



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
20 July 2006

Russian
Original: French



Комиссия международного права

Пятьдесят восьмая сессия

Женева, 1 мая – 9 июня и

3 июля – 11 августа 2006 года

**Второй доклад о высылке иностранцев,
представленный Специальным докладчиком Морисом Камто**

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение.....	1–43	3
А. История вопроса	2–5	3
В. Рассмотрение предварительного доклада	6–14	3
1. Рассмотрение доклада Комиссией международного права	7–9	3
2. Рассмотрение доклада Шестым комитетом Генеральной Ассамблеи	10–14	4
С. Недавние события, имеющие отношение к рассматриваемой теме	15–35	5
1. Недавняя практика некоторых государств	16–26	6
а) Борьба с терроризма и высылка.....	17–19	6
б) Незаконная иммиграция и высылка	20–26	7
2. Международная миграция: доклад Всемирной комиссии по международной миграции.....	27–30	10
3. Евроафриканская конференция по миграции и развитию на уровне министров (Рабат, 10–11 июля 2006 года).....	31–35	11
D. Сфера охвата темы	36–41	12
E. Общий обзор настоящего доклада.....	42–43	14
Первая часть. Общие нормы	44–122	14
I. Рамки рассматриваемой темы.....	45–122	14
А. Иностранцы, законно присутствующие на территории высылающего государства.....	50–53	16



В.	Иностранцы, статус которых является нелегальным.....	54–56	16
С.	Беженцы.....	57–71	17
Д.	Перемещенные лица.....	72	21
Е.	Просители и получатели убежища.....	73–99	21
	1. Понятие.....	73–77	21
	2. Виды убежища.....	78–95	22
	3. Проситель убежища и беженец.....	96–99	25
Ф.	Апатрид.....	100–104	27
Г.	Бывший гражданин.....	105–109	28
Н.	Иностранцы по факту утраты гражданства при образовании нового государства.....	110–111	29
И.	Граждане противоборствующих государств – участников вооруженного конфликта.....	112–115	30
Ж.	Трудящиеся-мигранты.....	116–122	31
II.	Определения.....	123–152	33
А.	Иностранец.....	124–152	33
	1. Национал.....	127–129	34
	2. Гражданин.....	130–132	35
	3. Подданный.....	133–135	36
	4. Уроженец.....	136–152	36
В.	Высылка.....	153–177	42
	1. Высылка и смежные понятия.....	154–177	42
	а) Депортация.....	155–158	42
	б) Экстрадиция.....	159–161	44
	в) Удаление.....	162–164	45
	г) Препровождение до границы.....	165–166	45
	д) Принудительное возвращение.....	167–170	46
	е) Недопуск.....	171–173	48
	ж) Передача или перемещение, выдача.....	174–177	48
	2. Территория, граница и высылка.....	178–186	50
	а) Территория.....	179–182	50
	б) Граница.....	183–186	51
	3. Составные элементы высылки.....	187–194	52
	а) Акт или поведение.....	188–192	52
	б) Принуждение.....	193–194	53

Введение

1. Данный второй доклад следует начать с краткой исторической справки по рассматриваемому вопросу, тем более что Специальный докладчик также не отступил от этой традиции в своем предварительном докладе. Ниже следует обзор основных вопросов, освещенных в предварительном докладе, а также недавней практики, имеющей отношение к рассматриваемому вопросу.

А. История вопроса

2. В 1998 году на своей пятидесятой сессии Комиссия международного права приняла к сведению доклад Группы планирования, рассмотрев среди прочих, тему "Право на высылку иностранцев" как тему, которая могла бы быть включена в долгосрочную программу работы Комиссии¹.

3. На своей пятьдесят второй сессии в 2000 году Комиссия внесла тему, озаглавленную "Право на высылку иностранцев", в свою долгосрочную программу работы², и в качестве приложения к докладу Комиссии³ был добавлен набросок плана работы, в котором можно найти некоторые пояснения по данному вопросу. В пункте 8 своей резолюции 55/152 от 12 декабря 2000 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению соответствующие добавления.

4. На своей пятьдесят шестой сессии в ходе своего 2830-го заседания, состоявшегося 6 августа 2004 года, Комиссия приняла решение внести тему "Высылка иностранцев" в свою нынешнюю программу работы и назначила Мориса Камто Специальным докладчиком по этому вопросу⁴. Генеральная Ассамблея в пункте 5 своей резолюции 59/41 от 2 декабря 2004 года поддержала это решение Комиссии.

5. На пятьдесят седьмой сессии Комиссии в 2005 году Специальный докладчик представил свой предварительный доклад⁵, который Комиссия рассмотрела на своих 2849–2852-м заседаниях 11–15 июля 2005 года⁶.

В. Рассмотрение предварительного доклада

6. В своем предварительном докладе Специальный докладчик представил свое понимание темы, определил ее сферу охвата и запросил мнение Комиссии по некоторым методологическим аспектам, которые могут служить ориентирами в его будущей работе.

1. Рассмотрение доклада Комиссией международного права

7. Комиссия международного права утвердила основные направления работы Специального докладчика, а также набросок плана работы в качестве приложения к его предварительному докладу. Однако было предложено, чтобы в этот план работы были включены некоторые уточнения с целью определения принципов, применимых в сфере высылки иностранцев. Было, в частности, предложено принять во внимание: положения международного права о правах человека, согласно которым решение о высылке должно приниматься "в соответствии с законом", что также означает как необходимость следовать правилам процедуры, так и соблюдать условия высылки; применение принципа недопущения дискриминации; поиск баланса между интересами высылающего государства и правами высылаемого на частную и семейную

¹ См. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/53/10); пункт 554.

² Там же, пятьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/55/10), пункт 726.

³ Там же, приложение, стр. 301–304 текста на английском языке.

⁴ Там же, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/59/10), пункт 364.

⁵ A/CN.4/554.

⁶ См. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10).

жизнь; рассмотрение вопроса об угрозе нарушения прав человека высылаемого в государстве, в которое он высылается.

8. Как пояснил Специальный докладчик, эти принципы, лежащие в основе такой проблемы международного права, как высылка иностранцев, он, естественно, имел в виду; но он посчитал неуместным рассматривать их в рамках предварительного доклада. В то же время в главе II первой части его наброска плана работы, посвященной "Общим принципам", ясно указывается, что все соответствующие принципы, применимые в данном случае, будут подвергнуты углубленному изучению в последующих докладах.

9. Некоторые члены Комиссии сочли, что не следовало включать в тему вопросы отказа во въезде и иммиграции, перемещения населения, случаи, связанные с деколонизацией и самоопределением, а также вопрос оккупированных территорий на Ближнем Востоке. Однако Комиссия вместе со Специальным докладчиком придерживается мнения, что в проектах статей, которые будут подготовлены по этой теме, должен быть представлен возможно более исчерпывающий правовой режим в отношении основных принципов, формирующих правовую базу для решения в рамках международного права такой проблемы, как высылка иностранцев.

2. Рассмотрение доклада Шестым комитетом Генеральной Ассамблеи

10. В рассмотрении главы VIII (Высылка иностранцев) доклада Комиссии международного права на шестидесятой сессии Генеральной Ассамблеи приняли участие представители ряда государств⁶. В целом они отметили важность, интерес и актуальность темы, а также ее комплексный характер и сложность⁷. В основном они, как и сам Комитет, ясно выразили свою поддержку предложенному Специальным докладчиком общему подходу к теме⁸.

11. В ходе прений были внесены различные предложения. Так, в плане методики было сочтено, что, как указал Специальный докладчик, кодификация этой темы требует углубленного сравнительного исследования национальных законодательств, в частности, в случае, когда будут рассматриваться вопросы мотивов высылки⁹, положений, относящихся к области международного права, а также соответствующей международной и региональной судебной практики¹⁰. В связи с этим было предложено принять во внимание работу, проведенную за последние четыре года Бернской инициативой и Международной организацией по миграции, а также Всемирной комиссией по международной миграции, представившей свой доклад Генеральному секретарю 5 октября 2005 года¹¹.

12. Предложения по сути были более разнообразными и порой противоречивыми, особенно в связи с рассмотрением сферы охвата темы. Так, в то время как некоторые представители принципиально придерживаются исключения из рамок темы всех аспектов, касающихся политики в области иммиграции или пограничного контроля (недопуск и возвращение)¹², другие, напротив, полагают, что случай отказа во въезде

⁷ См. Доклад Комиссии международного права, пятьдесят седьмая сессия (2005 год), Тематическое резюме прений в Шестой комитете Генеральной Ассамблеи в ходе шестидесятой сессии, подготовленное Секретариатом (A/CN.4/560, пункты 128–152).

⁸ См., в частности: выступления Лю Чжэнь Миня (Китай) от 24 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.SR.11, пункты 50–54) Алэна Кесселя (Канада) от 25 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.12, пункты 111–112) и Ремигиуша Хенчеля (Польша) от 26 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.13, пункты 56–64).

⁹ См. выступления посла Фердинанда Траутмансдорфа (Австрия) от 24 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.11, пункты 60–66) и Хироси Тадзимы (Япония) от 25 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.12, пункты 5–9).

¹⁰ См. упоминавшееся ранее выступление представителя Китая; выступление Виктории Гаврилеску (Румыния) от 25 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.12, пункты 75–78); и Жерара ван Бохемена (Новая Зеландия) от 25 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.12, пункты 109–112).

¹¹ См. упоминавшееся ранее выступление представителя Канады.

¹² См., в частности, упоминавшееся ранее выступление представителя Румынии; вступление посла Карла Хенрика Эренкрона (Швеция) от имени стран Северной Европы от 26 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.13, пункты 21–23) и выступление Пак-Хи-Квона (Республика Корея) от 24 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.11, пункты 86–91).

иммигранту, находящемуся на борту воздушного судна или корабля под контролем высылкающего государства, должен рассматриваться в рамках темы высылки¹³. Также предлагалось, чтобы в тему не включались вопросы, относящиеся к международному гуманитарному праву¹⁴, в данном случае высылка граждан противоборствующих государств – участников вооруженного конфликта, или случаи массовой высылки населения вследствие территориального спора¹⁵. Кроме того, указывалось на необходимость рассмотреть вопрос о возвращении высланного в государство высылки, в том числе возвращение апатридов, утративших свое гражданство, прежде, чем они получили новое гражданство¹⁶. В связи с этим также предлагалось, чтобы решение правительства о высылке иностранцев не обязывало другие государства к приему этих лиц. Аналогичным образом, был затронут вопрос о государствах транзита и предложено, что данные государства также не должны иметь обязательства в отношении реадмиссии высланных иностранцев.

13. Одна делегация высказала настойчивые сомнения по поводу того, что данная тема заслуживает отдельного от существующего международного договорного и обычного права рассмотрения, а также по поводу квалификации акта высылки как "одностороннего акта государства". Та же делегация полагает нецелесообразной ссылку на дипломатическую защиту в рамках данной темы, поскольку этот институт используется только в случае нарушения международного права каким-либо государством и исключительно после исчерпания внутренних средств правовой защиты¹⁷.

14. В данном докладе и в последующих докладах Специального докладчика будут представлены ответы на вопросы, содержащиеся в этих выступлениях, а все сомнения будут устранены. На данном этапе достаточно сказать, что, с одной стороны, если по этому поводу, как признается в предыдущем выступлении, имеются положения в обычном праве, рассматриваемую тему можно кодифицировать без того, чтобы доказывать ее независимость от смежных тем, уже урегулированных международными конвенциями; а с другой стороны, что ссылка на дипломатическую защиту не имеет своей целью пересмотреть уже проделанную работу на эту тему, изучение которой в Комиссии международного права практически завершено, и имеется принятый Комиссией проект соответствующих статей. Устранение в принципе дипломатической защиты будет означать презумпцию того, что высылка никогда не может быть совершена в нарушение международного права, что представляется маловероятным. Специальный докладчик по-прежнему убежден в том, что ответственность государства может возникнуть вследствие условий высылки иностранца на его территорию. Арбитражная практика конца XIX – начала XX века¹⁸ дает тому многочисленные примеры; дело *Амаду Садио Диалло (Гвинейская Республика против Демократической Республики Конго)*, которое было передано в Международный Суд, также свидетельствует об аналогичном подходе (при условии того, какое решение по данному делу вынесет Суд). Однако в намерения Специального докладчика не входит разработка специального режима ответственности по данному поводу; он намерен отсылать к соответствующим положениям об ответственности государства за незаконные действия, признанные таковыми на международном уровне.

С. Недавние события, имеющие отношение к рассматриваемой теме

15. В рамках этого пункта Специальный докладчик не предполагает подробного рассмотрения событий, касающихся вопроса о высылке иностранцев, которые имели место в последние годы, а также в период после его предварительного доклада. Он ставит себе более скромную задачу изложить основные тенденции в практике государств в данной области с момента подготовки предварительного доклада, а также соображения

¹³ См. упоминавшиеся ранее выступления представителей Китая и Республики Корея; см. против: упоминавшееся ранее выступление представителя стран Северной Европы.

¹⁴ См. выступление Мохаммеда Беннуны (Марокко) от 24 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.11, пункты 39–48).

¹⁵ См. упоминавшееся ранее выступление представителя Китая.

¹⁶ См. упоминавшееся ранее выступление представителя Китая.

¹⁷ См. выступление Луиса Серродаса Тавареша (Португалия) от 25 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.12, пункты 29–39).

¹⁸ Ряд соответствующих судебных решений приводится Шарлем де Бэком: Charles de Boeck, "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *Recueil des cours de l'Académie de la Haye (RCADI)*, vol. 18, 1927-III, pp. 447 à 646, в частности, p. 486 à 494.

по данной теме, высказанные в рамках Организации Объединенных Наций и других международных форумов. Что же касается примеров из современной практики, иллюстрирующих различные подходы, то они будут приведены непосредственно при рассмотрении того или иного вопроса или какого-либо аспекта темы, с тем чтобы избежать повторов, которые неминуемы, если представлять их на данном этапе.

1. Недавняя практика некоторых государств

16. Вопрос о высылке иностранцев усложняется, с одной стороны, вследствие драматической по характеру и комплексной проблемы борьбы с терроризмом, а с другой – из-за не менее тревожной проблемы стремительно растущей незаконной иммиграции.

а) Борьба с терроризмом и высылка

17. Явление высылки иностранцев, даже рассматриваемое *stricto sensu*, то есть не включая вопроса недопуска и возвращения, постоянно приобретало все большие масштабы, причем требования относительно борьбы с терроризмом усилили недоверие многих государств по отношению к иностранцам. В этом плане некоторые страны приступили к пересмотру своих законодательств в части условий въезда и пребывания на их территориях в сторону ужесточения. Так, в интервью "Гардиан" в июле 2005 года министр юстиции Великобритании лорд Фальконер высказал мнение, что после терактов в Лондоне 7 и 21 июля 2005 года "ситуация изменилась" и что необходим документ для должностных лиц с "правильным толкованием Европейской конвенции". Министр уточнил: "Я хочу, чтобы был принят закон, в котором бы говорилось, что министр внутренних дел под контролем судов должен установить баланс между индивидуальными правами высланных и соображениями национальной безопасности"¹⁹. Именно в этом ключе британские органы власти приняли решение о высылке девяти алжирцев, подозреваемых в участии в террористической деятельности. Министр внутренних дел Чарльз Кларк заявил по этому поводу: "В силу моих полномочий в отношении высылки лиц, чье присутствие в Соединенном Королевстве нежелательно, иммиграционные службы арестовали сегодня десятерых иностранных выходцев, которые, я полагаю, представляют угрозу для национальной безопасности"²⁰.

18. Франция также учредила десять региональных центров по борьбе с радикальным исламом, следствием чего стала высылка бывших имамов алжирского происхождения, а именно Шеллали Беншеллали, Абделькадера Бонзиана, Абделя Айссауи, поводом для которой стали их радикальные воззвания. Как заявил премьер-министр Франции, он "убежден, что изобличение исламистских проповедников, призывающих к насилию, ликвидация радикальных сетей, высылка иностранных выходцев, не уважающих наши ценности и не соблюдающих наши законы, являются первым условием эффективности борьбы с терроризмом"²¹. Министр внутренних дел Франции 29 июля 2005 года объявил о высылке в конце августа около десяти исламистов в страны их происхождения в качестве меры против "этих радикальных проповедников, которые могут повлиять на самых молодых или незрелых духом"²². Примечательный своей необычностью для французской практики юридический факт состоит в том, что упомянутые лица для того, чтобы сделать возможной их высылку, лишаются французского гражданства, приобретенного путем натурализации. Министр внутренних дел заявил по этому поводу: "В отношении тех, кто имеет французское гражданство, я хочу к тому же возобновить процедуры лишения гражданства. Это само по себе не новшество, это

¹⁹ См. "Гардиан" от пятницы 12 августа 2005 года: Reuters : [http:// today.reuters.fr/news/news Article.aspx ? type = top News 1 story ID = 2005-08-12T12527Z 01 C](http://today.reuters.fr/news/news Article.aspx ? type = top News 1 story ID = 2005-08-12T12527Z 01 C).

