для висновку, що покладені на нього обов'язки щодо правової допомоги не становлять обов'язкову працю для цілей пункту 2 статті 4 Конвенції. На думку Суду, необхідно також враховувати інші фактори, включно з тим, чи був тягар, покладений на заявника, непропорційним.

Хоча оплачувана робота також може кваліфікуватися як примусова чи обов'язкова праця, відсутність винагороди та відшкодування витрат є важливим фактором при розгляді того, що є пропорційним. Такий критерій пропорційності не відповідав критеріям Конвенції МОП 1930 року. Незважаючи на відсутність винагороди та відшкодування витрат, Суд вважав, що не було обов'язкової праці з огляду на обмежену кількість робочих годин, і не розглядав питання, чи поширюється поняття «звичайних громадянських обов'язків» на обов'язки, покладені на особливу категорію громадян за посадою, яку вони займають, або функціями, які вони покликані виконувати в суспільстві.

⁹² *Van der Musselle v. Belgium*, judgment of 23 November 1983, Series A, No.70, § 38.

⁹³ *Van der Musselle*, cited above, § 32.

⁹⁴ *Van der Musselle*, cited above, § 33.

⁹⁵ *Van der Musselle*, cited above, § 34.

33. Стаття 1 (2) Європейської соціальної хартії також забороняє примусову працю з такою самою сферою дії статті 4 Конвенції та статті 2 Конвенції МОП № 29 про примусову працю⁹⁶. Під примусовою працею розуміється «*примус будь-якого працівника до виконання роботи всупереч його бажанню і без його вільно вираженої згоди*»⁹⁷.

Заборона, що встановлена у Хартії, примусової або обов'язкової праці може бути порушена, наприклад, шляхом кримінального покарання моряків, які залишають своє місце, навіть якщо безпека судна чи життя чи здоров'я людей на борту не загрожують⁹⁸; зобов'язання кадрових армійських офіцерів, які пройшли кілька періодів навчання, пройти термін обов'язкової служби, який може тривати до 25 років⁹⁹, або відмова від права вимагати дострокового звільнення, якщо вони не повернуть державі принаймні частину вартість їх навчання та навчання¹⁰⁰; занадто широко визначені повноваження щодо мобілізації цивільного населення в умовах надзвичайного стану, тобто «в будь-якій непередбаченій ситуації, що спричиняє порушення економіки країни та суспільства»¹⁰¹; необґрунтований стаж для заміни військової служби¹⁰²; працевлаштування ув'язнених на приватних підприємствах без згоди ув'язнених і в умовах, що значно відрізняються від тих, які зазвичай пов'язані з приватними трудовими відносинами¹⁰³; притягнення до неоплачуваної праці працівників, які відмовляються виконувати свої професійні обов'язки; і «домашнє рабство»¹⁰⁴.

34. Стаття 19 Конвенції Ради Європи 2005 року про протидію торгівлі людьми вимагає криміналізації поведінки, як визначено у статті 4, що ґрунтується на статті 3 Палермського протоколу¹⁰⁵. Злочин торгівлі людьми чітко визнається порушенням прав людини і застосовується до всіх форм торгівлі людьми, як національної, так і транснаціональної, з законним в'їздом або без законного в'їзду та перебування в країнах транзиту чи призначення, незалежно від того, пов'язана вона з організованою злочинністю чи ні¹⁰⁶. Включено положення про покарання та обтяжливі форми злочину. Іншою відмінною рисою є

⁹⁶ ECSR Conclusions II, Statement of Interpretation on Article 1 § 2, p. 4.

⁹⁷ ECSR Conclusions III, p. 5.

⁹⁸ *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Greece*, Complaint No. 7/2000, Decision on the merits of 5 December 2000, § 22.

⁹⁹ *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH)*, cited above, § 21.

¹⁰⁰ ECSR Conclusions 2004, Ireland, p. 260. It was also noted that the decision to grant early retirement was left to the discretion of the Minister of Defence.

¹⁰¹ ECSR Conclusions XVI-1, Greece, p. 283. See also the ECSR Conclusions 2012 - Moldova - article 1-2.

¹⁰² *Quaker Council for European Affairs (QCEA) v. Greece*, Complaint No. 8/2000, Decision on the merits of 25 April 2001, §§ 23-25.

¹⁰³ ECSR Conclusions XVI-1, Germany, pp. 242-243.

¹⁰⁴ ECSR Conclusions 2012 - France - Article 1-2.

¹⁰⁵ Explanatory Report to the Convention, para. 72.

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 80.



обов'язковість криміналізації тих, хто свідомо користується послугами потерпілих.

Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми була прийнята з метою сприяння підходу до торгівлі людьми, більш орієнтованому на права людини та врахуванню гендерних питань і потреб дітей, ніж Палермський протокол, накладаючи на держави-учасниці вищі стандарти щодо запобігання торгівлі людьми, співробітництво між державами-учасницями, а також щодо захисту прав жертв торгівлі людьми, включаючи період відновлення та роздумів, відсутність покарання, компенсацію та відшкодування, які їм повинні бути надані, а також надання таким жертвам дозволу на проживання¹⁰⁷. Вона також запровадила механізм моніторингу (*GRETA*).

35. Стаття 37 Конвенції Ради Європи 2011 року про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з ними (*Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*) встановлює зобов'язання криміналізувати навмисний примусовий шлюб і умисне заманювання дорослого або дитини на територію Сторони або держави, іншої ніж той, де вона/він проживає¹⁰⁸.

Конвенція Ради Європи про торгівлю людськими органами 2014 року відхиляється від підходу Палермського протоколу, розглядаючи «торгівлю людськими органами», а не торгівлю людьми з метою вилучення органів¹⁰⁹.

На додаток до цих жорстких правових інструментів і Комітет міністрів¹¹⁰, і Парламентська асамблея Ради Європи¹¹¹ зосередили свою увагу на

¹⁰⁷ Explanatory Report to the Convention, para. 87.

¹⁰⁸ CETS No. 210.