²⁰ См. "Эль Ватан" (алжирская ежедневная газета) от 24 августа 2005 года: www.elwatan.com/2005_08-13/2005-08-13-24508.

²¹ Высказывание премьер-министра Доминика де Вильпена, воспроизведенное Колет Тома в статье "Париж и Лондон сотрудничают в борьбе с терроризмом" ("Paris et Londres coopèrent dans la lutte contre le terrorisme"), опубликованной 25 июля 2005 года на веб-сайте Радио Франс-Интернасьональ (РФИ): <http://www.rfi.fr/actufr/articles/067/article37700.asp>.

²² Интервью министра внутренних дел Николя Саркози, опубликованное в ежедневной французской газете "Паризьен" в пятницу 29 июля 2005 года.

положение, существующее в нашем Уголовном кодексе, которое просто не применяется"²². Помимо статьи 25 Уголовного кодекса, которая имеется в данном случае в виду, статья 26 ордонанса № 45-2658 от 2 ноября 1945 года с поправками, принятыми парламентом Франции в июне–июле 2004 года²³, а также закон № 2003-1119 от 26 ноября 2003 года, касающийся управления процессом иммиграции, пребывания иностранцев во Франции и гражданства, предусматривают возможность высылки в случае пропаганды дискриминации, ненависти или насилия в отношении отдельного лица или группы лиц, например в отношении женщин.

19. Франция – не единственная европейская страна, которая вооружилась арсеналом правовых средств с целью упрощения процесса высылки радикальных исламских проповедников. В Великобритании с апреля 2003 года правительство имеет возможность лишать британского гражданства любое лицо, представляющее "угрозу для страны". Оно поступило подобным образом с имамом Абу Хамзой аль-Мазри после призывов последнего к джихаду. Австрия также ужесточила свое законодательство, и среди новых мер, вступающих в силу с 1 января 2006 года, предусматривается высылка проповедников, выступления которых представляют "угрозу для общественной безопасности". В Германии закон, вступивший в силу с начала 2005 года, также должен упростить высылку "духовных подстрекателей к беспорядкам"²⁴.

b) Незаконная иммиграция и высылка

20. В связи со стремительным притоком обездоленных людей развитые страны превращаются в неприступные крепости. Они все более тщательно закрывают свои границы для некоторых категорий иностранцев, ужесточая контроль над иммиграцией и все более усложняя условия въезда и пребывания на своих территориях²⁵. Выступая перед префектами 9 сентября 2005 года, министр внутренних дел и местного самоуправления Франция изложил свою политику в виде количественных целей и обязательных результатов: "Во время нашей последней встречи я поставил перед вами выраженные в цифрах цели – выслать в этом году не менее 23 тыс. иностранцев, находящихся на незаконном положении. Я констатирую, что к концу августа в отношении 12 849 иностранцев были приняты соответствующие эффективные меры: за 8 месяцев цель была достигнута на 56 процентов. Таким образом, у вас остается 5 месяцев, чтобы активизировать свои усилия. Кроме того, по моим наблюдениям, в разных префектурах результаты различные. А я ожидаю от всех полной мобилизации. Я призываю префектов, результаты которых ниже среднего уровня, вступить в более тесный контакт с Национальным центром содействия и ресурсов в целях получения оперативной поддержки"²⁶. По мнению министра, ничто не должно останавливать префектов в выполнении ими своей миссии: «Вам также

²³ 15 июля 2004 года Сенат Франции утвердил без изменений и в первом чтении законопроект, принятый в первом чтении Национальным собранием в ходе его 12-й сессии: см. документы Национального собрания (12-я сессия) № 1654, 1670 и Т.А. 309; документы Сената № 360 и 403 (2003–2004 годы): http://ameli.senat.fr/publication_pl/2003-2004/360.html.

²⁴ Обо всех этих случаях см. в статье Мириам Берле "Высылка и лишение гражданства радикальных имамов" (Miriam Berler, "Expulsions et déchéance de nationalité pour les imams radicaux"), опубликованную 29 июля 2005 года на веб-сайте РФИ: http://www.rfi.fr/actufr/articles/067/article_37791.asp. Со своей стороны Испания и Италия, для которых радикальные группировки представляют реальную угрозу, не располагают соответствующими нормативными актами. Другие европейские государства, в частности страны Северной Европы, на данном этапе, уважая свободу выражения, предпочли не принимать особых положений, а решать проблемы в каждом конкретном случае.

²⁵ Признавая, что Европа "в равной степени нуждается в иммиграции" и что последняя "не является роскошью, поскольку она решающим образом способствует экономическому росту в Европе" (Романо Проди, в то время Председатель Комиссии Европейского союза, 15 октября 2003 года, накануне Европейского совета), европейские руководители едины в своем мнении о "необходимости бороться с незаконной иммиграцией" более эффективными методами. Так, предусматриваются или уже введены в действие квоты, политика биометрической идентификации при оформлении виз, создание агентства по управлению границами (предложение, представленное Комиссией Европейского союза 11 ноября 2003 года), создание европейской пограничной полиции или европейского корпуса пограничников (см. сообщение Комиссии по данному вопросу [COM (2002)233]). По всем этим пунктам см. *Justice and Security*: www.euractiv.com, 13 декабря 2005 года.

²⁶ Текст этого выступления прилагается Алэном Грешем к его статье "M. Sarkozy contre l'anti-France", *Le Monde diplomatique*, 26 сентября 2005 года, электронная версия: www.monde-diplomatique.fr.

не следует колебаться при использовании всех разрешенных законом методов. Это верные методы. Вы должны действовать в рамках своих полномочий в соответствии с правилами въезда и присутствия иностранцев на территории Франции вне зависимости от каких-либо ходатайств на местах. Я требую, чтобы вы умели противостоять давлению тех или иных "коллективов" или "координаторов", представляющих на самом деле лишь самих себя»²⁶. Ни обеспокоенность этих должностных лиц по поводу приема просителей убежища, ни любое иное соображение, связанное, в частности, с судебной практикой Европейского суда по правам человека, касающейся права каждого вести свою семейную жизнь там, где ему заблагорассудится, не должны являться препятствиями для действий: "Чтобы упростить процесс высылки, я также принял решение еще более ускорить осуществление программы административного задержания", – уточнил он. "Параллельно и по моей просьбе Министерство иностранных дел задействовало процедуру, позволяющую применять санкции в виде ограничения количества виз на краткое пребывание во Франции для выходцев из стран, не оказывающих сотрудничество при выдаче разрешений на въезд. Это касается около 10 стран, которые вы определили и среди которых я назову сегодня Сербию и Черногорию, Гвинею, Судан, Камерун, Пакистан, Грузию, Белоруссию и Египет"²⁶.

21. Можно сомневаться относительно законности подобных дипломатических репрессалий в отношении тех стран, которые отныне именуется "странами незаконной иммиграции" в отличие от "надежных стран"²⁷, но представляется, что здесь цель оправдывает все средства. И министр не делает никакой тайны из своей решимости добиться конечной цели. Поэтому он завершил свое выступление недвусмысленным эмоциональным высказыванием, призывающим к конкретным действиям и налагающим определенные обязательства: "Вам лично надлежит действовать решительно, в долгосрочном порядке и добиться результатов. В этом смысл вашего существования и источник вашей легитимности, поскольку о вас будут судить по вашим действиям. На кон поставлены наш коллективный успех и условия жизни французов"²⁸. Однако эффективность подобной политики вызывает сомнения. Игнорирование глубинных причин незаконной иммиграции, которыми являются экономический дисбаланс в мире и крайняя нищета в странах – поставщиках нелегальных иммигрантов, ведет лишь к замене "мифа нулевой иммиграции"²⁹ на иллюзию "выборочной иммиграции"³⁰. Естественно, обосновывая свой законопроект, представленный Национальному собранию 30 апреля 2003 года и в конечном счете принятый обеими палатами парламента Франции в 2006 году, г-н Саркози критикует "догму нулевой иммиграции", которая, по его мнению, "нанесет вред" Франции. В его законопроекте предлагается глубокая и глобальная реформа законодательства, касающегося мер по высылке и дополнительному наказанию в виде запрещения въезда на территорию Франции, которые могут приниматься в отношении иностранцев за определенные преступления и правонарушения, и "сохраняется возможность применять такие меры, как высылка или запрещение въезда на территорию Франции, в отношении иностранцев, не имеющих личных или семейных связей с гражданами Франции", а также предусматривается то, что г-н Саркози называет механизмом "высылки с отсрочкой", по сути напоминающим процедуру официального предупреждения³¹.

22. В Бельгии на основании закона от 15 декабря 1980 года относительно доступа на территорию, пребывания, представительства и высылки иностранцев, неоднократно измененного в целях "прекращения иммиграции" – задачи, принятой правительством в 1974 году и по-прежнему остающейся на повестке дня, в 2003 году высылке и репатриации были подвергнуты 14 110 человек (из которых 7742 были высланы

²⁷ См. Alain Morice, "L'Europe enterre le droit d'asile", *Le Monde diplomatique*, www.monde-diplomatique.fr, mars 2004, p. 15.

²⁸ Упомянувшееся ранее выступление г-на Саркози.

²⁹ Таковой была цель, заявленная Шарлем Паскуа, министром внутренних дел и местного самоуправления Франции уже 2 июня 1993 года (см. его интервью в газете "Монд" от 2 июня 1993 года), приведшая к принятию парламентом Франции 15 декабря 1993 года так называемого "закона Паскуа", который был обнародован 30 декабря 1993 года; см. по данному вопросу: François Julien-La Ferrière, «Le mythe de l'immigration zéro», *Actualité juridique – Droit administratif* (A.J.D.A.), 20 février 1994, pp. 83 à 95.

³⁰ В этом состоит основная концепция политики Николая Саркози, также министра внутренних дел и местного самоуправления Франции.

³¹ См. законопроект № 362, принятый Национальным собранием и рассмотренный Сенатом 17 мая 2006 года.

самолетом) после того, как они пробыли в Бельгии кто несколько недель, а кто и несколько лет. В том же году еще 3339 человек были "препровождены до границы", то есть возвращены без пересечения бельгийской границы³². 17 февраля парламент Нидерландов значительным большинством голосов утвердил решение о высылке 26 000 иностранцев, находившихся на незаконном положении, так называемых "беспаспортных"²⁷. Говоря об испанском анклав в Марокко Сеута, на улицах которого насчитываются сотни просителей убежища, председатель испанского Комитета помощи беженцам выразил свое сожаление: "Сегодня, и об этом больно говорить, из-за политики правительства Испания является враждебной беженцам землей (...). Демократическая Испания 2003 года забыла кровавую Испанию 1939 года, из которой сотни тысяч ее детей бежали от режима террора Франко в самые разные уголки планеты"³³.

23. Что касается высылки, то свидетельством эволюции процесса гармонизации европейской миграционной политики, зафиксированной в Амстердамском договоре 1999 года, стал совместный чартерный рейс, организованный 9 мая 2005 года Бельгией, Нидерландами и Люксембургом в направлении Приштины и Тираны, – первое конкретное воплощение в жизнь общей политики принудительного возвращения, обсуждавшейся на Совете министров Европейского союза 22–23 января 2005 года в Дублине³⁴. Несмотря на сопротивление Европейского парламента, отраженное в резолюции от 1 апреля 2004 года, эта политика постепенно распространяется. На заседании группы министров внутренних дел пяти европейских стран (Джи-5), состоявшемся 5 июля 2005 года в Эвиане (Франция), было объявлено о "совместных высылках" пятью европейскими странами – Германией, Испанией, Италией, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и Францией – незаконных иммигрантов в страны их происхождения. На деле речь идет о перемещении этих лиц "групповым рейсом". Подобная операция, в прошлом уже осуществлявшаяся Италией и Германией, была проведена в конце июля 2005 года в форме "группового франко-британского рейса" для эвакуации около 40 лиц, незаконным образом въехавших во Францию и Великобританию³⁵. При проведении таких операций всегда существует риск проявить "поспешность" или нарушить какие-либо нормы, поскольку высылающие государства могут отправить незаконных иммигрантов в страны их происхождения, не убедившись в отсутствии угрозы жизни последних и опасности подвергнуться пыткам или бесчеловечному, жестокому или унижающему достоинство обращению. Кроме того, в связи с этим возникает вопрос о коллективных высылках. Пока что налицо тревожная ситуация, когда с беженцами обращаются как с прочими мигрантами, и это несет в себе очевидную опасность для института убежища.

24. Стремление европейских стран затормозить миграцию в целом и всеми средствами бороться против незаконной иммиграции на практике породило два новых правовых явления: "соглашения о реадмиссии" и "соглашения о транзите".

25. "Соглашение о реадмиссии" – это двустороннее соглашение, устанавливающее правовые рамки и условия высылки из страны пребывания нелегальных иммигрантов. Речь идет о договоре, заключаемом между принимающим нелегальных иммигрантов государством и государством происхождения этих иммигрантов (или предполагаемым в качестве такового), согласно которому последнее обязуется осуществить прием этих иммигрантов, выявленных и перемещенных под ответственность и за счет высылающего государства. Такая политика получает определенное распространение: например Испания уже подписала соответствующие соглашения с рядом государств и стремится увеличить их количество.

³² См. Francisco Padilla, "La politique belge en matière d'expulsion des étrangers", Universal: http://www.universel-embassy.be/article.php3?id_article=141.

³³ См. Alain Morice, "L'Europe enterre le droit d'asile", *Le Monde diplomatique*, www.monde-diplomatique.fr, mars 2004, p. 14.

³⁴ Там же. Для претворения в жизнь этой политики Европейская комиссия приняла решение оказать финансовую поддержку в 30 млн. евро.

³⁵ См. Karine G. Barzegar, «Paris et Londres expulsent 'cette semaine' une 'quarantaine' de clandestins afghans par 'vol groupé'», *Nouvel Observateur*: http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=societe/20050726.FAP_1755.html&host=http://permane, 25 août 2005.

Некоторые заключенные этой страной соглашения о реадмиссии содержат положения, предусматривающие выдачу пособия репатрируемым лицам, с тем чтобы облегчить их интеграцию в жизнь страны назначения.³⁶

26. "Соглашение о транзите" имеет иную цель и по существу более спорно, о чем свидетельствует подобное соглашение от 8 января 2003 года между Швейцарией и Сенегалом. По условиям этого "соглашения о транзите" Сенегал обязался обеспечить прием и препровождение всех выходцев из африканских стран, которые подпали под решение Швейцарии о высылке или о запрещении присутствия на ее территории, причем принимающая страна несла ответственность за определение страны происхождения. В связи с этим в статье 15 соглашения уклончивым образом трактовались "специальные услуги", расходы по которым должны были "регулироваться по соглашению сторон"²⁷. Таким образом, этот юридический курьез, получивший название "соглашение о транзите", открыл путь к неприглядным финансовым сделкам между правительствами за счет нелегальных иммигрантов при полном отсутствии элементарного уважения к человеческому достоинству и жизненной драме соответствующих лиц. Однако заключение данного соглашения сорвалось благодаря негодующим протестам представителей общественности Сенегала и действиям швейцарских защитников прав человека.

2. Международная миграция: доклад Всемирной комиссии по международной миграции

27. В наши дни явление миграции приобрело беспрецедентный размах, что, безусловно, имеет непосредственную связь с процессом глобализации в мире. Из-за своей сложности, неоднозначности воздействия на экономику и политику эта проблема вызывает серьезную обеспокоенность международного сообщества. Вот почему в своей резолюции 58/208 от 23 декабря 2003 года Генеральная Ассамблея приняла решение посвятить диалог на высоком уровне на своей шестьдесят первой сессии в 2006 году вопросу международной миграции. Кроме того, Генеральная Ассамблея обратилась с просьбой к Генеральному секретарю представить на ее шестидесятой сессии доклад, касающийся организационных деталей этого диалога; об этой просьбе она также упоминала в своей резолюции 59/241 от 22 декабря 2004 года. В своем докладе по этому вопросу на шестидесятой сессии Генеральной Ассамблеи Генеральный секретарь предложил порядок организации диалога на высоком уровне и дату его проведения – 14–15 сентября 2006 года³⁷.

28. В декабре 2003 года группа государств, поощряемых Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций, учредила Всемирную комиссию по международной миграции (ВКММ)³⁸, призванную создать правовую основу для разработки последовательных и исчерпывающих ответных действий в связи с проблемой международной миграции. В октябре 2005 года ВКММ подготовила углубленное исследование в форме доклада под названием "Миграция во взаимосвязанном мире: новые перспективы действия" (*Les migrations dans un monde interconnecté: nouvelles perspectives d'actions*)³⁹. Хотя основной задачей ВКММ является изучение связи миграции и экономического развития, в частности, воздействия миграции на развитие как в странах происхождения мигрантов, так и в странах назначения, Комиссия международного права в рамках изучения фигурирующего в ее повестке дня вопроса о высылке иностранцев не может не учитывать работу этой группы, состоящей из экспертов высокого уровня. Как оказалось, исследование ВКММ также касалось вопроса преодоления трудностей в связи с нелегальной иммиграцией⁴⁰ и

³⁶ Дипломатический источник.

³⁷ См. A/60/205.

³⁸ В августе 2005 года во Всемирную комиссию по международной миграции (ВКММ), действующую как неформальный консультативный орган с Секретариатом в Женеве, входили более 30 государств из всех регионов мира, в том числе Австрия, Алжир, Бангладеш, Бельгия, Бразилия, Венгрия, Германия, Египет, Индия, Индонезия, Исламская Республика Иран, Испания, Канада, Марокко, Мексика, Нигерия, Нидерланды, Норвегия, Пакистан, Перу, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Турция, Филиппины, Финляндия, Швейцария, Швеция, Шри-Ланка, Южная Африка, Япония, а также Европейский союз и Святейший престол.

³⁹ Доклад Всемирной комиссии по международной миграции, октябрь 2005 года, см. по адресу: www.gcim.org.

⁴⁰ См. *Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales: Les migrations dans un monde interconnecté: nouvelles perspectives d'actions*, p. 32 à 41.

соответствующих норм в области прав человека, применимых к так называемым нелегальным иммигрантам⁴¹.

29. Согласно докладу ВКММ существует широкий консенсус относительно роста числа мигрантов и доли незаконных мигрантов. Организация по экономическому сотрудничеству и развитию полагает, что последние составляют 10–15 процентов от 56 млн. находящихся в Европе мигрантов, причем этот континент принимает ежегодно приблизительно 500 тыс. новых незарегистрированных мигрантов. "Число таких незаконных мигрантов в Соединенных Штатах, по оценкам, достигает более 10 млн., из которых половину составляют лица мексиканского происхождения, ежегодно увеличиваясь на 500 тыс". Данное явление затрагивает не только развитые страны. Азия известна как континент, где зарегистрировано наибольшее число незаконных мигрантов. Например в Индии их, по оценкам, 20 млн. Они составляют также большую часть среди мигрантов в Латинской Америке, а также в Африке⁴², где идентичность населения по ту и другую стороны границ и чрезвычайная прозрачность последних способствуют миграционным перемещениям. На этом континенте, в частности, миграция рассматривается как незаконная лишь государственными органами власти, а заинтересованное население видит в этом естественное перемещение членов одного и того же сообщества: они абсолютно игнорируют международные границы, считая их по крайней мере абстрактными и уж во всяком случае искусственными.

30. Незаконная иммиграция является одним из драматических индикаторов социально-экономических дисбалансов, усугубленных глобализацией и стремительным обнищанием слаборазвитых стран. Однако она также отражает отчаяние и неуверенность населения стран, в которых помимо нищеты существуют проблемы, связанные с непрекращающимися войнами и политической нетерпимостью. В такой ситуации иммигранты готовы на любые жертвы, чтобы вырваться из своей среды обитания. Молодые африканцы, штурмующие снова и снова опутанные колючей проволокой стены испанских анклавов Сеуты и Мелильи, – печальные примеры этого. Число нелегальных иммигрантов, ежегодно погибающих при попытке преодолеть те или иные препятствия (естественные, как Средиземное море, или воздвигнутые государствами, как на границе Испании), чтобы попасть в Европу, по оценкам, составляет 2 тыс. человек. Ежегодно приблизительно 400 мексиканцев погибают, пытаясь пересечь границу с Соединенными Штатами⁴³.

3. Евроафриканская конференция по миграции и развитию на уровне министров (Рабат, 10–11 июля 2006 года)

31. На этой конференции собрались представители более 30 европейских стран, и к ним также присоединились представители Российской Федерации, Турции, Украины и 27 африканских стран, а также Мексики и 21 международной организации.

32. В Планах действий, принятом Конференцией на уровне министров в Рабате, предусматривается противодействие "незаконной иммиграции" путем, с одной стороны, сотрудничества в борьбе с незаконной иммиграцией, а с другой – путем усиления пограничного контроля в странах транзита и выезда. На Конференции были, в частности, определены формы сотрудничества в борьбе против этого вида иммиграции: сотрудничество в вопросах обеспечения и финансирования добровольных возвращений мигрантов, оказавшихся в транзитных странах; учреждение, при уважении достоинства и фундаментальных прав человека, эффективных систем реадмиссии совместно со всеми заинтересованными странами, в частности путем действенного осуществления положений статьи 13 Соглашения Котону, и заключение

⁴¹ Ibid., p. 52 à 64.

⁴² Ibid., p. 32 à 33.

⁴³ Ibid., p. 34. См. также цифры в отношении нелегальной иммиграции в Европу, которые приводятся рядом ассоциаций, постоянно обновляющих списки жертв; по их оценкам, число погибших, зарегистрированных между серединой мая 1992 года и декабрем 2003 года, составило более 4 тыс. человек. Источники: Ассоциация семей – жертв нелегальной иммиграции (AFVIC); Jean Christophe Gay, *Les discontinuités spatiales*, Paris, Economica, 1995; Olivier Clochard et Philippe Rekacewicz, "En dix ans plus de 4000 morts aux frontières", *Le Monde diplomatique*, www.monde-diplomatique.fr, mars 2004.

соглашений о реадмиссии между, с одной стороны, заинтересованными странами Северной, Западной и Центральной Африки и, с другой – Европейским сообществом или с одним из его государств-членов; техническая и материальная поддержка в процессе выявления гражданства иммигрантов, находящихся на нелегальном положении; содействие реинтеграции иммигрантов, находившихся на нелегальном положении, по их возвращении в свои страны происхождения; информирование потенциальных иммигрантов и разъяснение им рисков незаконной иммиграции; предоставление финансовых средств для помощи странам, столкнувшимся с чрезвычайными ситуациями в связи с незаконной иммиграцией. Можно констатировать, что среди участников конференции преобладало, хотя и открыто не высказывалось, мнение о необходимости систематической высылки незаконных иммигрантов в страны их происхождения. Этот принцип был, по-видимому, признанной всеми основой, а все прочее касается лишь условий возвращения и реинтеграции будущих высланных, причем государства, выходцами из которых являются высланные, должны будут вносить свой вклад, содействуя выявлению гражданства последних в рамках процесса реадмиссии на национальной территории.

33. В настоящее время в соответствии с решениями Конференции на уровне министров в Рабате необходимо укреплять пограничный контроль в этих странах, а также в транзитных странах посредством улучшения подготовки компетентных служб и оборудования для трансграничного оперативного сотрудничества, сотрудничества с целью развертывания в заинтересованных странах электронных баз данных, предназначенных для эффективной борьбы против нелегальной иммиграции, а также сотрудничества с целью создания по европейской модели системы раннего предупреждения, с тем чтобы немедленно предупреждать о возможности актов незаконной иммиграции и о деятельности преступных организаций проводников.

34. Следует, однако, отметить, что, хотя в Рабатской декларации, озаглавленной "Евро-африканское партнерство за миграцию и развитие" министры иностранных дел государств-участников подтверждают свое обязательство "бороться с нелегальной миграцией, в том числе путем реадмиссии мигрантов, находящихся на незаконном положении (...)", они выступают также за "проведение в жизнь активной политики интеграции мигрантов, находящихся на законном положении, и борьбу с социальной изоляцией, ксенофобией и расизмом", а также обязуются работать в тесном партнерстве, "следуя глобальному, сбалансированному, прагматическому и операционному подходу, уважая фундаментальные права и достоинство мигрантов и беженцев (...)". Безусловно, не следует чрезмерно доверять словам, поскольку для европейских стран основная цель Конференции в Рабате состоит в том, чтобы заложить основы для масштабных, но международно узаконенных высылки незаконных мигрантов – выходцев из африканских стран. Высылке иностранцев, находящихся на незаконном положении, трудно или почти невозможно противодействовать, поскольку речь идет об осуществлении этими государствами своего суверенного и неоспоримого права. Осознание необходимости соблюдения фундаментальных прав и достоинства соответствующих лиц – вот практически все, что требуется от них согласно международному праву, и на чем Специальный докладчик будет делать акцент в рамках данной темы.

35. Вклад членов Комиссии международного права, а также государств в прения по предварительному докладу и вытекающие из них разнообразные и порой противоречивые предложения, описанная выше недавняя практика государств в связи с высылкой иностранцев, выводы группы экспертов по международной миграции, а также Конференции в Рабате, в которых содержатся свидетельства масштабности явления незаконной иммиграции в мире и предлагаются средства по противостоянию ей, показывают огромное стремление очертить границы рассматриваемой темы, точно определив ее сферу охвата.

D. Сфера охвата темы

36. Одна из целей предварительного доклада состояла в том, чтобы инициировать дискуссию по вопросам методики и сферы охвата как в Комиссии международного права, так и в Шестом комитете. Дискуссии в этих двух форумах показали, что наряду с согласием относительно включения некоторых вопросов в рамки рассматриваемой темы имеются определенные расхождения по другим вопросам, но в

целом никто более не сомневается в целесообразности рассмотрения данной темы Комиссией международного права⁴⁴.

37. Так, по-видимому, имеется консенсус по поводу того, что тема должна включать лиц, проживающих на территории государства, гражданства которого они не имеют, с проведением разграничения между лицами с легальным статусом и лицами, статус которых не урегулирован, включая тех, кто длительное время проживал в государстве, стремящемся их выслать. Темой будут также охвачены беженцы, просители убежища, апатриды и трудящиеся-мигранты⁴⁵.

38. В то же время некоторые члены Комиссии международного права и некоторые представители государств-членов в Шестом комитете сочли, что будет сложно включить в тему вопрос об отказе во въезде, касающийся недавно въехавших на территорию государства незаконных иммигрантов или еще не обосновавшихся в принимающей стране. Было также сочтено, что из сферы охвата темы следовало бы исключить лиц, чей статус гражданства изменился по причине изменения статуса территории, на которой они проживают, в контексте деколонизации.

39. Специальный докладчик полагает, что эти гипотезы нельзя исключать в принципе. В этом плане следует различать случаи, когда изменение гражданства влечет за собой перемещение (коллективное) населения, получающего новое гражданство в силу изменения территориального статуса, случаи возможной высылки лиц, имеющих вышеуказанное гражданство: подобная высылка должна осуществляться в соответствии с нормами общего права, и поэтому нет никаких оснований исключать ее из сферы охвата темы.

40. По поводу вопроса о недопуске, то есть об отказе в разрешении на въезд (или "высылке" незаконных иммигрантов) практика некоторых государств и определение иностранца как любого лица, пересекшего границу и въехавшего на территорию государства, где он в настоящее время пребывает, заставляют, на первый взгляд, полагать, что исключение этого вопроса из сферы охвата темы значительно сузит ее рамки. Так, согласно мнению представителя Республики Корея в Шестом комитете, такой взгляд "не только чрезмерно ограничит масштаб работы Комиссии, но и оставит без внимания интересы и проблемы множества нелегально проживающих лиц во всем мире"⁴⁶. Однако согласно традиционной концепции высылка затрагивает иностранцев, которые уже проживают или пребывают в стране, в то время как отказ в разрешении на въезд касается тех, против въезда и пребывания которых на своей территории выступает государство; следовательно, строго говоря, выдворение незаконного иммигранта, находящегося на границе или только что ее пересекшего, относится к отказу во въезде, а не к высылке. Именно в силу этого обоснованного различия отказ во въезде не входит, по мнению Специального докладчика, в сферу охвата данной темы.

41. Что же касается высылки иностранцев в случае вооруженного конфликта, Специальный докладчик не нашел убедительной причины для исключения ее из сферы охвата темы. С учетом методологического подхода, избранного Комиссией международного права, который состоит в использовании для целей кодификации данной темы существующих норм договорного права, наличие строгих правил в области международного гуманитарного права не должно являться препятствием для включения этого вопроса в

⁴⁴ Представитель Венгрии в Шестом комитете заявил на пятьдесят девятой сессии Генеральной Ассамблеи, что вопрос "должен был бы рассматриваться другими учреждениями и органами системы Организации Объединенных Наций, например Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев или Комиссией по правам человека". Приняв к сведению предварительный доклад Специального докладчика по этой теме на шестидесятой сессии Генеральной Ассамблеи, он заявил, что, по мнению его страны, Специальному докладчику и Комиссии международного права следовало бы "тщательно очертить точную сферу охвата и тему будущего исследования" (см. выступление г-на Хорвата (Венгрия) в Шестом комитете 26 октября 2005 года (A/C.6/60/SR.13, пункт 9)).

⁴⁵ См. официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10), пункт 273.

⁴⁶ См. ранее приводившееся выступление Пак Хи-Квона (Республика Корея) (A/C.6/60/SR.11, пункт 89).

сферу охвата темы, а как раз наоборот. Более того, пример приговора, вынесенного 17 декабря 2004 года Постоянным арбитражным судом по делу *Эритрея против Эфиопии*⁴⁷, где вопрос о высылке путем лишения гражданства осложняется в связи с вопросом о высылке в контексте вооруженного конфликта, позволяет вновь рассмотреть соответствующие традиционные правила.

Е. Общий обзор настоящего доклада

42. Цель настоящего доклада состоит в том, чтобы изучить общие правила, применимые к сфере высылки иностранцев, как они вытекают из обычного права, договорного права, а также из юридической практики государств и в свете толкования законов. Такое исследование позволит ответить на некоторые вопросы и предложения, сформулированные при рассмотрении предварительного доклада.

43. С этой точки зрения Специальный докладчик, не считая случаев уточнения деталей, будет в целом придерживаться подхода, отраженного в наброске плана работы, прилагавшемся к его предварительному докладу и получившем одобрение Комиссии международного права⁴⁸, а также большинства государств, высказавшихся в Шестом комитете в ходе шестидесятой сессии Генеральной Ассамблеи по теме "высылка иностранцев", как на это указывается в пункте 10 настоящего доклада. С одной стороны, разделы "Сфера применения" и "Определения" были переставлены местами, а с другой, часть вопросов из раздела "Определения" теперь рассматриваются в разделе "Сфера применения", а именно категории – виды иностранцев, на которых может распространяться высылка. Благодаря этому в рамках настоящего доклада, посвященного части общих норм в сфере высылки иностранцев, соответствующие вопросы изучаются более детально, что будет способствовать формулированию проектов статей, касающихся сферы применения и определения ключевых терминов в рамках данной темы.

Первая часть

Общие нормы

44. Рассмотрение предварительного доклада показало, что основным вопросом дискуссии и камнем преткновения как в Комиссии международного права, так и в Шестом комитете является сфера охвата темы. Данный доклад в первую очередь нацелен на ее определение. После четкого обозначения темы необходимо будет (что не было сделано в предварительном докладе) дать более точные определения основополагающим понятиям по теме и только после этого приступить к рассмотрению общих принципов международного права, действующих в данной сфере.

I. Рамки рассматриваемой темы

45. Сфера охвата темы, как она была представлена во введении к данному докладу, в целом дает представление о ее рамках. Теперь предстоит определить их более точно, обозначив различные категории заинтересованных лиц. С учетом замечаний в пунктах 37–41 данного доклада и в целях осуществления высказанного как в Комиссии международного права, так и в Шестом комитете пожелания в отношении разработки возможно более исчерпывающего режима по данной теме, Специальный докладчик намерен последовательно рассматривать следующие вопросы: иностранцы, легально проживающие на территории государства; иностранцы, статус которых является нелегальным; беженцы, перемещенные лица, просители и

⁴⁷ Permanent Court of Arbitration Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Civilians Claims between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, La Haye, 17 décembre 2004.

⁴⁸ См. доклад Комиссии международного права, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесятая сессия, Дополнение № 10 (A/60/10); пункты 269–272.

получатели убежища, апатриды, бывшие граждане государства; иностранцы в силу потери гражданства в контексте образования нового государства; граждане противоборствующих государств – участников вооруженного конфликта; трудящиеся-мигранты.