¹⁰⁹ CETS No. 216. The UN Special Rapporteur on Trafficking in Persons has expressed concern about this convention's failure to integrate the relevant practices within the broader conceptual and normative framework of the Trafficking in Persons Protocol and the possible lowering of victim protection and assistance standards as a consequence (UN Doc. A/68/256, 2 Aug. 2013, paras. 64, 65, 100).

¹¹⁰ See Recommendation No. R (91) 11 on sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults; and Recommendation No. R (2000) 11 on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation.

¹¹¹ See Recommendation 1325 (1997) on traffic in women and forced prostitution in Council of Europe member states; Recommendation 1523 (2001) on domestic slavery; Recommendation 1526 (2001) on a campaign against trafficking in minors to put a stop to the east European route: the example of Moldova; Recommendation 1545 (2002) on a campaign against trafficking in women; Recommendation 1610 (2003) on migration connected with trafficking in women and prostitution; and PACE Recommendation 1663 (2004) on domestic slavery: servitude, au pairs and mail-order brides.

домашньому рабстві, примусовому шлюбі та торгівлі людьми, наполягаючи на необхідності включити їх до кримінальних кодексів держав-учасниць.

36. У повній відповідності з цими стандартами Суд нещодавно підкреслив життєво важливе значення боротьби як з примусовою працею, так і з торгівлею людьми з цією метою.

У справі «*Siliadin*» Палата дійшла висновку зі статті 4 Конвенції про позитивне зобов'язання держав-учасниць запровадити положення кримінального права для покарання за дії, згадані в цьому положенні, і застосовувати їх на практиці¹¹².

Стаття 4 Конвенції передбачає не лише вертикальний вплив на держави-учасниці, а й горизонтальний вплив у приватній сфері. У ситуації, коли від заявника вимагали виконувати примусову працю майже 15 годин на день, сім днів на тиждень, Палата дійшла висновку, що розглядувана справа не була ситуацією рабства «у належному розумінні, іншими словами, пан і пані Б. скористалася справжнім правом законної власності на неї, таким чином зводячи її до статусу «об'єкта»»¹¹³.

Таким чином, Палата тлумачила Конвенцію про рабство 1926 року вузько, оскільки вказана Конвенція не обмежує поняття рабства *de jure* «справжнім правом законної власності на» іншу особу, але включає *de facto* «умову» бути підданою здійсненню влади, подібної до власності.

Окрім цього, Палата визначила позбавлення заявника особистої автономії як *підневільне становище*¹¹⁴. Елемент залежності впливав з того факту, що «заявнику, який боявся бути заарештованим поліцією, ні в якому разі не було дозволено виходити з дому, за винятком того, щоб брати дітей на заняття та різні заходи. Таким чином, у неї не було ні свободи пересування, ні вільного часу»¹¹⁵.

¹¹² *Siliadin*, cited above, §§ 89 and 112.

¹¹³ *Siliadin*, cited above, §§ 122 and 124. See also *C.N. v. the United Kingdom*, cited above, § 66, *C.N. and V. v. France*, cited above, § 105, and *Kawogo v. the United Kingdom* (dec.), 3 September 2013.

¹¹⁴ The European Commission of Human Rights had regarded servitude as having to live and work on another person's property and perform certain services for them, whether paid or unpaid, together with being unable to alter one's condition (application no. 7906/77, DR 17, p. 59; see also the Commission's report in the *Van Droogenbroeck* case of 9 July 1980, Series B, Vol. 44, p. 30, paragraphs 78 to 80). The Chamber adhered to this conception in paragraph 123 of *Siliadin*, but added in § 124, that servitude was characterised as "an obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion, and is to be linked with the concept of "slavery"" and thus dropping the space element of the European Commission's concept. The Explanatory Report to the Council of Europe Anti-Trafficking Convention, para. 95, takes a slightly different position, stating that this "particularly serious form of denial of freedom" is to be regarded as "a particular form of slavery, differing from it less in character than in degree."

¹¹⁵ *Siliadin*, cited above, § 123.



37. У справі «*Rantsev*»¹¹⁶ Палата дійшла висновку, що сама торгівля людьми у значенні статті 3(a) Палермського протоколу та статті 4(a) Конвенції про боротьбу з торгівлею людьми підпадає під дію статті 4 Конвенції¹¹⁷. Усталене в міжнародному праві визначення поняття торгівлі людьми було закріплено у конвенційному праві.

38. Слід зазначити, що ця новаторська заява не супроводжувалася поясненням того, який параграф статті 4 Конвенції був застосовний до торгівлі людьми, що могло мати значення для цілей статті 15 Конвенції, оскільки ця стаття посиляється лише на пункт 1 статті 4 Конвенції. Мовчання Палати з цього приводу можна повністю зрозуміти лише у світлі її іншої дуже сміливої заяви про те, що стаття 4 Конвенції «не передбачає жодних положень про винятки, і жодні відступи від неї не є допустимими відповідно до пункту 2 статті 15 Конвенції навіть при виникненні надзвичайної ситуації, що загрожує життю нації»¹¹⁸.

У гідному похвали, прогресивному тлумаченні Конвенції Палата відмовилася від будь-якої внутрішньої нормативної ієрархії між пунктами 1 та 2 статті 4 Конвенції, а також від будь-якої різниці в трактуванні цих пунктів за умов надзвичайного стану чи будь-яких інших виняткових обставин. Таким чином, Палата не лише розширила сферу застосування норми про заборону статті 4 Конвенції на торгівлю людьми, але й додала цю нову заборонну норму режиму статті 15 Конвенції.

Тлумачення Палати використовувалося – без цитування – у Загальному коментарі ООН з прав людини № 29 щодо прогресивного тлумачення статті 4(2) МПГПП у світлі нещодавньої кодифікації злочинів проти людства у Римському статуті¹¹⁹. Одним із таких злочинів є злочин *поневолення*, який включає примусову працю та торгівлю людьми з цією метою.

39. Базуючись на комплексному підході Палермського протоколу та Конвенції Ради Європи про боротьбу з торгівлею людьми до боротьби з торгівлею людьми, який включає заходи щодо запобігання торгівлі людьми та захисту жертв, на додаток до заходів щодо покарання торговців людьми, Палата пішла далі, ніж зобов'язання щодо криміналізації у справі «*Siliadin*», підтвердивши що «з положень цих двох документів чітко випливає, що Договірні держави,

¹¹⁶ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010 (extracts). When monitoring the parties to the Anti-Trafficking Convention, GRETA takes account of the conclusions of this judgment in its assessment (GRETA 5th meeting Conclusions, 2010, para. 15).

¹¹⁷ *Rantsev*, cited above, § 282.

¹¹⁸ *Rantsev*, cited above, § 279.

¹¹⁹ UNHRC General Comment 29, cited above, paras. 11-12.

включно з майже всіма державами-членами Ради Європи, сформували думку про те, що лише поєднання заходів, спрямованих на всі три аспекти, може бути ефективним у боротьбі з торгівлю людьми. ... Обсяг позитивних зобов'язань, що випливають із статті 4 Конвенції, слід розглядати в цьому ширшому контексті»¹²⁰.

Палата детально зупинилася на зобов'язаннях держави щодо захисту жертв. Стаття 4 Конвенції може вимагати від держави вжити оперативних заходів для захисту жертв (потенційних жертв) торгівлі людьми, якщо за обставин конкретної справи було продемонстровано, що державні органи знали або повинні були знати про «обставини, які викликають достовірну підозру, що ідентифікована особа піддавалася або перебувала під реальним і безпосереднім ризиком стати жертвою торгівлі чи експлуатації»¹²¹. Зобов'язання щодо вжиття оперативних заходів має, однак, тлумачитися таким чином, щоб не покладати неможливий або непропорційний тягар на органи влади¹²².

На думку Палати, стаття 4 Конвенції також передбачає процедурний обов'язок органів влади з власної ініціативи розслідувати ситуації потенційної торгівлі людьми¹²³. Нарешті, у світлі преамбули до Палермського протоколу, держави-члени також зобов'язані у справах про транскордонну торгівлю людьми ефективно співпрацювати з відповідними органами інших зацікавлених держав у розслідуванні подій, які сталися за межами їх територій¹²⁴. Палата підкреслила, що це зобов'язання діє не лише для *приймаючих держав*, таких як Кіпр, і *країн походження*, як-от Росія, а й для *держав транзиту*. Така співпраця у форматі дво- або багатосторонніх угод особливо важлива між країнами, залученими до різних етапів ланцюжка торгівлі людьми¹²⁵.

40. Підсумовуючи викладене вище, держави-учасниці Конвенції зобов'язані криміналізувати примусову або обов'язкову працю та торгівлю людьми. Для цілей статті 4 Конвенції примусова та обов'язкова праця чи служба має тлумачитися у значенні статті 2 Конвенції МОП 1930 року як будь-яка робота чи служба, яка вимагається від будь-якої особи під загрозою будь-якого покарання та за яку зазначена особа не запропонувала себе добровільно або, будучи залученою, вважає, що вона не може залишити її.

¹²⁰ *Rantsev*, cited above, § 285.

¹²¹ *Rantsev*, cited above, § 286.

¹²² *Rantsev*, cited above, § 287.

¹²³ *Rantsev*, cited above, § 288. On the empowerment of victims see *L.E. v. Greece*, no. 71545/12, 21 January 2016, and *O.G.O. v. the United Kingdom (dec.)*, 18 February 2014.

¹²⁴ *Rantsev*, cited above, § 289.

¹²⁵ As had already been pointed out by the Office of the High Commissioner for Human Rights, *Recommended Principles and Guidelines*, cited above.



Поняття складається з двох визначальних елементів: *загроза роботодавця покаранням та недобровільне залучення працівника до праці*¹²⁶. Немає жодних вимог щодо законності, тривалості або тяжкості праці.

Таким чином, примусова праця включає постійну, випадкову, тимчасову, okazijnynu, неочікувану, періодичну, нерегулярну роботу або неповний робочий день, так само як і примусову роботу на виробництві, а також примусову проституцію, примусове жебрацтво, примусову злочинну діяльність, примусове використання особи у збройному конфлікті, ритуалі або обряді, примусове використання жінок як сурогатних матерів, примусова вагітність та незаконне проведення медичних біологічних досліджень особи.

Види поведінки, описані у пункті 3 статті 4 Конвенції, розмежовують концепцію Конвенції про примусову чи обов'язкову працю і, отже, мають тлумачитися обмежувально, у світлі імперативної заборони статті 1 Конвенції про скасування примусової праці 1957 року.

Примусову працю та торгівлю людьми з цією метою не слід плутати з рабством, інститутами чи практикою, подібними до рабства, або підневільним станом. Не «будь-яка примусова праця є торгівлею людьми», як і не «всяка торгівля людьми є рабством». Слід уникати цих двох проявів того, що було названо «розповзанням експлуатації» (*exploitation creep*)¹²⁷. Сам процес торгівлі людьми є підготовчим етапом подальшої експлуатації, і тому він додається до кожної з трьох заборонених дій у статті 4 Конвенції.

При цьому може бути торгівля людьми без подальшої експлуатації, так само як і експлуатація без попередньої торгівлі людьми.

Торгівля людьми з метою примусової праці заборонена пунктом 2 статтею 4 Конвенції, оскільки вона є підготовчим до забороненої поведінки злочинним актом.

Крім того, видворення до країни, де особа стикається з ризиком примусової праці або торгівлі людьми з цією метою, викликає питання відповідно до цього положення.

¹²⁶ The ILO supervisory bodies have emphasised that, where work or services are imposed (for instance, by exploiting the worker's vulnerability) under the menace of detrimental consequences, such exploitation ceases to be merely a situation of poor employment conditions and triggers the protection of ILO Convention No. 29 (UNODC, The concept of "exploitation", cited above, p. 31).

¹²⁷ Janie Chuang, "Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law", 108 (4) American Journal of International Law (2014).

Для цілей статті 4 Конвенції торгівлю людьми слід тлумачити у значенні статті 3(a) Палермського протоколу, статті 4(a) Конвенції Ради Європи про боротьбу з торгівлею людьми та статті 2 Директиви Європейського Союзу про запобігання і боротьбу з торгівлею людьми та захист жертв. Ані примусова праця, ані торгівля людьми з цією метою *per se* не містять прибутку, комерційного елементу, транснаціонального компоненту, перетину кордону чи зв'язку з організованою злочинністю.