46. В рамки темы не включаются некоторые категории иностранцев, условия и порядок высылки которых подчиняются специальным правилам. Прежде всего это те, кто пользуется режимом привилегий и иммунитетов, например дипломаты, консульские должностные лица, члены специальных миссий, международные гражданские служащие, военнослужащие вооруженных сил в официальных миссиях или входящие в многонациональные силы⁴⁹, пребывание которых регулируется отдельным правовым режимом (*leges speciales*), а не нормами международного права, регулирующими высылку иностранцев.

47. Хотя, как представляется, международное право в общем не запрещает высылать граждан⁵⁰, Специальный докладчик не считает, что оно это разрешает. Напротив, общие принципы говорят об обратном. В "Проекте регламентирования высылки иностранцев", представленном в Институт международного права на сессии в Гамбурге в сентябре 1891 года, г-н Ферро-Жиро предложил в данном направлении следующую норму:

"Никто не может быть выслан, в административном или судебном порядке, с территории государства, гражданином которого он является, независимо от вероисповедания, расы или этнического происхождения. Данный акт представляет собой грубое нарушение международного права, поскольку намеренно направлен на изгнание на другие территории лиц, в связи с их осуждением или просто судебным преследованием"⁵¹.

48. В общем речь идет о правиле, логично вытекающем из собственной компетенции государства, в соответствии с которой оно обязано обеспечивать защиту своих граждан как на национальной территории, так и за границей⁵². Считается даже, что норма, запрещающая высылку собственных граждан "неоспорима", и даже будучи не выраженной в явной форме, она подразумевается⁵³. В этом причина, по которой национальное законодательство ряда стран прямо запрещает высылку собственных граждан⁵⁴. Подобная норма, которая имплицитно подразумевает право гражданина на то, чтобы проживать или оставаться в своей собственной стране⁵⁵ или приезжать в нее⁵⁶, не позволяет государству высылать своего гражданина. Кроме того, как это следует из предыдущей нормы, государство обязано принимать своих граждан, высланных за границей, но не являющихся уроженцами других государств, высланными последними или третьими государствами; такое обязательство может появиться у государства лишь при его ясно выраженном согласии, обычно на основе международного соглашения⁵⁷. В более конкретном плане можно отметить, что некоторые договоры в области прав человека прямо запрещают высылку лица с территории государства, гражданином которого оно является⁵⁸.

⁴⁹ См. исследование, опубликованное Секретариатом Организации Объединенных Наций под названием "Высылка иностранцев", A/CN.4/565, пункты 28–35.

⁵⁰ Там же, пункт 36 и сноски 53–61.

⁵¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 278 et 279.

⁵² См. Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, par. 322 à 327, p. 493 à 501.

⁵³ См. Charles de Boeck, *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, vol. 18, 1927-III, p. 448.

⁵⁴ См. A/CN.4/565, пункт 36 и сноска 60.

⁵⁵ Там же, пункт 36 и сноска 56.

⁵⁶ В "Международных правилах приема и высылки иностранцев", предложенных Институтом международного права и принятых им 12 сентября 1892 года, имеется следующая статья: "В принципе государство не должно запрещать доступ или пребывание на своей территории своим подданным, то есть тем, кто, утратив свое гражданство в данном государстве, не приобрел другого" (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, t. XII, 1892-1894, p. 219).

⁵⁷ См. Sir Robert Y. Jennings and Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's International Law, Volume I – Peace*, 9th ed. 1996, p. 944 et 945.

⁵⁸ См. A/CN.4/565, пункт 36 и сноска 55.

49. Помимо того факта, что практика дает очень немногочисленные примеры высылки государством лица, являющегося его гражданином, эти аргументы показывают, что данные случаи высылки – на самом деле исключения, возможные к тому же лишь на основании конкретного соглашения с принимающим государством. К тому же поскольку гражданин соответствующего государства не является и не может быть одновременно иностранцем, юридический режим его высылки не попадает под сферу охвата темы, посвященной высылке иностранцев.

A. Иностранцы, законно присутствующие на территории высялающего государства

50. Иностранец, который был формально допущен на территорию другого государства и остается на ней в соответствии с его национальным законодательством и/или нормативными актами, может рассматриваться как законно присутствующий в нем. На данном этапе не следует дискутировать по поводу целесообразности проведения различия между транзитным присутствием иностранцев, временным или краткосрочным и долгосрочным присутствием и т. д. В данный момент важна лишь законность их присутствия на территории принимающего государства при том, что продолжительность этого присутствия в каких-то случаях может повлиять на последствия высылки.

51. Общие требования в отношении доступа на территорию принимающего государства включают пересечение границы этого государства при наличии проездных документов, признанных действительными органами власти данного государства. Соответствие правилам пребывания означает, что иностранец, законно пересекший границы государства, выполняет условия пребывания, то есть продолжительного присутствия в данной стране, предусмотренные национальным законодательством.

52. Однако для того чтобы присутствие иностранца на территории государства являлось законным, не всегда обязательно соблюдение условий въезда. В некоторых странах лицо, которое попадает в страну незаконно, может впоследствии получить статус законного присутствия путем урегулирования своей ситуации⁵⁹. В странах, являющихся основными принимающими незаконных иммигрантов странами, в частности в Европе и в Америке, становится все более распространенной такая практика, когда в соответствующей стране производится либо массовое оформление документов согласно закону либо, наоборот, урегулирование ситуации в каждом отдельном случае⁶⁰.

53. Положение о высылке иностранца, законно присутствующего на территории высялающего государства, зачастую было единственной гипотезой, предусмотренной в большинстве договоров. Таким образом, различные международные конвенции, содержащие положения о высылке, применяются только в связи с такой гипотезой⁶¹.

B. Иностранцы, статус которых является нелегальным

54. Хотя в некоторых договорах проводится разграничение между легальными и нелегальными иностранцами, определение термина "нелегальный иностранец" в них не дается⁶¹. В некоторых

⁵⁹ См. Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972, p. 348; см. также A/CN.4/565, пункт 44.

⁶⁰ Так, в частности, обстоит дело в Испании и Италии, где в последние годы было неоднократно произведено массовое урегулирование статуса иностранцев, незаконно присутствовавших в данных странах, во Франции, где после серии массовых оформлений документов наблюдается ужесточение правил в отношении этих иностранцев и наилучшей перспективой для них является урегулирование своего статуса в каждом отдельном случае; в Соединенных Штатах, где федеральное правительство недавно решило произвести массовое урегулирование статуса мексиканских иммигрантов, однако такая мера сталкивается еще с некоторым противодействием в конгрессе.

⁶¹ См., в частности: Пакт о гражданских и политических правах, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668 (art. 13); Конвенция о статусе беженцев, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545 (art. 32); Конвенция о статусе апатридов, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, p. 117 (art. 31); Европейская конвенция 1955 года об учреждении. См. также A/CN.4/565, пункт 755, сноски 1760 à 1763.

национальных законодательствах все же можно найти элементы определения этой категории иностранцев, которые варьируются в различных законодательствах⁶².

55. Под иностранцем, статус которого является нелегальным, понимается лицо, присутствие которого на территории принимающего государства нарушает законодательство данного государства в том, что касается условий допуска, пребывания или проживания иностранцев. Во-первых, незаконность может быть установлена в связи с условиями въезда. Это касается незаконных или так называемых подпольных мигрантов. Нелегальным будет также считаться иностранец, пересекший границу высылającego государства, нарушив правила допуска иностранцев. Во-вторых, незаконность также может устанавливаться не только в связи с условиями въезда, но и с невыполнением условий пребывания на территории высылającego государства. В этом случае иностранец, хотя он законным образом пересек границу государства и, следовательно, был им принят в соответствии с законом, впоследствии не выполняет условия пребывания, как они предусмотрены в законодательстве принимающего государства. Например, имеется в виду случай, когда получивший допуск в соответствии с законом иностранец продлевает свое пребывание на территории данного государства сверх срока, установленного компетентными властями этого государства. В-третьих, могут иметь место обе причины, делающие пребывание иностранца на территории высылającego государства незаконным. Например, когда иностранец незаконно пересек границу принимающего государства и затем не воспользовался возможностью законного урегулирования своего статуса: тем самым он не выполняет ни условия допуска, ни условия пребывания.

56. Условия пребывания иностранца рассматриваются по двум аспектам: документ или разрешение на пребывание, узаконивающие присутствие иностранца на территории государства на определенный срок, возобновляемое или невозобновляемое; правила, которые необходимо соблюдать во время пребывания, например правила, связанные с деятельностью, которой иностранец может заниматься в ходе своего пребывания или не может. То что лицо, добровольно въехавшее на территорию иностранного государства и проживающее там, должно выполнять условия пребывания или проживания в этом государстве, в том числе принимая его институты и правовые нормы⁶³, является основополагающим принципом. Речь идет об обуславливающих нормах, несоблюдение которых может повлечь за собой изъятие или аннулирование разрешения на пребывание и изменить законный статус иностранца на незаконный, что в таком случае делает возможным его высылку.

С. Беженцы

57. Термин "беженец" понимается по-разному в зависимости от того, рассматривается он с социологической или с правовой точки зрения. В социологическом плане он имеет давно принятое, широкое и нестрогое определение, в соответствии с которым термин "беженец" очень долго использовался по отношению к лицам, которые по какой-либо причине были вынуждены покинуть свое жилье и найти убежище в другом месте⁶⁴. Это "другое место" не определялось по отношению к границам государства. Такое употребление термина "беженец" сохранилось до настоящего времени. Сознательно или случайно следуя журналистской лексике, в некоторых международных кругах этот термин используется для обозначения лиц, перемещенных внутри собственной страны и живущих в материальных условиях, сравнимых с условиями перемещенных лиц, находящихся убежище в иностранном государстве. Этим перемещенным внутри страны лиц называют также "национальными беженцами" или "внутренне перемещенными". Они однако нуждаются в международном содействии, и Генеральная Ассамблея не раз просила Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев оказать таким лицам гуманитарную помощь⁶⁵.

⁶² См. A/CN.4/565, пункт 129, сноски 249–258.

⁶³ См. E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, Banks Law Publishing Co., 1915, p. 179.

⁶⁴ См. Jahn Eberhard, "Refugees", in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science, Publishers, 2000, p. 72.

⁶⁵ Ibid., p. 73.

58. В правовых документах термин "беженец" имеет, однако, намного более точное значение, и, как правило, обозначает лицо, вынужденное покинуть свою страну, с тем чтобы найти убежище в другой стране. Как следует из постановления Международного Суда по делу "Право на убежище", "беженец находится на территории государства убежища"⁶⁶; поэтому, оказываясь на территории государства, гражданином которого он является, он теряет статус беженца. В плане различных международных конвенций, касающихся беженцев, речь идет о лицах, покидающих свое государство из-за преследований или из обоснованной угрозы преследований по расовым, религиозным, национальным соображениям, по причине принадлежности к определенной социальной группе, политическому движению. По мнению некоторых авторов, лица, покидающие свою страну по другим причинам, являются "перемещенными лицами"⁶⁷, а не беженцами в юридическом смысле слова. Последние включают также лиц, находящихся вне государства своего гражданства или обычного проживания, но которые не могут или по обоснованным причинам не хотят вернуться в свою страну⁶⁸.

59. Если исключить конъюнктурные и прочие, связанные с различными обстоятельствами элементы из определения "беженца", содержащегося в Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года, то из пункта 2 статьи 1.A этой Конвенции следует, что под термином "беженец" подразумевается любое лицо, которое в результате определенных событий,

"и в силу обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений; или, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного местожительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений"⁶⁹.

60. В Конвенции ОАЕ от 10 сентября 1969 года, упорядочивающая аспекты, касающиеся проблем беженцев в Африке, принято более широкое определение понятия беженца. По этой Конвенции, помимо лиц, подпадающих под действие Конвенции 1951 года⁷⁰, термин "беженец"

"применяется к любому лицу, которое вследствие внешней агрессии, оккупации, иностранного господства или событий, серьезно нарушающих общественный порядок в любой части страны или во всей стране его происхождения или гражданской принадлежности, вынуждено покинуть место своего обычного проживания, для того чтобы искать убежище в другом месте за пределами своей страны происхождения или гражданской принадлежности"⁷¹.

61. Это широкое определение термина "беженец" получило оценку за пределами Африки и было признано существенным вкладом данного континента в определение содержания этого понятия. Международное сообщество впервые ознакомилось с определением, разработанным Организацией африканского единства в начале 1980-х годов, когда Исполнительный комитет Программы Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев в 1981 году отметил, что в результате

⁶⁶ Cour internationale de Justice, *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J.*, *Recueil*, 1950, p. 274.

⁶⁷ См. Louis B. Sohn et Thomas Burgenthal (éd.), *"The Movement of Persons across Borders"*, *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, p. 100.

⁶⁸ См. Convention relative au statut des réfugiés, du 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545; et Protocole y relatif de 1967 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, p. 267); Constitution de l'Organisation Internationale des réfugiés du 15 décembre 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 18, n° 283, p. 3; см. также Jahn Eberhard, "Refugees" in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000, p. 72.

⁶⁹ См. Конвенцию о статусе беженцев, пункт 2 статьи 1.A в редакции по Протоколу от 31 января 1967 года.

⁷⁰ Понятие, которое воспроизводится в пункте 1 статьи 1 Конвенции ОАЕ.

⁷¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n°14691, art. II, par. 2. Текст Конвенции также был опубликован в виде брошюры Службой информации и отношений с общественностью Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (Женева).

увеличения числа ситуаций крупномасштабного притока людей в разных районах мира, особенно в развивающихся странах, меняется состав групп просителей убежища. В них входят не только те, кто подпадает под определение Конвенции 1951 года и Протокола 1967 года, но также те, кто подпадает под действие пункта 2 статьи 1 Конвенции ОАЕ 1969 года⁷².

62. Вслед за декларацией 1981 года Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев государства Центральной Америки приняли в 1984 году декларацию о беженцах, рекомендуемую, чтобы определение "беженца" распространялось на "... лиц, которые покинули свою страну, потому что их жизнь, безопасность или свобода оказались под угрозой в результате повсеместного насилия, иностранной агрессии, внутренних конфликтов, широкомасштабных нарушений прав человека или иных обстоятельств, серьезно нарушающих общественный порядок"⁷³.

63. Хотя в пункте 7 статьи 22 Американской конвенции о правах человека от ноября 1969 года Организация американских государств (ОАГ) приняла, скорее, узкое определение, расширенный подход к понятию "беженец" был впоследствии одобрен как Межамериканской комиссией по правам человека, так и генеральной ассамблеей ОАГ⁷⁴.

64. Безусловно, в формулировках определений в некоторых местах можно выявить различия, которые в основном касаются вопроса о том, все ли группы, покидающие территорию своего государства происхождения, могут рассматриваться как беженцы, вне зависимости от причин, заставляющих их уезжать. Можно сказать, что, помимо "ключевого значения", в определении термина "беженец" имеются некоторые "серые зоны", включающие лиц, лишенных всякой защиты со стороны правительства государства их происхождения. Это понятие "серой зоны" является расплывчатым, неточным и может породить противоречия между кандидатами на статус беженца и помогающими им международными организациями и принимающими государствами, поскольку появляется желание также распространить этот статус на лиц, ставших жертвами некоторых форм социальных трудностей и жертвами экономических изменений, иногда квалифицируемых как "экономические беженцы", и даже лиц, бегущих из своих стран по сугубо личным соображениям. Поэтому более точное определение понятия "беженец" в рамках международного права и для целей настоящего исследования представляет как теоретический, так и практический интерес.

65. С учетом предыдущих замечаний и на основе практики международных организаций и государств⁷⁵ можно сказать, что определение термина "беженец" в международном праве основывается на следующих ключевых элементах: i) это лицо, которое пересекло границу государства своего происхождения; ii) это лицо было вынуждено сделать это; iii) причины этого принуждения должны быть четко идентифицированы: обоснованные опасения стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, вследствие внутренних или международных вооруженных конфликтов, политического насилия, внешней агрессии, оккупации иностранного государства. Другими словами, под термином "беженец" понимается лицо, находящееся вне страны своего гражданства или, если он апатрид, страны своего обычного местожительства, или лицо, которое вынуждено искать убежище вне страны своего происхождения из-за обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе, из-за политических убеждений, вследствие внешней агрессии, оккупации, иностранного господства, внутреннего или международного вооруженного конфликта или событий, серьезно нарушающих общественный порядок в какой-то части страны или на всей территории страны, уроженцем или гражданином которой оно является.

⁷² См. Sohn et Buergenthal (éd.), *The movement of persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, p. 103; A/CN.4/565, пункт 153.