Для цілей статті 4 Конвенції рабство слід тлумачити у значенні статті I Конвенції про рабство, тобто володіння *de jure* або *de facto* здійснення повноважень над особою, пов'язане з правом власності. Торгівля людьми з метою рабства (включаючи работоргівлю) заборонена пунктом 1 статті 4 Конвенції. Видворення до країни, де особа стикається з ризиком рабства або торгівлі людьми з цією метою, викликає питання відповідно до цього положення¹²⁸.

Для цілей статті 4 Конвенції підневільне становище слід тлумачити у значенні статті 7 (b) Додаткової конвенції про скасування рабства 1956 року, яка визначає жертв «практики, подібної до рабства» (боргова кабала, кріпацтво, підневільні форми шлюбу та продаж або усиновлення дітей з метою експлуатації) як «особи підневільного стану».

Незаконне усиновлення дитини з наміром експлуатації, за винагороду чи ні, включено до цієї практики у світлі Інтерпретаційних приміток до *travaux préparatoires* Палермського протоколу, Пояснювальної доповіді Конвенції Ради Європи про боротьбу з торгівлею людьми та Директиви ЄС 2011/36/ЄС.

Торгівля людьми з метою підкорення людини рабству (тобто дії, подібні до рабства) заборонена пунктом 1 статті 4 Конвенції.

Видворення до країни, де особа стикається з ризиком піддатися такому рабському статусу або стати жертвою торгівлі людьми з цією метою, викликає питання за цим положенням.

У контексті горизонтального застосування Конвенції держави зобов'язані не лише криміналізувати примусову працю та торгівлю людьми з цією метою, притягнути до відповідальності підозрюваних злочинців та надати жертвам можливість брати активну участь у кримінальному провадженні, проте й запобігати вчиненню або потворному вчиненню злочинів з боку приватних осіб. Таке міжнародне позитивне зобов'язання слід визнати таким, що відображає принцип звичаєвого міжнародного права, обов'язковий для всіх держав, зважаючи на вже згадану широку та давню консенсусну практику та

¹²⁸ In *Barar v. Sweden* (dec.), no. 42367/98, 19 January 1999, the Court held that the expulsion of a person to a State where he would be subjected to slavery might raise an issue under Article 4, but the risk had not been substantiated.



opinio juris, як-от Декларація МОП 1998 року та Керівні принципи дослідження 2011 року (*the 2011 Survey Guidelines*), а також інші документи м'якого права, зазначені вище. Крім того, це зобов'язання є імперативною нормою, що означає, що жодна інша норма міжнародного або національного права не може відступати від нього, як Суд висунув у справі «*Rantsev*», як визначає *ACHR* та визнає *UNHRC*¹²⁹. Таким чином, інертність держави *vis-à-vis* примусової праці чи торгівлі людьми з метою примусової праці є порушенням зобов'язання держави-учасниці. Окреслення Судом позитивних зобов'язань щодо боротьби з експлуатацією виходить за рамки торгівлі людьми, оскільки національні органи влади повинні вжити розумних заходів, щоб «вивести особу з такої ситуації чи ризику» стати жертвою торгівлі людьми чи експлуатації та «уникнути ризику небезпечного поводження»¹³⁰.

ДРУГА ЧАСТИНА (§§ 41 – 59)

IV. Зобов'язання держави-відповідача (§§ 41 – 52)

А. Міжнародне зобов'язання криміналізувати примусову працю та переслідувати її (§§ 41 – 42)

41. Поводження з людиною як з рабом і торгівля рабами караються відповідно до статті 104 Кримінального кодексу Австрії (*Sklavenhandel*).

Стаття 104а КК криміналізує торгівлю людьми (*Menschenhandel*) з метою експлуатації¹³¹.

¹²⁹ UNHRC General Comment No. 29, cited above, paras. 11-12. See also paragraph 3 of the Miami Declaration, cited above.

¹³⁰ See *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115-17, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, and *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 115, ECHR 2000-III. It should be noted that the Special Rapporteur on Torture expanded the definition of torture to include trafficking as a form of torture in the private sphere (A/HRC/7/3, 15 January 2008, paras. 56-58).

¹³¹ See Arbeitsgruppe “Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung” des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bericht für die Jahre 2012-2014; Hajdu *et al.*, Arbeitsausbeutung. Ein sozial-ökonomisches Phänomen?, Frauenhandel bzw. Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung von Ungarinnen und Ungarn in Österreich, Vienna, 2014; ACTnow, Anti-child-trafficking, Rechtliche Herausforderung im Kampf gegen Kinderhandel, lexisnexis, 2013; Zingerle and Alionis, Männer als Betroffene von Menschenhandel in Österreich, 2013; Bericht des Menschenrechtsbeirates zu Identifizierung und Schutz von Opfern des Menschenhandels, 2012; and Planitzer and Sax, Combating THB for Labour Exploitation in Austria, in Rijken (ed.), Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation, 2011, pp. 1-72.

Стаття 106а КК визначає злочинність примусового шлюбу (*Zwangsheirat*).

Транснаціональна торгівля проституцією (*Grenzüberschreitender Prostitutionshandel*) карається за статтею 217 КК.

Нарешті, Австрія також криміналізує примусову працю іноземців (*Ausbeutung eines Fremden*) – стаття 116 Закону про поліцію для іноземців (*Fremdenpolizeigesetz*).

42. Стаття 104 КК застосовується до подібних до рабства звичаїв (*in eine sklavereiähnliche Lage*), таких як боргова кабала та підневільне становище, тоді як менш суворі звичаї трудової експлуатації підпадають під дію статті 104а КК¹³².

43. Стаття 116 *Fremdenpolizeigesetz* передбачає кримінальну відповідальність за поведінку агента, який експлуатує іноземця з прямим умислом отримати безперервний прибуток від експлуатації конкретної залежності жертви, яка є результатом того факту, що він/вона є або нелегально перебуває в країні, не має дійсного дозволу на роботу або перебуває у будь-якій іншій формі залежності. Залежність жертви також може виникнути в ситуації, коли вона або вона можуть вільно пересуватися, але не можуть скористатися цією можливістю через страх або загрозу бути ідентифікованими органами влади та, можливо, депортованими¹³³.

Сама по собі експлуатація не визначена законом і, що ще гірше, не завжди карається¹³⁴. Стаття 104а (3) КК лише посилається на вичерпний перелік форм експлуатації, але не дає визначення експлуатації. Експлуатація громадян, у тому числі примусова праця громадян, *per se* не карається.

В. Міжнародне зобов'язання криміналізувати торгівлю людьми та переслідувати її до відповідальності (§§ 44 – 52)

44. Закріплена у КК 2004 року стаття 104а криміналізує торгівлю людьми (*Menschenhandel*) як підготовчий злочин (*Vorbereitungsdelikt*) до примусової праці та інших форм експлуатації¹³⁵. Караність поведінки не вимагає ефективної експлуатації жертви торговцем людьми чи іншою особою¹³⁶. Достатньо, щоб торговець людьми діяв з метою експлуатації жертви (*Delikt mit überschüssender Innentendenz*).

¹³² GRETA Report on Austria, GRETA (2011)10, para. 137.

¹³³ Tipold, cited above, note 6.

¹³⁴ As quite rightly pointed out by Tipold, *Stellungnahme zum Entwurf eines Sexualstrafrechtsänderungsgesetz*, 4 March 2013, para. 3.

¹³⁵ See the Explanatory Report of the 2004 *Strafrechtsänderungsgesetz* ("EBRV StRÄG 2004"), 12.

¹³⁶ EBRV StRÄG 2004, 11.



Оскільки законним інтересом, який захищає положення, є право на свободу, злочин включено до Глави III Особливої частини КК (*strafbaren Handlungen gegen die Freiheit*)¹³⁷. Він охоплює як випадки національної та транснаціональної торгівлі людьми, так і випадки, жертвами яких є австрійські громадяни та іноземці¹³⁸. Австрійський законодавець припустив, що звернення до певних визначених недозволених засобів порушує свободу волі, а тому згода не має значення¹³⁹. Дійсно, жодні підстави для виправдання цього правопорушення не визнаються¹⁴⁰.

45. Склад злочину статті 104a КК (чинного на відповідний час) є наступним:

ACTUS REUS: вербування (*anwerben*)¹⁴¹, розміщення (*beherbergen*)¹⁴² або будь-яке інше розташування (*sonst aufnehmen*)¹⁴³, транспортування (*befördern*)¹⁴⁴, пропозиція (*anbieten*)¹⁴⁵ або передача третій стороні (*oder einem anderen weitergibt*)¹⁴⁶;

НЕДОЗВОЛЕНІ ЗАСОБИ (*unlautere Mittel*): обман щодо фактів (*Täuschung über Tatsachen*); використання владного становища (*Ausnützung einer Autoritätsstellung*)¹⁴⁷, ситуацій лиха (*einer Zwangslage*)¹⁴⁸, психічного

¹³⁷ EBRV StRÄG 2004, 11.

¹³⁸ Government's Reply to GRETA's Questionnaire, published in August 2010, reply to question 21.

¹³⁹ *Ibid.*, reply to question 18.

¹⁴⁰ Schwaighofer, in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², Vienna, note 15 to Article 104a.

¹⁴¹ The Austrian case law requires a "targeted influence" (*gezielte Einflussnahme*) of the trafficker on the trafficked person, but not the exercise of pressure of the former over the latter (Nimmervoll, in Triffterer Otto *et al.*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, lexis nexis, notes 32 and 33 to Article 104a).

¹⁴² EBRV StRÄG 2004, 13: in any form. See also the Explanatory Report of the 2013 *Sexualstrafrechtänderungsgesetz* ("EBRV SexualStRÄG 2013"), 3: even for a short period of time.

¹⁴³ EBRV StRÄG 2004, 13: reception of the victim in the final destination or a stopover. EBRV SexualStRÄG 2013: surveillance over the victim suffices, like attribution of clients or work time.

¹⁴⁴ It is not clear if the mere organisation of transportation by third persons or the purchase of travel tickets for a public transport suffices, as EBRV StRÄG 2004, 13, and EBRV SexualStRÄG 2013, 4, suggest, but Schwaighofer, cited above, note 5 to Article 104a, contests.

¹⁴⁵ EBRV StRÄG 2004, 13: includes offers made to concrete persons and offers not directed to concrete persons.

¹⁴⁶ EBRV StRÄG 2004, 13: any form of handing over or transmission of a person to another person, including the purchase, exchange, inheritance, or any other form of assignment of a person.

¹⁴⁷ EBRV StRÄG 2004, 13: this concept must be interpreted according to Article 212, which limits considerably the relevant categories of perpetrators (Nimmervoll, cited above, note 22 to article 104a).

¹⁴⁸ EBRV StRÄG 2004, 13: it includes situations of social and economic distress such as drug addiction, unlawful stay in the country, homelessness, youth who have abandoned the family house.

захворювання (*einer Geisteskrankheit*) або будь-якого стану, що робить особу беззахисною (*oder eines Zustands, der die Person wehrlos macht*); залякування (*Einschüchterung*)¹⁴⁹; надання або прийняття переваги для передачі контролю над цією особою (*Gewährung oder Annahme eines Vorteils für die Übergabe der Herrschaft über die Person*)¹⁵⁰

MENS REA (загальна): мати намір завербувати, розмістити або іншим чином розмістити, транспортувати, пропонувати або передати третій стороні;

MENS REA (спеціальна) (*Delikt mit erweitertem Vorsatz*): з метою експлуатації¹⁵¹, а саме сексуальної експлуатації (*sexuell*), трансплантації органів (*durch Organentnahme*)¹⁵² або трудової експлуатації (*in ihrer Arbeitskraft ausgebeutet werde*)¹⁵³.