⁷³ См. Картаженская декларация о беженцах, 22 ноября 1984 года, *Ежегодный доклад Межамериканской комиссии по правам человека*, OAS Doc., OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev.1, 1984-85, p. 103.

⁷⁴ A/CN.4/565, пункт 156.

⁷⁵ Там же, пункт 157.

66. Определенный подобным образом термин "беженец" предполагает одновременно и состояние, и статус. Прежде всего это состояние в той мере, в какой беженцем считается любое лицо, подпадающее под вышеуказанное определение, даже если оно не получило юридического статуса беженца в принимающей стране. Кроме того, это статус, поскольку именно приобретение такого юридического статуса на условиях и посредством процедур, установленных международными конвенциями⁷⁶ и национальными законодательствами, позволяет данному лицу пользоваться полагающейся беженцам правовой защитой. Именно юридический статус позволяет провести разграничение между гуманитарными мерами вмешательства в интересах лица, находящегося в положении беженца (состояние), и правовой защитой и правами, которые дает законный статус беженца.

67. Это разграничение важно в связи с вопросом высылки иностранцев. В то время как лицо, имеющее статус беженца, может быть выслано из принимающего государства только в исключительном случае и на четко определенных условиях, при высылке лиц, находящихся в положении беженцев и в соответствующих случаях добивающихся статуса беженцев, руководствуются, как мы увидим ниже, менее обязывающими правилами. Ходатайствующий о статусе беженца может в некоторых случаях рассматриваться как нелегальный или подпольный мигрант и, следовательно, незаконно присутствующий на территории государства, а обладатель статуса беженца подпадает под особый правовой режим, в частности в том, что касается высылки.

68. Безусловно, существует консенсус относительно того, что признаваемые за беженцами права должны предоставляться всем тем, кто *prima facie* считается беженцем в рамках правовых норм любого государства – участника соответствующих международных конвенций, вне зависимости от законности или незаконности правового статуса соответствующих лиц⁷⁷. Однако имеется противоречие между выражениями "законное присутствие" и "пребывать на законных основаниях". По мнению некоторых, присутствие беженцев не является законным до тех пор, пока оно не признано таковым государством – стороной Конвенции,⁷⁸ то есть до тех пор, пока они не приобрели статус беженцев.

69. Определенная двусмысленность имеет место при таком положении, когда беженцы, ожидающие решения по их юридическому статусу, явно не подпадают ни под категорию "законного присутствия", ни под категорию "незаконного присутствия", и лучше рассматривать их как законно физически присутствующих, но не претендующих на обладание всеми правами, признанными за теми, кто имеет законный статус беженцев⁷⁹.

70. Другие авторы напротив, заявляют, что беженцы могут рассматриваться как находящиеся на законном положении, только если они начали процедуру приобретения законного статуса беженца или допуска в принимающем государстве. Однако, они полагают, что там, где принимающее государство не определило механизмы и процедуру приобретения законного статуса беженца, присутствие на его

⁷⁶ Так, в соответствии со статьей I.A Конвенции 1951 года в тех случаях, когда беженец является гражданином нескольких стран, он должен быть в состоянии доказать, что он вполне обоснованно опасается преследований и более не пользуется защитой ни одной из стран, гражданство которых он имеет. Кроме того, беженец, который по собственной воле не прибегает к защите страны, гражданином которой он является, или, если он утратил свое гражданство, приобретет его вновь, не может более пользоваться защитой Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев.

⁷⁷ См. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 94; см. также John A. Dent, *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, commissioned by the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), p.15.

⁷⁸ См., например, Matti Pellonpää, *Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1894, p. 292.

⁷⁹ См. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 362.

территории беженцев, ходатайствующих о приобретении подобного статуса, должно рассматриваться как законное по умолчанию⁸⁰.

71. Какими бы ни были тонкости в подходах тех и других, необходимо, однако, отметить, что все проводят разграничение между ходатайствующими о статусе беженца или теми, кто ожидает его присвоения, с одной стороны, и обладателями подобного статуса, с другой; все также едины во мнении о том, что правовое положение тех и других неодинаково. Пункт, который вызывает споры, состоит в определении правового положения ходатайствующего о статусе беженца в период между подачей своего ходатайства и получением ответа на него. Некоторые полагают, что следует говорить о законном пребывании, ограниченном во времени⁸¹. По правде говоря, ответ зависит от национальных законодательств, и соответствующее рассмотрение вопроса будет произведено при анализе условий высылки.

Д. Перемещенные лица

72. Беженец отличается от перемещенного лица. Вследствие обстоятельств оказавшись на иностранной территории, вне государства своего происхождения или гражданства, такое лицо находится в положении, сходном с положением беженца. Однако это лицо не будет подпадать под определение беженца в строгом смысле слова, хотя оно в целом также испытывает потребность в защите. Одно из различий этих двух ситуаций состоит в причинах поиска убежища за границей. Лица, перемещенные вне территории страны своего происхождения или гражданства, являются таковыми по причинам, отличным от причин, перечисленных в определении беженца в международном праве. Речь идет о лицах, находящихся вне своей страны вследствие катастроф, которые бывают природными либо антропогенными. В эту категорию лиц входят в основном жертвы подобных катастроф, которых для удобства также называют "экологическими беженцами" или "жертвами экологических условий". С 1977 года Генеральная Ассамблея употребляет термин "беженцы и перемещенные лица"⁸¹, имея в виду именно их.

Е. Просители и получатели убежища

1. Понятие

73. В настоящее время право на убежище зафиксировано в качестве нормы обычного международного права, хотя изначально его основы кроются в национальных законодательствах⁸². В статье 14 Всеобщей декларации прав человека 1948 года говорится:

"1) Каждый человек имеет право искать убежище от преследования в других странах и пользоваться этим убежищем"⁸³.

74. Сформулированная подобным образом норма подтверждается в Декларации о территориальном убежище, первая статья которой гласит:

"1. Убежище, предоставляемое каким-либо государством в осуществление своего суверенитета лицам, имеющим основание сослаться на статью 14 Всеобщей декларации прав человека, включая лиц, борющихся против колониализма, должно уважаться всеми другими государствами"⁸⁴.

⁸⁰ См. James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cité par John Dent dans *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, p. 17.

⁸¹ Некоторые понимают под "легальным пребыванием" (или законным) присутствие в течение трех месяцев или более: см. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II: *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 374, note 65.

⁸² Например, во Франции в четвертом абзаце преамбулы к Конституции от 27 октября 1946 года, перенесенном в преамбулу Конституции от 4 октября 1958 года, говорится: "Всякий человек, преследуемый по причине своих действий в пользу свободы, имеет право на убежище на территориях Республики".

⁸³ Рез. 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года.

75. Речь идет о праве, осуществление которого относится к суверенитету государства.

76. В международном праве институт убежища имеет более давнюю историю, нежели понятие беженца, хотя оба эти понятия имеют общие элементы. Согласно резолюциям Института международного права, принятым на его сессии в Бате в 1950 году, «термин "убежище" означает защиту, которую какое-либо государство предоставляет на своей территории или в другом месте, в котором определенные органы этого государства осуществляют свою компетенцию, какому-либо лицу, которое обратилось с просьбой об этом»⁸⁵.

77. Это определение позволяет уяснить общий смысл института убежища. Однако юридические рамки права убежища варьируются в зависимости от места, в котором оно применяется, или в связи с нормами, применимыми к получателю убежища.

2. Виды убежища

78. Различаются три вида убежища: территориальное или внутреннее, внешнее или дипломатическое и нейтральное убежище.

79. Первые два вида связаны с географическими критериями и территориальной компетенцией, а последний – с характером получателей, а также с применимыми к ним нормами.

80. Под правом территориального убежища понимается право государства убежища предоставлять иностранцу в соответствии с его ходатайством приют или защиту на своей территории⁸⁶. Помимо лиц, подвергающихся преследованию, в Декларации о территориальном убежище в число тех, кто может пользоваться территориальным убежищем, включаются лица, "борющиеся против колониализма". Однако это право не может быть использовано в случае преследования, в действительности основанного на совершении неapolитического преступления, или деяния, противоречащего целям и принципам Организации Объединенных Наций", как гласит пункт 2 статьи 14 Всеобщей декларации прав человека⁸³.

81. Договорное право способствовало более четкому определению понятия территориального убежища. В Конвенции о территориальном убежище, заключенной в Каракасе 28 марта 1954 года⁸⁷, уточняются причины преследований, вследствие которых их жертвы могут получить право на территориальное убежище. В статье II этой Конвенции предусматривается:

"Подобно тому как в соответствии с международным правом должно уважаться право каждого государства осуществлять юрисдикцию над жителями своей территории, равным образом и без всяких ограничений должно уважаться его право в отношении лиц, въезжающих в него из государства, где их преследуют за их вероисповедание, убеждения или политическую принадлежность либо за деяния, которые могут быть признаны политическими правонарушениями.

При любом нарушении суверенитета, заключающемся в деяниях, совершенных правительством или его агентами в другом государстве против жизни или безопасности какого-либо лица, и имеющем место на территории другого государства, не может считаться смягчающим то обстоятельство, что преследование началось вне его границ либо вызвано политическими или государственными соображениями".

⁸⁴ Рез. 2312 (XXII) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1967 года.

⁸⁵ Institut de droit International, résolution sur: «L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)», *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bath, 11 septembre 1950, vol. 43, t. II, p. 376.

⁸⁶ См. Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1970, p. 202 et 203; et *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 94.

⁸⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° 24378.

82. В том же духе Американская конвенция о правах человека от 22 ноября 1969 года, так называемый Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика⁸⁸, в пункте 7 статьи 22 гласит:

"Каждое лицо имеет право искать и получать убежище на иностранной территории в соответствии с законодательством этого государства и международными конвенциями в случае обвинения его в политическом или сходном с ним преступлении".

83. Под правом внешнего убежища понимается право государства предоставлять тем или иным лицам убежище в местах, находящихся вне его территории, но относящихся к его компетенции. Эти места могут быть самыми разными. Согласно Институту международного права:

"Убежище может быть предоставлено в помещениях дипломатических миссий, консульских учреждений, на военных кораблях, государственных судах, предназначенных для общественных потребностей, на военных летательных аппаратах и в местах, относящихся к органу иностранного государства, допущенному к осуществлению административных полномочий на территории"⁸⁹.

84. Предоставление внешнего убежища обычно происходит по политическим соображениям. Так, в частности, обстоит дело, когда внешнее убежище приобретает форму права дипломатического убежища. Это право имеет конвенционный характер⁹⁰, которым обладает глава аккредитованной в государстве миссии, с одной стороны, отказывать в выдаче органам власти аккредитуемого государства политических деятелей, уроженцев последнего, которым предоставлено убежище на территории дипломатического представительства, а с другой – получать для этих лиц охранные свидетельства, позволяющие их экспатриацию⁹¹.

85. В деле "Право убежища" Виктор Рауль Айя де ла Торре, глава партии Американский народно-революционный альянс, преследуемый вместе с другими членами этой партии за "правонарушение в форме организации военного мятежа", искал убежище в посольстве Колумбии в Лиме. Проинформировав письмом от 3 января 1949 года министра иностранных дел Перу в соответствии с пунктом 2 статьи 2 Конвенции, устанавливающей правила, которые необходимо соблюдать при предоставлении права убежища, подписанном обеими странами в Гаване в 1928 году, о том, что г-н Айя де ла Торре нашел "убежище в здании руководимой им миссии", посол Колумбии уточнил в другом письме от 14 января, что во исполнение инструкций, полученных из МИДа его страны, правительство Колумбии в соответствии с правом, признанным за ним по статье 2 Конвенции о политическом убежище, подписанной обеими странами в Монтевидео 26 декабря 1993 года, "определило г-на Виктора Рауля Айя де ла Торре как политического беженца"⁹².

86. Правительство Перу оспорило законность предоставленного убежища и отказалось выдать охранные свидетельства, запрошенные Колумбией. Суд постановил, что по пункту 2 статьи 2 Гаванской конвенции ключевое обоснование предоставления убежища было основано на предположениях о неизбежном или постоянном характере опасности для данного беженца и что Колумбии надлежало представить в качестве доказательства фактические данные в соответствии с данным провозглашенным предположением. Согласно

⁸⁸ Ibid., vol. 1144, n°1455, p. 123.

⁸⁹ См. Institut de droit international, résolutions adoptées sur: «L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)», *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bath, septembre 1950, vol. 43, t. II, art. 3, p. 376.

⁹⁰ Дипломатическое убежище довольно часто предоставляется некоторыми странами, в частности, в Латинской Америке, где оно выступает как институт, прочно утвердившийся в региональном международном праве. См. в качестве иллюстрации: Конвенция о правилах, которые необходимо соблюдать при предоставлении права убежища, подписанная в Гаване 20 февраля 1928 года, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, p. 323; Конвенция о дипломатическом убежище, подписанная в Каракасе 28 марта 1954 года, *Revue générale de droit international public*, 1959, p. 175.

⁹¹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 96.

⁹² Cour internationale de Justice, *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil* 1950, p. 273.

мнению Суда случаи с предоставлением убежища, приведенные Колумбией, не позволяли "составить представление о масштабах этих случаев в качестве прецедентов, способных доказать наличие юридического обязательства для территориального государства признать обоснованность убежища, предоставленного в связи с преследованиями со стороны местной системы правосудия"⁹³.

Кроме того, из этих случаев в целом следовало, что "соображения удобства или просто политической целесообразности, похоже, обуславливали решимость территориального государства признать убежище, хотя это решение не было продиктовано ощущением наличия какого-либо юридического обязательства"⁹⁴.

87. По мнению Суда, эти замечания показывали, "что убежище, имея в виду соответствующую практику в Латинской Америке, является институтом, который своим развитием в значительной мере обязан факторам, лежащим вне правового поля. Отношения добрососедства между республиками, различные политические интересы правительств способствовали взаимному признанию убежища без какой-либо четко определенной правовой регламентации"⁹³.

88. Однако как Суд также отметил, стороны не оспаривали того, что "убежище может быть предоставлено в гуманитарных целях для защиты политических преступников от насильственных и бесконтрольных действий со стороны отдельных безответственных представителей населения"⁹⁴.

89. Можно отметить, что, хотя в некоторых из вышеприведенных замечаний Суда, скорее, указывалось на то, что право дипломатического убежища в общем международном праве не признается как законный институт, порождающий права и обязанности, считается, однако, что это право может иметь прецедентное происхождение, причем не только региональный или местный, но и как общий прецедент. Безусловно, именно в этом смысле следует понимать предпринятую Институтом международного права попытку кодификации по данному поводу на его сессии в Бате в 1950 году:

"Убежище может быть предоставлено всякому лицу, жизнь, физическая целостность или свобода которого находятся под угрозой из-за насильственных действий местных органов власти или вследствие насильственных действий, от которых они явно не могут это лицо защитить или которые они допускают либо провоцируют. Эти положения применяются в таких же условиях, когда подобные угрозы являются результатом междоусобной борьбы.

В случае когда функционирование государственных органов власти страны оказывается очевидно дезорганизованным или управляемым одной фракцией в такой степени, что государство более не предоставляет частным лицам достаточных гарантий безопасности их жизни, дипломатические сотрудники (...) могут предоставить или продолжать предоставлять убежище даже вопреки преследованиям местных органов власти"⁹⁵.

90. Таким образом, в отличие от территориального убежища в случае дипломатического убежища беженец находится на территории государства, в котором он совершил правонарушение; в этом случае решение о предоставлении убежища допускает нарушение суверенитета в той степени, в которой это решение зависит в основном от государства, предоставляющего право дипломатического убежища, и придерживающегося лишь того факта, что оно не может квалифицировать природу правонарушения, в котором обвиняется проситель убежища, "односторонним, окончательным и обязательным решением" для государства, в котором было совершено правонарушение⁹⁶. В той мере, в которой решение о предоставлении убежища освобождает правонарушителя от правосудия территориального государства и, следовательно, является вмешательством в сферу исключительной компетенции данного

⁹³ Ibid., p. 286.

⁹⁴ Ibid., p. 282 et 283.

⁹⁵ См. статьи 2 и 3 резолюции Института международного права, касающиеся убежища, предоставляемого государствами вне их территории (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, vol. 43, t. II, p. 377).

⁹⁶ См. *Droit d'asile (Colombie C. Pérou)*, C.I.J. Recueil 1950, p. 274 et 288.

государства, Суд полагает, что "подобное нарушение территориального суверенитета не должно допускаться, если только в каждом конкретном случае не устанавливается юридическая обоснованность"⁹⁷.