46. GRETA у своєму звіті про Австрію за 2011 рік надала певні рекомендації щодо стримування покарань, передбачених статтею 104(а) КК за відсутності будь-яких обтяжуючих обставин, а також злочину торгівлі дітьми у віці до 14 – 18 років ¹⁵⁴ та запропонувала австрійським органам влади «деталізувати, що може являти собою експлуатацію у сфері праці, наприклад, склавши перелік показників, які можуть використовуватися відповідними органами для виявлення випадків торгівлі людьми з метою трудової експлуатації»¹⁵⁵.

¹⁴⁹ EBRV StRÄG 2004, 14: it suffices that a psychological situation is created in which the victim can no longer freely decide out of fear.

¹⁵⁰ EBRV StRÄG 2004, 14: situation equated to the purchase of a person; but the demand or acceptance of money from the victim for his or her accommodation does not suffice (Schwaighofer, cited above, note 6 to Article 104a).

¹⁵¹ EBRV SexualStRÄG 2013, 4-5, and EBRV StRÄG 2004, 12: exploitation requires “ruthless and sustainable oppression of vital interests” (*rücksichtslose, nachhaltige Unterdrückung vitaler Interessen*) of the victim. Thus, the oppression must be prolonged in time (Schwaighofer, cited above, note 8 to Article 104a, Nimmervoll, cited above, notes 76-78 to Article 104a, and Fabrizio, Strafgesetzbuch Kurzkommentar, Vienna, notes 6 and 9 to Article 104a). Case-law and doctrine are sharply divided on the interpretation of the concept, some judgements even requiring a “significant limitation of the victim’s way of life” (see the cases cited in footnote 173 by Nimmervoll in his comment of Article 104a, and Tipold, cited above, note 7 to Article 116 FPG). The EBRV SexualStRÄG 2013, 4, follows this latter position.

¹⁵² EBRV StRÄG 2004, 13: exploitation for organ transplant is exceptional, since it requires taking of human organs, parts of organs, human tissues and bodily fluids with such regularity and in such quantity that the danger of permanent and grave health consequences would occur.

¹⁵³ EBRV StRÄG 2004, 13: includes significant and permanent decrease of minimum working standards, other than grave decrease of salary. EBRV SexualStRÄG 2013, 5: the relevant legal and collective agreement based labour standards are those of Austria.

¹⁵⁴ GRETA Report, cited above, para. 143.

¹⁵⁵ GRETA Report, cited above, para. 155. The Government responded that “The Working Group on Labour Exploitation will focus on the review of existing indicators for labour exploitation and on improving their applicability in order to better assist the relevant authorities in the identification of victims.” In fact, the Arbeitsgruppe “Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung” Bericht 2012-2014, cited above, pp. 16-17, refers to several lists of indicators.



47. Уряд відреагував реформою оскаржуваного законодавчого положення Законом про внесення змін до кримінального законодавства 2013 року¹⁵⁶. Основним злочином (*Grunddelikt*) тепер є *торгівля дорослими*, а стаття 104а (5) КК передбачає новий злочин – *торгівлю неповнолітніми*. Покарання за основний злочин було збільшено з 3 років позбавлення волі до строку від 6 місяців до 5 років позбавлення волі. За тяжку форму передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 1 до 10 років. Злочин, пов'язаний з торгівлею неповнолітніми, карається позбавленням волі на строк від 1 року до 10 років, але не має тяжкої форми¹⁵⁷.

48. Чітко включено дві нові форми експлуатації: *жебрацтво*¹⁵⁸ та *отримання вигоди від злочинної діяльності, скоєної іншими особами*¹⁵⁹.

Вичерпний перелік недозволених засобів, викладений у статті 104а (3) КК, було розширено, але досі немає відкритого посилання на інші форми примусу, включаючи викрадення.

Колишній обтяжуючий злочин торгівлі людьми із застосуванням сили та небезпечної погрози (*der Einsatz von Gewalt oder gefährlicher Drohung*) став одним із видів недозволених засобів.

Якщо експлуатація не відбувається за допомогою одного з описаних недозволених засобів, торгівля людьми *не* застосовується¹⁶⁰.

49. Різницю між статтею 104а КК та § 116 *Fremdenpolizeigesetz* все ще досить важко встановити.

¹⁵⁶ See EBRV SexualStRÄG 2013, and Tipold, *Stellungnahme zum Entwurf*, cited above; Schwaighofer and Venier, *Stellungnahme zum Entwurf eines Sexualstrafrechtänderungsgesetzes*, 25 February 2013; Beclin, *Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch geändert werden soll* (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013), 27 February, 2013, and *Ergänzende Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch geändert werden soll* (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013), 8 March 2013; Florian, *Punktueller Stellungnahme zum Ministerialentwurf BMJ-S318.033/0002- IV 1/2013 betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch geändert wird* (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013), 6 March 2013, all available on the Government's website.

¹⁵⁷ The lacuna was already noticed by Tipold, *Stellungnahme zum Entwurf*, cited above, para. 10. Nimmervoll, cited above, note 54 to article 104a, also criticised this "partial decriminalisation".

¹⁵⁸ EBRV SexualStRÄG 2013, 6: includes active and purely passive begging. The doctrine is divided on the amount of earned money that the beggar must have been deprived of (Nimmervoll, cited above, note 98 to Article 104a, but Schwaighofer, cited above, note 13c to the same Article).

¹⁵⁹ EBRV SexualStRÄG 2013, 3: it does not include administrative criminal offences (*Verwaltungsstrafrecht*).

¹⁶⁰ EBRV SexualStRÄG 2013, 3.

Перше положення не вимагає, щоб торговець людьми сам експлуатував жертву, але якщо це так, то умови обох положень виконуються, і злочинець має бути покараний відповідно до обох положень, хоча існує невизначеність щодо конкуренції штрафних санкцій¹⁶¹.

Що стосується зв'язку між статтею 104(a) КК та статтею 217 КК, якщо елементи обох положень виконано, стаття 217(1) застосовується крім статті 104(a)(1), стаття 217(2) застосовується замість статті 104(a)(1), а стаття 104(a)(4) застосовується крім статті 217¹⁶².