91. Нейтральное убежище обычно применяется в контексте военного конфликта. В своей резолюции от сентября 1906 года о режиме нейтралитета Институт международного права определял такое убежище следующим образом: "Право нейтрального убежища является правом сохраняющего нейтралитет государства предоставлять в пределах своей юрисдикции приют тем, кто ищет убежища от угроз, связанных с войной" (статья 5)⁹⁸.

92. Убежище может представлять собой приют или временное пребывание на территории нейтрального государства, или принадлежащем ему корабле, и получателями такого убежища могут быть военнослужащие вооруженных сил воюющих сторон, освобожденные военнопленные, раненые и гражданские лица, которые больны или стали беженцами в результате военного конфликта. Получатели убежища в нейтральном государстве не могут ни продолжать участвовать в военных действиях, ни даже оставлять при себе средства ведения боя. Действующие военнослужащие должны быть разоружены и интернированы, а для освобожденных военнопленных, желающих остаться в нейтральном государстве, может быть определено место жительства⁹⁹.

93. Под нейтральностью государства понимается его невовлеченность в конфликт. В этом плане право вооруженных конфликтов обязывает государство, не участвующее в конфликте,

"оказывать медицинскую помощь и гуманно обращаться с ранеными и больными гражданскими лицами, оказавшимися на его территории, но, в отличие от того, что предусмотрено для раненых и больных военнослужащих, оно не обязано обеспечивать их пребывание у себя до окончания военных действий. Раненые и больные гражданские лица могут ходатайствовать о своей репатриации, в частности, при посредстве дипломатического представительства своей страны. Они также могут просить убежища в государстве, на территории которого они находятся, или в другом государстве"¹⁰⁰.

94. Нейтральное убежище не предполагает предоставление его получателю постоянного статуса. Такое убежище предоставляется на ограниченный период времени и на основании главным образом гуманитарных соображений в качестве реакции на серьезную кризисную ситуацию, которая угрожает жизни лиц – получателей убежища. В этом плане оно отличается от права убежища в классическом смысле, характер и значение которого были отмечены выше; тем более что получатель нейтрального убежища может, как указано выше, ходатайствовать о предоставлении убежища в нейтральном государстве либо в каком-то другом государстве.

95. Как бы то ни было, получателей этого вида убежища также волнует вопрос высылки иностранцев в той мере, в которой предоставляемая им защита и обязательства по отношению к ним нейтрального государства ясно показывают, что они не могут быть удалены с территории нейтрального государства в любой момент и любым образом.

3. Проситель убежища и беженец

96. Различие между институтом убежища и понятием беженца не всегда всем вполне понятно. В законодательствах некоторых стран оба термина используются без каких-либо различий¹⁰¹. В законодательствах других стран термин "убежище" используется в более широком смысле, чем термин

⁹⁷ Ibid., p. 275.

⁹⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1906, vol. 21, p. 375.

⁹⁹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 95.

¹⁰⁰ См. Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Nijhoff, 1986, p. 337 et 378. (1168).

¹⁰¹ См. примеры, приведенные в документе A/CN.4/565, пункт 171, сноска 344.

"беженец"¹⁰². В этом их подход соответствует подходу, применяемому в международном праве. Ассоциация международного права провела разграничение между двумя понятиями, придав более широкое значение понятию убежища по сравнению с понятием беженца¹⁰³. В разработанном ею проекте Конвенции о территориальном убежище эти два термина были определены, соответственно, следующим образом:

Статья 1a) "Все государства имеют право предоставлять убежище всем жертвам преследования или имеющим обоснованные опасения подвергнуться такому преследованию, а также политическим правонарушителям"

Статья 1b) "Высокие договаривающиеся стороны обязуются предоставлять на их территории приют всем тем, кто ищет убежище от преследования по признакам расы, вероисповедания, национальности, принадлежности к особой социальной группе, что понимается как принадлежность к любой региональной или лингвистической группе или приверженности особому мнению..."¹⁰⁴.

97. Формы преследования, которые могут дать основание для предоставления права убежища, не имеют ограничений в отличие от тех, которые могут повлечь за собой получение статуса беженца. Можно, например, увидеть, что в последние годы основанием для подачи ходатайства о предоставлении убежища служило преследование по сексуальным (или гендерным) причинам и по причине связанной с ними практики¹⁰⁵.

98. Необходимость проведения разграничения между убежищем и статусом беженца подчеркивалась некоторыми авторами также на основании анализа внутреннего права их стран. Убежище представляется как суверенное решение государства, следствием которого является "разрешение на пребывание, которого добивается иностранец", в то время как статус беженца, утвержденный компетентным национальным органом, "дает его получателю особые права, выходящие за рамки простого пребывания"¹⁰⁶. Руководствуясь таким разграничением, Конституционный совет Франции считал право убежища фундаментальным правом, то есть являющимся в правовой системе Франции "одной из основных гарантий соблюдения прочих прав и свобод"¹⁰⁷, и провозгласил, что иностранцы могут пользоваться правом, о приверженности которому торжественно заявил французский народ, правом, согласно которому "любой человек, преследуемый по причине своих действий во имя свободы, имеет право на убежище на территориях Республики"¹⁰⁸.

99. Положение просителя убежища сближается с положением беженца в той мере, в которой выдворение того и другого имеет определенные ограничения, которые отсутствуют в случае высылки иностранца, не просящего права убежища или статуса беженца. В соответствии с принятой в Женеве 28 июля 1951 года Конвенцией о статусе беженцев, договаривающимся сторонам запрещается каким бы то ни было способом выдворять или высылать беженцев "на границу страны, где их жизни угрожает опасность". В общем,

¹⁰² Там же, сноска 345.

¹⁰³ International Law Commission, Committee on Legal Aspects of the Problem of Asylum, Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum, *Conference Report*, 1972, p. 196 à 211.

¹⁰⁴ Ibid., p. 207.

¹⁰⁵ См. Anne M. Trebilcock, "Sex Discrimination", in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000, p. 395.

¹⁰⁶ Claude Norek, "Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire", *Revue française de droit administratif* (R.F.D.A.), 15 janvier - 15 mars 1989, p. 200 à 206.

¹⁰⁷ Claude Franck, "L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature", *JurisClasseur Périodique*, 17 septembre 1986, Doctrine n° 3256.

¹⁰⁸ Конституционный совет, решение № 93-325 ДС от 13 августа 1993 года "Журналь Оффисель", 18 августа 1993 года, стр. 11722; см. Véronique Fabre-Alibert, "Réflexion sur le nouveau régime juridique des étrangers en France", *Revue de droit public et de la Science politique en France et à l'étranger* (R.D.P.), 1994, 2, p. 1183. Поскольку в правовой системе Франции право убежища является фундаментальным, закон, следуя прочно утвердившимся нормам, может "определять его условия только с целью придания ему большей эффективности или для гармонизации его с другими нормами или принципами конституционной значимости" (см. Конституционный совет, решение № 84-181 ДС от 10-11 октября 1984 года, *Entreprises de presse* in Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Sirey, 1989, p. 609).

иностранец, ходатайствующий о праве убежища, получает разрешение временно проживать на территории до тех пор, пока по его просьбе не будет вынесено решение. В правовой системе Франции, например, считается, что вслед за этим решением проситель убежища, претендующий на статус беженца, должен получить разрешение на временное проживание на французской территории до тех пор, пока французская Служба защиты беженцев и апатридов или, в соответствующих случаях, Комиссия по содействию беженцам не вынесут решение по его ходатайству¹⁰⁹. Если в рамках Конституционного совета Франции основанием для этого принципа является Преамбула к Конституции Франции от 27 октября 1946 года, то для Государственного совета, в свою очередь, основанием являются как пункт 2 статьи 31 Женевской конвенции 1951 года, так и закон от 25 июля 1952 года о создании французской Службы защиты беженцев и апатридов¹¹⁰.

Ф. Апатрид

100. Термин "апатрид" обозначает, если говорить кратко, лицо без гражданства. В более широком толковании он может означать лицо, которое не имеет гражданства какого-либо государства, или лицо, не имеющее гражданства в силу применения внутреннего законодательства соответствующего государства. Иногда считается, что этот термин может распространяться на лицо, имеющее гражданство, но не пользующееся защитой со стороны своего правительства¹¹¹. К такому расширению значения термина следует относиться с осторожностью, поскольку оно может привести к сложностям в его практическом применении. С какого момента можно считать, что государство не обеспечивает защиты своего гражданина? Подразумевает ли эта защита обязательство достижения результата или обязательство применения средств? Кто должен констатировать возможное невыполнение государством своего обязательства по обеспечению защиты? И что делать с многочисленными бедными странами, которые не всегда оказывают своим гражданам требуемую защиту даже в ситуациях, когда эта защита оказывается необходимой?

101. Напротив, в правовом смысле несложно представить, что лицо может стать апатридом по причине неприобретения гражданства при рождении, обычно именуемого гражданством по факту рождения, или в результате последующей утраты или лишения лицом гражданства государства без приобретения гражданства другого государства¹¹². Это классические случаи безгражданства.

102. Точное определение апатрида дается в Конвенции о статусе апатридов, утвержденной в Нью-Йорке 28 сентября 1954 года. Данная Конвенция в этом отношении была инспирирована резолюцией Института международного права, принятой на его сессии в Брюсселе в 1936 году, согласно которой «термин "апатрид" обозначает любое лицо, которое не рассматривается гражданином каким-либо государством»¹¹³.

В том же духе, но с более точным выбором слов, улучшающим определение, данное Институтом международного права, пункт 1 статьи 1 Конвенции 1954 года гласит:

«Для целей настоящей Конвенции под термином "апатрид" подразумевается лицо, которое не рассматривается гражданином каким-либо государством в силу его закона»¹¹⁴.

¹⁰⁹ См. Государственный совет, Ассамблея 13 декабря 1991 года. *M. Nkodia et Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, *Revue française de droit administratif (R.F.D.A.)* Paris, Dalloz, janvier-février 1992, p. 90 à 103; и в развитие этого правового решения, Конституционный совет, решение 93-325, ранее цит., положение 84.

¹¹⁰ См. Fabre-Alibert, "Réflexion sur le nouveau régime juridique des étrangers en France", *Revue de droit publique et de la Science politique en France et à l'étranger*, RDP, 1994, 2, p. 1184.

¹¹¹ Han von Mangoldt, "Stateless persons", in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Amsterdam, Elsevier Science Publisher, 2000, p. 656; и A/CN.4/565, пункт 173.

¹¹² См. Jennings et Watts (éd.), *Oppenheim's International Law, Volume I – Peace*, 9th ed. 1996, p. 886 à 890.

¹¹³ "Statut des apatrides et des réfugiés", *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bruxelles, 1936 – II, p. 294.

¹¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, n° 5158.

103. В законодательствах некоторых стран либо воспроизводится данное определение из Конвенции 1954 года, либо дается определение апатрида, следуя логике, как лица без гражданства или без известного гражданства¹¹⁵.

104. Известно, что, несмотря на положение Конвенции о сокращении безгражданства¹¹⁶, утвержденной в Нью-Йорке 30 августа 1961 года, в различных государствах по-прежнему имеются апатриды. Эти случаи включены в сферу охвата данной темы в той мере, в которой апатрид не имеет статуса гражданина принимающего государства и при этом не имеет гражданства какого-либо другого государства. Иначе говоря, в правовом смысле апатрид – везде иностранец, и по этой причине в международном праве ему предоставляется особая защита.

Г. Бывший гражданин

105. Термин "бывший гражданин" или "бывший национал" государства применяется в отношении лица, которое более не рассматривается гражданином предыдущим государством его гражданства. Такая ситуация может возникнуть либо вследствие утраты гражданства, либо вследствие лишения гражданства¹¹⁷.

106. Утрата гражданства обязательно является результатом добровольного акта со стороны лица, являющегося гражданином данного государства, следствием которого становится окончание его статуса гражданина этого государства. В общем плане такая ситуация является следствием натурализации. Это умышленный акт, приводящий к добровольному приобретению лицом нового гражданства, вследствие чего оно утрачивает свое предыдущее гражданство, если законодательство государства, гражданство которого ранее имело данное лицо, или законодательство государства, гражданство которого оно приобретает, исключает двойное гражданство или множественное гражданство. В некоторых национальных законодательствах, в частности в законодательствах недавно образовавшихся государств, содержатся положения, исключающие двойное или множественное гражданство¹¹⁸.

107. В отличие от утраты гражданства лишение гражданства является следствием одностороннего акта государства, лишаящего лицо его гражданства. Лишение гражданства может быть санкцией за нарушение законодательства, совершенное лицом, которое приобрело гражданство данного государства в силу натурализации¹¹⁹. В этом случае лишение гражданства обычно приобретает форму регламентирующего акта, но также может быть выражено в виде законодательного акта в качестве реакции на особые ситуации, как, например, если речь идет о гражданах государства, ставших де-юре и де-факто гражданами другого государства вследствие распада первого на два или несколько государств.

¹¹⁵ См. A/CN.4/565, пункт 175, сноски 350–355.

¹¹⁶ Статья этой Конвенции гласит: "Любое договаривающееся государство должно предоставлять свое гражданство любому рожденному на его территории лицу, которое иначе было бы апатридом", Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

¹¹⁷ Например, согласно статье 2 закона № 68-LF-3 от 11 июня 1968 года о гражданстве Камеруна, "гражданство Камеруна приобретается или утрачивается при рождении в силу закона или вследствие решения государственного органа, принятого согласно условиям, установленным законом", *Journal Officiel de la République fédérale du Cameroun (J.O.R.F.C.)*, 11 juin 1968, p. 150.

¹¹⁸ В том же законе о гражданстве Камеруна статья 31 гласит: "Гражданство Камеруна утрачивает:

- a) совершеннолетний камерунец, приобретающий или добровольно сохраняющий гражданство другого государства;
- b) тот, кто умышленно отказывается от гражданства Камеруна в соответствии с положениями настоящего закона;
- c) тот, кто, будучи нанятым на государственную службу в международном или иностранном органе, остается на ней, несмотря на выдвинутое камерунским правительством требование об отставке".

¹¹⁹ Постоянный арбитражный суд, *Эритрея против Эфиопии, Комиссия по рассмотрению претензий, частичное удовлетворение претензий гражданских лиц, претензии Эритреи 15, 16, 23 и 27–32, спор между государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопией*, Гаага, 17 декабря 2004 года, пункт 10.

108. Подобная ситуация имела место после отделения Эритреи от Эфиопии после референдума о самоопределении в апреле 1993 года, на котором эритрейский народ высказался за свою независимость. Многие граждане Эфиопии эритрейского происхождения, жившие в Эфиопии, имели там имущество и в соответствии со всеми нормами осуществляли экономическую деятельность. Эритрея предъявила Эфиопии претензии в связи с такими актами, как "неправомерное лишение гражданства, высылка, ненадлежащее обращение и лишение собственности в отношении десятков тысяч эфиопских граждан эритрейского происхождения в нарушение многочисленных международных правовых обязательств"¹¹⁹.

109. Эфиопия оспорила это обвинение, и данное противостояние привело к делу *Эритрея против Эфиопии*, переданному для арбитража в Комиссию по рассмотрению претензий, вынесшую 17 декабря 2004 года частичное решение по данному вопросу¹²⁰. Это дело, которое будет рассматриваться более подробно ниже, ставит одновременно проблему утраты или лишения гражданства в случае преемственности государств и лишения лиц с двойным гражданством одного из них вследствие высылки, осуществляемой в контексте вооруженного конфликта, поскольку соответствующие лица становятся гражданами неприяельского государства.

Н. Иностранцы по факту утраты гражданства при образовании нового государства

110. Новое государство может образоваться в результате процесса деколонизации, перехода или отделения части территории, объединения, распада или раздела существующего государства. Новое государство, именуемое государством-преемником или иным образом, среди своих суверенных прерогатив обладает правом предоставить гражданство или отказать в нем, исходя из норм своего внутреннего права, но, как об этом упоминала Комиссия международного права в преамбуле к своему проекту статей 1997 года о гражданстве физических лиц, "в рамках, установленных международным правом"; и решения, принятые в этой области, должны "надлежащим образом одновременно учитывать законные интересы государств и интересы индивидуумов". Однако в данном случае основной интерес индивидуумов состоит в том, чтобы иметь гражданство, тем более что в настоящее время право любого индивидуума на гражданство является фундаментальным принципом международного права¹²¹. Ранее цитировавшийся проект статей Комиссии международного права о гражданстве физических лиц в том виде, в каком он был принят во втором чтении в 1999 году¹²², напоминает об этом принципе в своей первой статье: "Любое физическое лицо, которое на дату установления преемственности государств обладало гражданством государства-предшественника, независимо от способа приобретения этого гражданства, имеет право на гражданство по крайней мере одного из двух этих государств..."

111. Одной из основных задач данного проекта статей, вводящего понятие "презюпции гражданства", является предупреждение случаев безгражданства. Можно сказать, что он "устанавливает надлежащий баланс между практическими потребностями, связанными с преемственностью государств, и проблемами, связанными с правами человека, [и] может способствовать стабилизации еще не устоявшейся практики"¹²³. Вместе с тем он не устраняет полностью ситуации, чреватые риском безгражданства. Кроме того, он вовсе не исключает, что индивидуум, который мог бы иметь двойное гражданство вследствие появления нового государства, может утратить одно из них, став, таким образом, иностранцем в государстве, гражданство которого он утратил, и, следовательно, может быть выслан из него. В самом деле, поскольку распределение населения между первоначальным государством и отделяющимся от него новым государством обычно происходит на этнической основе, достаточно, чтобы первоначальное государство приняло решение лишить

¹²⁰ См. *Частичное удовлетворение претензий гражданских лиц, претензии Эритреи 15, 16, 23 и 27–32, спор между государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопией*, Гаага, 17 декабря 2004 года.

¹²¹ Это право провозглашается в статье 15 Всеобщей декларации прав человека и упоминается в статьях 4 и 18 Европейской конвенции о гражданстве от 6 ноября 1997 года.

¹²² A/CN.4/L.581/Add.1. См. доклады по этому проекту статей Вацлава Микулки, Специального докладчика Комиссии международного права (1995–1998 годы); и Константина Экономидеса "Les effets de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques", *Revue général de droit international public*, t 103/1999/3, p. 577 à 599.

¹²³ См. Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Fuoc Dihn)*, 7^e ed., Paris, L.G.D.G. 2002, p. 543.

своего гражданства членов этнической группы, составляющей население нового государства, выбирающих гражданство последнего, чтобы значительное число лиц сразу же стали иностранцами в государстве, в котором они когда-то обосновались и порой уже очень давно. Дело *Эритрея против Эфиопии* является весьма неплохой иллюстрацией для этого тезиса, если не принимать во внимание тот факт, что решение лишить эфиопских граждан эритрейского происхождения их эфиопского гражданства стало одним из решающих факторов, приведших к началу войны между двумя странами в 1998 году.

I. Граждане противоборствующих государств – участников вооруженного конфликта

112. В течение очень долгого времени и по крайней мере до конца XIX века государства считали себя вправе высылать со своих территорий граждан неприятельской державы. Это право осуществлялось на основе проведения разграничения между дружественными иностранцами и враждебными иностранцами, без различия среди последних между теми, кто тем или иным образом участвовал в военных действиях, которые вела их страна происхождения, или враждебно относился к принимающему государству, и теми, кто вел там мирную жизнь. По британской доктрине на этот счет имелась весьма определенная позиция, выражавшаяся в следующем тезисе:

"Нет ничего яснее, чем право британского должностного лица в период войны выслать субъектов недружественной державы. Это же верно в отношении приезда в любой такой момент иностранных суверенов или послов, поскольку они представляют суверенитет иностранного государства, и их незаконный въезд в любой момент будет являться *casus belli*. В обоих случаях ущерб, нанесенный им посредством их высылки с британской территории британскими должностными лицами, не будет являться для них основанием для иска в британском суде"¹²⁴.

113. Подобная радикальная концепция в настоящее время, когда повышенное внимание международного сообщества к защите прав человека привело к смягчению, а порой к отказу от некоей традиционной несовместимой с этим практикой, не имеет более оснований для существования.

114. Тем не менее нельзя утверждать, что принцип или практика высылки иностранца-"врага" или гражданина государства, находящегося в состоянии вооруженного конфликта с принимающим государством, более не имеют места. В деле *Эритрея против Эфиопии* Эритрея обвинила Эфиопию в проведении "этнических чисток" путем массовой высылки граждан Эфиопии эритрейского происхождения, то есть высылки своих собственных граждан в нарушение международного права. Изучая аргументацию Эфиопии, выдержанную в рамках вышеизложенного, Комиссия по рассмотрению претензий между Эфиопией и Эритреей постановила, что международное гуманитарное право в период конфликта дает противоборствующим сторонам широкие полномочия по высылке со своих территорий граждан неприятельского государства. В этом отношении Комиссия опиралась на один из авторитетных в международном праве трудов, а именно на "Международное право" Оппенгейма, из которого следует:

"Право государств высылать иностранцев является общепризнанным. Неважно, находится ли иностранец с временным визитом или обосновался на территории государства с профессиональными, деловыми или прочими целями, определив там место своего жительства. С другой стороны, хотя государство имеет большую свободу действий при осуществлении своего права на высылку иностранцев, его свобода не абсолютна. Так, в рамках обычного международного права оно не должно злоупотреблять своим правом, действуя произвольно при принятии решения о высылке иностранца, и в определении способа, которым совершается высылка, должно действовать разумно. Кроме того, однако, в обычном международном праве не содержится подробных правил, касающихся высылки, и все, соответственно, зависит от обстоятельств конкретного случая. Справедливо то, что и в теории, и на практике проводится различие между высылкой в военное и в мирное время. Противоборствующая сторона может счесть уместным выслать всех граждан неприятельских

¹²⁴ "Colonial Expulsion of Aliens", in *American Law Review*, 33. *Am. L. Rev.* 90 (1899), p. 91.

государств, проживающих или временно находящихся на ее территории; хотя такая мера может быть весьма жесткой для отдельных иностранцев, общепризнано, что такая высылка обоснованна"¹²⁵.

Это мнение разделяется большинством авторов, занимающихся проблемами международного гуманитарного права¹²⁶.

115. Комиссия по рассмотрению претензий между Эритреей и Эфиопией в данном контексте к тому же отметила, что Эфиопия законно лишила своего гражданства большое число лиц с двойным гражданством (эфиопским и эритрейским) после их выявления Комиссией по безопасности Эфиопии. Она постановила: "Эфиопия могла законно выслать этих лиц как граждан противоборствующей стороны, хотя она обязана была обеспечить им защиту в соответствии с четвертой Женевской конвенцией и прочим международным гуманитарным законодательством"¹²⁷.

Ж. Трудящиеся-мигранты

116. Как показали проводившиеся по данному вопросу региональные семинары, проблема трудящихся-мигрантов существует на всех континентах¹²⁸. С развитием международных транспортных средств масштабы этого явления постоянно расширяются. Вытекающая из этого разноплановость трудящихся-мигрантов требует особого внимания к каждому отдельному случаю, без чего в принимающей стране зачастую появляются предпосылки для создания дискриминационных правил для этой категории трудящихся¹²⁹.

117. Под "трудящимся-мигрантом" понимается лицо, которое прибыло в иностранное государство для получения работы по найму, а не для того, чтобы жить за счет собственных средств¹³⁰. Именно таким

¹²⁵ См. Robert Jennings and Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's International Law*, 1996, par. 413, p. 940 et 941; см. также Постоянный арбитражный суд, Комиссия по рассмотрению претензий Эритреи и Эфиопии, *Частичное удовлетворение претензий гражданских лиц, претензии Эритреи 15, 16, 23 и 27–32, спор между государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопией*, Гаага, декабрь 2004 года, пункт 81 текста на английском языке.

¹²⁶ См., например, Karl Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation" in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), p. 16 ("Тем не менее государство может обоснованно выслать такую группу вне зависимости от индивидуального поведения ее членов, если безопасность и существование выссылающего государства в противном случае окажутся в серьезной опасности, например, в период состояния войны"); Gerald Draper, *The Red Cross Conventions*, pp. 36–37 (1958), *quoted in* 10 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, Marjorie Whiteman (éd.), 1968, p. 274 (обычное право государства выссылать всех враждебных иностранцев в самом начале конфликта); Dieter Fleck (éd.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, 1995, par. 589 (5).

¹²⁷ См. решение от 17 декабря 2004 года Постоянного арбитражного суда, Комиссии по рассмотрению претензий Эритреи и Эфиопии, *Частичное удовлетворение претензий гражданских лиц, претензии Эритреи 15, 16, 23 и 27–32, между государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопией*, Гаага, декабрь 2004 года, пункт 82.

¹²⁸ См. Barones Elles, *International Provisions Protecting The Human Rights of Non-Citizens*, документ E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, стр. 21–22. В целом более подробно по теме защиты прав трудящихся-мигрантов среди исследований, проведенных в рамках Организации Объединенных Наций, см.: Halima Warzari, "Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking" (E/CN.4/Sub.2/351); резолюция 2920 (XXVII) Генеральной Ассамблеи от 15 ноября 1972 года; доклад Х. Варзари (E/CN.4/Sub.2/L.640 от 4 июля 1975 года), а также доклад семинара о правах человека трудящихся-мигрантов в Тунисе от 14–24 ноября 1975 года (ST/TAO/HR/50), представленный Комиссией по правам человека Генеральной Ассамблеи на ее тридцать первой сессии (см. резолюцию 31/127 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1976 года).

¹²⁹ См. Barones Elles, *International Provisions Protecting The Human Rights of Non-Citizens*, документ E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, стр. 22.

¹³⁰ См. Ryszard Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment* (1997), pp. 101 et 102 et 150; см. также John A. Dent, *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, ECRE, p. 24 et 27.

образом термин определен в конвенциях Международной организации труда (МОТ) № 97 и 143¹³¹, как "лицо, которое мигрирует из одной страны в другую с намерением получить работу, иначе чем на собственный счет, и включает всякое лицо, допускаемое в соответствии с законом в качестве трудящегося-мигранта"¹³².

118. В том же духе в пункте 1 статьи 2 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей¹³³, еще не вступившей в силу¹³⁴, это понятие обозначает "лиц, которые будут заниматься, занимаются или занимались оплачиваемой деятельностью в государстве, гражданами которого они не являются".

119. Следует отметить, что выражение "будут заниматься" относится к потенциальному трудящемуся-мигранту, имеющему трудовой договор. В целом эти определения исключают, с одной стороны, всякое лицо, которое ищет в иностранном государстве свое первое рабочее место, не заключив предварительно трудовой договор с работодателем, а с другой стороны, нелегальных трудящихся-мигрантов. Тем же образом они исключают другие категории лиц, такие как приграничные трудящиеся, представители свободных профессий и артисты, въезжающие в страны на короткий период, лица, въезжающие в образовательных целях, и трудящиеся, занятые в принимающей стране на определенный период до завершения своей работы.

120. Правовые инструменты МОТ, в отличие от Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, исключаящей из своей сферы применения беженцев и лиц без гражданства¹³⁵, распространяются на лиц, имеющих статус беженцев. Причина в том, что эти категории лиц уже пользуются особым международным статусом, по которому они имеют особую защиту. Тем не менее можно отметить, что их исключение из сферы применения Конвенции Организации Объединенных Наций создает ненормальную ситуацию, в которой просители убежища считаются "трудящимися-мигрантами", если им разрешено работать в принимающей стране, но по Конвенции после приобретения статуса беженца или изгнанника теряют статус трудящегося-мигранта¹³⁶.

121. Благодаря разнообразным международно-правовым инструментам трудящиеся-мигранты получают расширенную защиту¹³⁷. Что касается рассматриваемой темы, то принцип заключается в коллективной невысылке трудящихся-мигрантов, и при этом индивидуальные высылки связаны с определенными условиями, которые будут рассмотрены ниже в рамках режима высылки.

122. Выше были определены различные категории лиц, которые по своему положению (факту легального или нелегального пребывания на территории государства, гражданами которого они не являются), юридическому статусу (беженцы, высланные, апатриды, лица с двойным или множественным гражданством, лишённые гражданства территориального государства), по видам своих занятий (трудящиеся-мигранты) принадлежат к иностранцам, высылка которых входит в сферу охвата данной темы. Исходя из этого для целей определения сферы применения уместно предложить следующий проект статьи:

¹³¹ Речь идет соответственно о Конвенции № 97 1949 года, касающейся миграции в поисках занятости (здесь и далее К 97), и о Конвенции № 143 1975 года (здесь и далее К 143) о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения.

¹³² Статья 11 пункт 1 К 97. Следует отметить, что К 143 включает в определение лицо, которое "мигрировало" из одной страны в другую.

¹³³ Резолюция 45/158 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1990 года. Эта Конвенция является результатом исследования об условиях трудящихся-мигрантов, проведенного Подкомиссией по правам человека по запросу Экономического и Социального Совета (резолюция 1789 от 18 мая 1973 года).

¹³⁴ Ее сторонами являются несколько стран – основных поставщиков рабочей силы, однако ни одна из развитых стран ее стороной еще не является.

¹³⁵ См. статью 3 Конвенции, в которой приводится список категорий лиц, исключенных из сферы охвата Конвенции.

¹³⁶ См. R. Cholewinski, *Migrant workers in International Human Rights Law: Their protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford (1997), p. 153.

¹³⁷ Эти правовые инструменты как универсального, так регионального и двустороннего характера будут проанализированы в последующих докладах, в частности, в связи с рассмотрением принципов, применимых в области высылки, а также ее мотивов и последствий.

Статья 1: Сфера применения

1) Данный проект статьи применяется к любому лицу, находящемуся в государстве, гражданином которого оно не является.

2) Он применяется, в частности, к иностранцам, законно или незаконно находящимся в принимающем государстве, к беженцам, получателям убежища, апатридам, трудящимся-мигрантам, гражданам вражеского государства, гражданам высылающего государства, утратившим свое гражданство или лишенным его.

II. Определения

123. Одна из основных проблем в рамках данной темы заключается в определении смысла и точного содержания таких ключевых понятий, как "иностранец" и "высылка". Следовательно, необходимо дать им наилучшее определение, точно указав то значение, которое им придается в правовом поле или по крайней мере смысл, который они приобретают для целей данного исследования и ниже следующего проекта статей. Как было указано в предварительном докладе, поскольку понятие "высылка" имеет смысл, только когда она употребляется вместе с понятием "иностранец", мы сначала рассмотрим это последнее понятие.

A. Иностранец

124. Термин "иностранец" определяется не сам по себе, а по отношению к тому, кем он не является, а именно "гражданином или лицом, имеющим гражданство данного государства", либо в рамках противопоставления гражданам данного государства. При таком подходе иностранец это тот, кто принадлежит к другой нации или к другому государству, лицо, не обладающее данным гражданством¹³⁸. Именно в этом смысле в первой статье Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, термин "иностранец" применяется к "любому лицу, не являющемуся гражданином государства, в котором оно находится"¹³⁹.

125. Таким образом, "иностранец" определяется в рамках противопоставления, основанного на базовом критерии – связи гражданства с территориальным государством. Однако этого критерия недостаточно для определения "от противного" всех лиц, входящих в категорию "иностранец", как это предусмотрено данной темой; тем более что в языке международного права наряду с термином "национал" используются такие синонимы, как "гражданин", "подданный"¹⁴⁰ и "уроженец", которые не обязательно обозначают один и тот же вид правовой связи между индивидуумом и территориальным государством. Поэтому целесообразно рассматривать понятие "иностранец", отталкиваясь от приведенных выше противоположных концепций. Польза подобного подхода состоит в том, что, выявляя среди этих концепций наиболее уместные для определения круга лиц, подпадающих под юрисдикцию государства, можно тем самым определить надлежащий термин, обозначающий отношение принадлежности иностранца к его государству происхождения или привязанности.

126. Речь идет именно о том, чтобы ответить на следующий вопрос: понимается ли "иностранец" исключительно в рамках противопоставления по отношению к лицу, имеющему гражданство территориального государства (или к националу), либо также по отношению к гражданину, подданному или уроженцу государства происхождения или привязанности. Ниже рассматривается каждое из этих понятий.

¹³⁸ *Dictionnaire de droit international public*, (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, 468 et 469.

¹³⁹ Резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года.

¹⁴⁰ Что касается термина "подданный", то Альфонс Ривьер пишет: "Подданные, граждане, националы – все это синонимы, противоположные по смыслу иностранцу" (см. *Principes du droit des gens*, Paris, Arthur Rousseau, t. I, 1896).

1. Национал

127. Употребляемый как существительное французский термин "national" обозначает лицо, обладающее исконным гражданством, причем его гражданство является законной связью между определенным государством и лицом, в данном случае физическим, либо с момента его рождения, либо после рождения, посредством натурализации, брака или вследствие действия закона. В связи с делом *Ноттебома* Международный Суд заявил:

"В соответствии с практикой государства, арбитражными и судебными решениями и мнением ученых гражданство представляет собой связь, в основе которой лежит социальный факт привязанности, подлинная связь существования, интересов и чувств, наряду с наличием взаимных прав и обязанностей. Оно представляет собой... юридическое выражение того обстоятельства, что лицо, которому оно предоставляется либо непосредственно в силу закона, либо в результате акта властей, фактически более тесно связано с населением государства, предоставляющего гражданство, чем с населением любого другого государства. Будучи предоставленным каким-либо государством, гражданство дает право этому государству осуществлять защиту перед другим государством лишь в том случае, если оно представляет собой юридическое оформление связи лица, благодаря которой оно стало его гражданином"¹⁴¹.