50. Підсумовуючи викладене вище, зазначимо, що австрійська законодавча база все ще потребує реформування, щоб відповідати міжнародному праву. Має бути передбачено злочин у вигляді примусової праці громадян, а злочин у вигляді примусової праці іноземців має бути розширено за зразком примусового шлюбу (*Zwangsheirat*)¹⁶³.

Бажаним законодавчим рішенням було б формулювання єдиного *Tatbestand* про примусову працю громадян та іноземців відповідно до згаданої вище міжнародно-правової концепції примусової праці, яка не розрізняє громадян та іноземців. Окремий загальний злочин, пов'язаний з експлуатацією, здається, не є варіантом з огляду на нещодавній політичний вибір, зроблений із запровадженням спеціального злочину, пов'язаного з експлуатацією у примусовому шлюбі (*Zwangsheirat*).

51. Об'єктивний елемент злочину, пов'язаного з торгівлею людьми (*objektiver Tatbestand*), має бути з'ясований і уточнений, як стосовно деяких відповідних дій, так і заборонених засобів, як, наприклад, використання владного становища. Переважне розуміння, офіційно підтримане *EBRV StRÄG 2004* та *EBRV SexualStRÄG 2013*, є занадто вузьким у деяких аспектах.

52. Наприклад, концепція «жорстокого та тривалого пригнічення життєво важливих інтересів» надмірно звужує експлуатаційну мету торгівлі людьми. Поняття експлуатації та розширеного умислу (*erweiterte Vorsatz*) експлуатації повинні бути чітко відокремлені від «стійкої» або «тривалої» тривалості поведінки, від будь-якої вимоги «нещадності» та від двозначної «життєво важливої» природи інтересів постраждалої жертви.

¹⁶¹ EBRV SexualStRÄG 2013, 3 and 7. See for the various, contradicting positions in the doctrine, Nimmervoll, cited above, note 140 to article 140a, Schwaighofer, cited above, note 21 to the same Article, and Tipold, cited above, note 15 to Article 116 FPG.

¹⁶² GRETA Report on Austria, GRETA (2011) 10, para. 137.

¹⁶³ The provision was adopted in order to implement Article 37 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (ETS no. 210).



Експлуатація може мати періодичний, нерегулярний або навіть короткочасний характер¹⁶⁴, не мати особливо «жорстокого» характеру і не зачіпати «життєвих» інтересів жертви.

Будь-яка реформа кримінального права у цій сфері повинна усвідомлювати, що політичне та соціальне сприйняття експлуаторських умов праці, особливо серед мігрантів, сприяє меншому вираженню такої поведінки¹⁶⁵ та що нечіткий закон не є хорошим законом: що основний принцип законності вимагає точного визначення кримінальних злочинів¹⁶⁶.

V. Застосування вказаної правової бази до фактів справи (§§ 53 – 59)

A. Суттєві причини припинення (§§ 53 – 55)

53. Земельний суд Відня (*Landesgericht*) припинив розслідування, оскільки, як на його думку, триденний період перебування у Відні був недостатнім для виявлення складу злочину, пов'язаного з торгівлею людьми, і не було жодних претензій чи доказів жорстокого поводження.

Таке застосування національного права до фактів є несумісним з міжнародним правом.

По-перше, для притягнення когось до відповідальності за торгівлю людьми не потрібні докази жорстокого поводження.

По-друге, судове переслідування за злочини, пов'язані з торгівлею людьми, не залежить від тривалості торгівлі людьми і тим більше від часу, упродовж якого фактично тривала експлуатація. Ба більше, згідно з австрійським і міжнародним правом, фактична експлуатація навіть не повинна починатися.

Тому *вдвічі неправильно* стверджувати, як це зробив *Landesgericht*, що «відповідні дії, пов'язані з експлуатацією праці, мають бути вчинені упродовж більш тривалого періоду часу», ніж три дні¹⁶⁷.

¹⁶⁴ As the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights Commentary of the Charter, 2006, has pointed out. Along the same line of reasoning, the Appeals Chamber of the ICTY.

¹⁶⁵ UNODC, The concept of “exploitation”, cited above, p. 11.

¹⁶⁶ The lesson of *Pohl et al.* judgment, cited above, p. 969, should not be forgotten: even in the absence of evidence of ill-treatment, people may have been exploited if they were deprived of their freedom to reject certain working conditions.

¹⁶⁷ The same error was committed by the public prosecutor of Vienna: “First it does not result from the victims’ declarations that they were also exploited in Austria, since they managed to run away some few days after having arrived in Austria.”

54. У матеріалах справи присутні явні ознаки експлуатації й торгівлі людьми з цією метою як за кордоном, так і на території Австрії:

- конфіскація паспорта та мобільних телефонів жертв роботодавцем;
- утримання та одностороннє зменшення зарплати жертв роботодавцем;
- нестерпні умови праці;
- надмірний робочий час;
- приниження;
- словесні образи;
- погрози;
- застосування сили проти жертв¹⁶⁸.

Стверджувані факти, що мали місце у Відні, можна кваліфікувати як розміщення в готелі (*beherbergen*) з організацією транспортування (*befördern*) потерпілих.

До недозволених засобів належало, як мінімум, залякування (*Einschüchterung*), не кажучи вже про словесні образи.

55. Національні органи влади не взяли до уваги ланцюг подій, що тягнеться від Філіппін до ОАЕ та Австрії, а також наявність такої самої моделі поведінки роботодавця на території Австрії. Характер «триваючого кримінального злочину» (*Dauerdelikt*) виявлених фактів був пропущений¹⁶⁹. Вони також не врахували той факт, що тривалість фактів в Австрії була неодмінно короткою, оскільки роботодавці та жертви їхали дорогою до Лондона, просто зупиняючись на кілька днів у Відні.

В. Процесуальні причини припинення (§§ 56 – 59)

56. Національні органи влади посилалися на чотири процесуальні причини для припинення розслідування:

- відсутність юрисдикції (*keine Zuständigkeit der österreichischen Straverfolgungsbehörden*) щодо вербування на Філіппінах та ймовірної експлуатації в ОАЕ;
- відсутність угоди про правову взаємодопомогу з ОАЕ;
- межі розсуду органів прокуратури, надані статтею 210 КПК;
- положення австрійського законодавства про те, що жодне кримінальне провадження не може проводитися за відсутності обвинуваченого, відповідно до статті 197 КПК.

¹⁶⁸ See paragraphs 8-24 of the judgment.

¹⁶⁹ The denounced offence modalities of *Beherbergen*, *sonstigen Aufnehmen* and *Befördern* have the nature of a “continuing criminal offence” or *Dauerdelikt* (Nimmervoll, cited above, note 6 to Article 104a; see also *Rohlena v. the Czech Republic* [GC], no. 59552/08, § 28, ECHR 2015).



57. Якщо відсутність юрисдикції щодо фактів, які сталися за межами Австрії, може бути перешкодою для кримінального переслідування в австрійських судах у світлі австрійської правової бази¹⁷⁰, то відсутність угоди про взаємну правову допомогу з ОАЕ *per se* не може перешкоджати судовому переслідуванню на основі фактів, які дійсно мали місце в Австрії¹⁷¹.

Якщо органи влади країни походження жертв торгівлі людьми або злочинців не бажають або не можуть співпрацювати з органами влади країни призначення або транзиту, для останніх є інші правові шляхи для сприяння розслідуванню, судового переслідування, можливого затримання та притягнення до відповідальності ймовірних торговців людьми, як-от інструменти *EUROPOL*, *FRONTEX* та *INTERPOL*, які доступні для боротьби з торгівлею людьми, наприклад, повідомлення про контрабанду та торгівлю людьми (*HST*) та система повідомлень та розповсюдження *INTERPOL*, а також можливо синє або зелене повідомлення. Проте жоден із них не був використаний національними органами влади, хоча особи роботодавців були їм доступні¹⁷². Могли спрацювати національні та міжнародні системи попередження.

58. Нарешті, прокурор не має дискреційних повноважень у сприянні кримінальному переслідуванню в Австрії, оскільки австрійська система регулюється, відповідно до статті 210 КПК, принципом законності кримінального переслідування (або обов'язкового переслідування), а не принцип доцільності (або дискреційності притягнення до відповідальності). Коли є достатні ознаки правопорушення, прокурор повинен порушити кримінальне переслідування, за винятком випадків приватного обвинувачення, які залежать від пред'явлення обвинувачення потерпілим. Торгівля людьми є злочином, який переслідується державою в Австрії, і

¹⁷⁰ See paragraph 39 of the judgment.

¹⁷¹ In fact, in the United Arab Emirates Federal Law No. 51 of 2006 concerning Trafficking in Human Beings, generally follows the Palermo Protocol and a National Committee to Combat Human Trafficking is active (UNODC, The concept of "exploitation", cited above, pp. 45-48). Moreover, the Anti-Human Trafficking Coordinating Unit created within the Legal Affairs Department of the Arab League monitors the phenomenon of trafficking in the Arab region and serves as a coordinating unit for the Arab States in their national implementation of laws against trafficking. The Austrian authorities did not take these facts in account.

¹⁷² See paragraph 26 of the judgement. See also the UNGA Resolution on the UN Global plan of action to Combat Trafficking in Persons, A/RES/64/293, 12 august 2010, the EU Declaration on trafficking in Human Beings, Towards Global EU Action against Trafficking in Human Beings, 20 October 2009, and the Brussels Declaration on Preventing and combating Trafficking in Human Beings, 29 November 2002, which all called for national law enforcement and judicial agencies to take advantage of the operative support provided by existing international organisms on the fight against trafficking.

державні прокурори не мають дискреційних повноважень не переслідувати таке правопорушення¹⁷³.

59. На мою думку, один єдиний, але важливий фактор свідчить на користь зупинення справи: *несвоєчасний контакт потерпілого з національною владою перешкодив допиту ймовірних злочинців і нормальному розвитку провадження*. У березні 2012 року справа мала бути зупинена, а не припинена через тривалу відсутність підозрюваних. У будь-якому випадку розслідування може бути поновлено відповідно до статті 197 КПК, як зазначено в пункті 116 рішення Суду.

VI. ВИСНОВОК (§§ 60 – 61)

60. Як і боротьба з рабством і работоргівлею на початку ХХ століття, боротьба з примусовою працею та торгівлею людьми з цією метою займає перше місце в міжнародному порядку денному прав людини і на початку цього століття.

Австрія досягла значного прогресу в цій боротьбі, особливо щодо соціальної підтримки, що надається жертвам. Тим не менш, австрійська кримінально-правова база все ще має недоліки, незважаючи на реформу 2013 року. Цей випадок міг би й повинен дати новий імпульс законодавчій реформі.

61. Стверджується, що заявників примушували працювати в Австрії та за кордоном і з цією метою їх продавали на австрійську землю. Національні органи влади заперечували цей факт, але тим не менше надавали їм соціальну підтримку, як ніби вони були жертвами торгівлі людьми.

Ця суперечлива позиція є прикладом сильних і слабких сторін австрійської системи: *ефективна у захисті жертв та неефективна у покаранні винних*¹⁷⁴.

Зрештою, у цій справі національні органи влади не змогли повністю розслідувати викриті факти та, зрештою, притягнути винних до відповідальності.

¹⁷³ Government's Reply to GRETA's Questionnaire, published in August 2010, Reply to question 53 (duty to investigate ex officio).

¹⁷⁴ See the 2016 USA Department of State Trafficking in Persons Report recommendations on Austria: "Sentence convicted traffickers proportionate to the gravity of the crime; expand and enhance efforts to identify victims among irregular migrants, asylum seekers, and individuals in prostitution; continue to sensitize judges on the challenges trafficking victims face in testifying against their exploiters"; and along the same lines, the very useful recommendations of the Arbeitsgruppe "Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung" Bericht 2012-2014, cited above, pp. 25-27, and the Bericht des Menschenrechtsbeirates, cited above, pp. 81-83.



Однак заявники також несуть основну відповідальність за цю неспроможність з огляду на несвоєчасність їхнього контакту з національною владою.

У той час і за конкретних обставин справи можна було зробити трохи більше, ніж активувати національні та міжнародні системи попередження.

Тому я все ж зміг проголосувати за відсутність порушення.