128. Иностранец может быть националом государства происхождения или привязанности или, наоборот, ненационалом территориального или исконного государства. Однако этот критерий связи на основе гражданства ограничивает понятие "иностранца", поскольку не все иностранцы обязательно являются националами определенного государства.

129. В любом случае в рамках данной темы следует воздержаться от того, чтобы определять иностранца на основании критерия гражданства. Не только потому, что условия получения гражданства относятся строго к внутреннему праву каждого государства, причем последнее может по своему усмотрению предоставить свое гражданство или отказать в нем, но и потому, что известно, насколько сложно проходит дискуссия по вопросу о гражданстве в рамках международной правовой науки¹⁴². В плане международного права Специальный докладчик Кристофер Джон Дигард в своем первом докладе о дипломатической защите отметил, что, хотя дело *Ноттебома* (*Лихтенштейн против Гватемалы*) рассматривалось как основание для требования об эффективной связи между индивидуумом и государством гражданства, вынесенное по этому делу решение было "атипичным", с одной стороны, поскольку относительно законности предоставления Ноттебому гражданства Лихтенштейна имелись подозрения, а с другой стороны, поскольку Ноттебом имел тесные связи с Гватемалой¹⁴³. Последовавшая за этим дискуссия выявила противоречия научного характера внутри Комиссии международного права даже по критериям предоставления гражданства: право почвы, право крови, приобретение гражданства путем усыновления, узаконения, признания, заключения брака или каким-либо иным способом; "недобровольная натурализация", добровольная натурализация или, если следовать выражению, использованному в деле *Флегенхеймера*, "действительная натурализация"¹⁴⁴ – критерий "доброй воли"? Предпочтительнее избежать такого противоречия, тем более что вне зависимости от мнений ученых и юристов критерии предоставления гражданства государствами всегда определяются их национальными законодательствами.

¹⁴¹ Международный Суд, *Ноттебом* (второй этап), решение от 6 апреля 1955 года, *C.I.J. Recueil 1955*, р. 23.

¹⁴² См., например, прения по данному вопросу в консультативном заключении № 7 Постоянной палаты международного правосудия от 7 июля 1923 года. По поводу положений статьи 93 Мирного договора от 28 июня 1919 года между основными союзными и ассоциированными державами и Польшей Суд объявляет, что "они существенно расширяют концепции меньшинства и населения, говоря, с одной стороны, о *жителях* территорий".

¹⁴³ См. A/CN.4/506 и Согл. 1 пункты 106–109; Ежегодник Комиссии международного права, 2000, том II, вторая часть, пункты 461–462.

¹⁴⁴ См. A/CN.4/506 и Согл. 1 пункты 102–104; Ежегодник Комиссии международного права, 2000, том II, вторая часть, пункты 464–465.

2. Гражданин

130. Под словом "гражданин" в международном праве понимается индивидуум, пользующийся политическими правами, позволяющими ему участвовать в жизни государства¹⁴⁵. Это общее определение не позволяет определить характер связи, выражающейся в привязанности между гражданином и данным государством. Эта связь может определяться гражданством с точки зрения гражданской принадлежности, так как в некотором смысле гражданин – синоним национала или уроженца государства. Это подтверждается юридическим заключением Юрисконсультанта Организации Объединенных Наций, писавшего в 1980 году:

«... "Гражданство" в плане гражданской принадлежности (nationalité) и "гражданство" в плане прав и обязанностей (citoyenneté) в целом относятся к национальному законодательству, за исключением случаев, когда дискреционные полномочия государства ограничиваются международными обязательствами. Оба термина относятся к статусу индивидуума в его отношениях с государством. Иногда они используются как синонимы, но не обязательно обозначают одни и те же отношения с государством»¹⁴⁶.

131. В самом деле, гражданство в плане прав и обязанностей (citoyenneté) по значению не всегда совпадает с гражданством в плане гражданской принадлежности (nationalité), по крайней мере в том, что касается правовой основы того и другого, а также характера их соответствующих связей с государством. Хорошее подтверждение этого наблюдения можно найти в правовой системе Европейского союза, в которой утверждается, что "citoyenneté" касается Европейского союза, а "nationalité" – каждого государства-члена. По этому поводу статья 17 Договора об образовании Европейского сообщества гласит:

"1. Настоящим устанавливается гражданство Союза. Каждый человек, имеющий гражданство государства-члена, является гражданином Союза. Гражданство Союза дополняет, а не заменяет гражданство государств-членов.

2. Граждане Союза пользуются правами и следуют обязанностям, предусмотренным настоящим Договором"¹⁴⁷.

132. Безусловно, четким условием получения европейского гражданства является обладание гражданством государства – члена Европейского союза. Тем не менее пользование националом государства – члена Союза связанными с европейским гражданством правами в другом государстве Союза, гражданства которого это лицо не имеет, зависит не от правовой связи, возникающей вследствие национального гражданства, а от правовой связи вследствие гражданства Союза. Иначе говоря, европеец не может быть иностранцем ни в каком государстве – члене Европейского союза, даже если он имеет гражданство только одного государства – члена Союза. Следовательно, в этом отношении понятие гражданство в плане прав и

¹⁴⁵ Статья 25 Международного пакта о гражданских и политических правах 1996 года (см. резолюцию 2200 A (XXI) Генеральной Ассамблеи, приложение) гласит:

"Каждый гражданин должен иметь без какой бы то ни было дискриминации, упоминаемой в статье 2, и без необоснованных ограничений право и возможность:

- a) принимать участие в ведении государственных дел как непосредственно, так и через посредство свободно выбранных представителей;
- b) голосовать и быть избранным (...);
- c) допускаться в своей стране на общих условиях равенства к государственной службе".

¹⁴⁶ Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций, 1980, стр. 209.

¹⁴⁷ Статья 17 [бывшая статья 8] Договора об учреждении Европейского сообщества. Следует отметить, что в Договоре европейские граждане наделяются многими правами, часть которых обычно связана с гражданством конкретного государства, а именно: свободное передвижение и постоянное проживание на территории государств-членов (статья 18); право избирать и быть избранным в Европейский парламент и в местные органы власти в том государстве, где они постоянно проживают (статья 19); право пользоваться дипломатической защитой со стороны посольства или консульского представительства любого из государств-членов на территории третьих стран (статья 20); право на подачу петиции, право обращаться к посреднику (статья 21).

обязанностей (*citoyenneté*) шире гражданства в плане гражданской принадлежности (*nationalité*) и выводит из категории иностранцев лиц, которые были бы ими на основании лишь критерия последнего вида гражданства.

3. Подданный

133. Под подданным понимается лицо, подданное монарху, князю или принцу, в отношении которого оно проявляет приверженность. В государствах с монархической формой правления подданный это то же, что гражданин – в республике. Можно, например, говорить о гражданах Французской Республики, Соединенных Штатов Америки или Республики Камерун и об испанских, бельгийских подданных или подданных Ее Величества Королевы Великобритании. Именно в этом смысле Конвенция от 1 марта 1839 года между Бельгией и Испанией по урегулированию возможности приобретения и наследования имущества между подданными двух государств гласила, что "при вывозе бельгийскими подданными в государство Его Величества Короля Бельгии накопленного каким бы то ни было образом имущества оно не облагается никаким налогом..."¹⁴⁸

134. В колониальную эпоху термин "подданные" обозначал коренных жителей колонии в противопоставление гражданам, приехавшим из метрополии¹⁴⁹. В ноте Юридической службы Министерства иностранных дел Франции от 12 января 1935 года уточнялось: «Термин "уроженец" во Франции обычно применяется в отношении французов из метрополии, подданных колоний и выходцев из стран, находящихся под протекторатом... Что касается подданных, то никаких сомнений не возникает; что же касается жителей протекторатов, как иногда называют "уроженцев", дела обстоят менее очевидно..."¹⁵⁰

135. В "Словаре международного публичного права" добавляется, что термин "подданный" также является "синонимом национала или гражданина"¹⁴⁹. Однако из вышесказанного следует, что термин "уроженец" может применяться сразу к трем категориям лиц.

4. Уроженец

136. В своем обычном употреблении термин "уроженец" является синонимом "национала". Однако синонимия между двумя терминами также вытекает из некоторых международно-правовых документов¹⁵¹, а также из международной судебной практики.

137. В вопросе, поставленном Советом Лиги Наций перед Постоянной палатой международного правосудия в консультативном заключении № 7, Совет, видимо, придает слову "уроженец" значение "лица, имеющего определенное гражданство". Во введении к вопросу Совет подчеркивает: "Польское правительство приняло решение считать определенных лиц, бывших уроженцев Германии, лицами, не получившими польского гражданства и продолжающими иметь гражданство Германии, вследствие чего в Польше к ним применяется режим, который практикуется в отношении лиц непольского гражданства, в частности в отношении лиц, имеющих гражданство Германии"¹⁵².

138. В своем решении, вынесенном по делу *Некоторые германские интересы в польской Верхней Силезии*, Постоянная палата подчеркивает:

¹⁴⁸ См. Article 2, *Consolidated Treaty Series* (C.T.S), vol. 88, p. 329.

¹⁴⁹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1061.

¹⁵⁰ См. А. Kiss, *Répertoire*, t. II, n° 438, p. 236. См. также А. Pillet et J.P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, p. 66, note 2.

¹⁵¹ Например, в соответствии с пунктом 1 статьи 30 Европейской конвенции об основании, подписанной в Париже 13 декабря 1955 года, "по положениям данной Конвенции уроженцами считаются физические лица, имеющие гражданство одной из Договаривающихся сторон".

¹⁵² Постоянная палата международного правосудия, консультативное заключение № 7 от 7 июля 1927 года, серия В, стр. 6 текста на французском языке.

«...По мнению Палаты, понятие "уроженец" включает также такие коммуны, как город Ратибор. Как было показано, в отношении случая с Обществом Кенигзунд-унд-Лаурахютте, термин "уроженец" в Женевской конвенции относится в целом к физическим лицам. Но связь, аналогичная той, которая существует между физическими лицами и государством и именуется гражданством, существует также, правда, в иной форме, и для субъектов публичного права»¹⁵³.

139. Вопрос об *Обращении с польскими националами и прочими лицами польского происхождения или говорящими по-польски на территории Данцига* дает пример ограничительной концепции понятия "националов" (по-английски "nationals"), подразумевающей, что другие лица того же происхождения и говорящие на том же языке не являются автоматически националами и что этот термин не совпадает с термином "уроженцы". Кроме того, в этом деле было также отмечено, что, "если бы не была запрещена дискриминация только из-за факта польского гражданства, происхождения или языка, Данциг мог бы закрыть свою территорию для всех поляков, хотя исключение также применялось к другим иностранцам"¹⁵⁴, что подчеркивало, таким образом, различие между националами государства и выходцами из этого государства.

140. Однако из этого же заключения можно сделать вывод, что термин "уроженец" мог бы распространяться на все три категории лиц, которых касалось это дело. Постоянная палата отмечает, что, когда Конференция посллов приступила к выработке конвенции о статусе Вольного города Данцига, имелось три предварительных проекта, из которых один был представлен городом Данцигом, а два других – Польшей: "В проекте Данцига содержались подробные положения, касающиеся прав уроженцев двух Договаривающихся сторон [...]. Второй польский проект содержал положения, имевшие целью обеспечить обращение с уроженцами Польши как с националами, на основе принципа взаимности". Постоянная палата добавляет к тому же, что "был поднят вопрос обращения с уроженцами Польши как с националами как в проекте города Данцига, так и в польском проекте", но что "вместо предоставления уроженцам Польши в Данциге обращения как с националами", Конференция посллов затронула эту тему в статье 30, в соответствии с которой "польским националам и другим лицам польского происхождения или говорящим по-польски" предоставляется не обращение, как с националами, "а режим защиты меньшинств"¹⁵⁵.

141. В консультативном заключении от 6 апреля 1935 года относительно *Школ для меньшинств в Албании* Постоянная палата международного правосудия подтверждает несколько более всеобъемлющий характер выражения "уроженец" по сравнению с выражением "национал", говоря о том, что для претворения в жизнь идеи, лежащей в основе всех договоров о защите меньшинств, нужно сначала "обеспечить уроженцам"¹⁵⁶ из числа этнических, религиозных или языковых меньшинств во всех отношениях равное положение по сравнению с другими уроженцами государства"¹⁵⁷. Постоянная палата также отметила, что "все уроженцы Албании пользуются равными правами, что зафиксировано в статье 4"¹⁵⁸ Декларации от 20 октября 1921 года, и постановила, что пункт 1 статьи 5 данной Декларации "обеспечивает уроженцам Албании из числа этнических, религиозных или языковых меньшинств право, зафиксированное во второй фразе этого пункта..."¹⁵⁹.

142. В деле *Права уроженцев Соединенных Штатов Америки в Марокко (Франция против Соединенных Штатов)*, как и во всех делах, вынесенных на рассмотрение Международного Суда и его предшественника по вопросам уроженцев одной из сторон, термин "уроженец" переводится на английский язык словом "national". В этом деле Франция просила Суд вынести решение, что "уроженцы США обладают в Марокко только теми привилегиями, которые вытекают из положений статей 20 и 21 договора от 16 сентября

¹⁵³ Там же, решение от 25 мая 1926 года, серия А, № 7, стр. 74 текста на французском языке.

¹⁵⁴ Там же, консультативное заключение от 4 февраля 1932 года, серия А/В, № 42, стр. 41 текста на французском языке.

¹⁵⁵ Там же, стр. 34 текста на французском языке.

¹⁵⁶ На английский язык переводится термином "nationals".

¹⁵⁷ Постоянная палата международного правосудия, консультативное заключение от 6 апреля 1935 года, серия А/В, n° 62, стр. 17 текста на французском языке.

¹⁵⁸ Там же, стр. 19 текста на французском языке.

¹⁵⁹ Там же, стр. 22 текста на французском языке.

1836 года..."¹⁶⁰. Что касается правительства Соединенных Штатов Америки, то оно полагало, что полученная Соединенными Штатами в соответствии с договорами 1787 и 1836 годов судебная компетенция касается всех дел "между американскими гражданами", как гражданских, так и уголовных, и что благодаря действию статьи о нации, пользующейся режимом наибольшего благоприятствования, а также в связи с имеющим место обычаем Соединенные Штаты приобрели в Марокко "судебную компетенцию по всем делам, в которых американский гражданин или лицо под протекторатом США являются ответчиками"¹⁶¹. Верно то, что в статье 21 договора от 1836 года употреблялся термин "гражданин"¹⁶², а не термин "уроженец", но, очевидно, для обозначения того, что означает последний термин. Суд употреблял оба термина как эквивалентные. В констатирующей части решения Суд напомнил, что самые широкие привилегии, которые Марокко предоставило в области консульской юрисдикции, принадлежат "уроженцам Великобритании" на основании генерального договора 1856 года, что юрисдикция по гражданским и уголовным делам была установлена на основании договора 1861 года по всем делам, в которых "уроженцы Испании были ответчиками", и что, следовательно, Соединенные Штаты приобрели консульскую юрисдикцию по уголовным и гражданским делам, на основании положения о нации с режимом наибольшего благоприятствования "во всех делах, в которых уроженцы из Соединенных Штатов были ответчиками"¹⁶³. В одном из пунктов решения Суд единогласно постановил, что Соединенные Штаты не имеют оснований претендовать на то, чтобы "для применения к гражданам Соединенных Штатов законов и нормативных актов во французской зоне Марокко требовалось согласие правительства Соединенных Штатов, но что консульские трибуналы Соединенных Штатов могут отказаться применять к гражданам Соединенных Штатов правила и нормативные акты, на которые правительство Соединенных Штатов не дало своего согласия"¹⁶⁴. На первый взгляд термины "националы", "граждане" и "уроженцы" кажутся равнозначными. Однако не свидетельствует ли ссылка, сделанная в этом случае Соединенными Штатами Америки в их заключении "на все дела, в которых ответчиком является гражданин Соединенных Штатов или лицо под их покровительством" о том, что понятие "уроженец" имеет в международном праве более широкое содержание, чем понятия "национал" и "гражданин"?

143. Поскольку связь на основе гражданства является базовой для действий государства в целях обеспечения дипломатической защиты, термин "уроженец", употребляемый в различных делах о дипломатической защите, вынесенных перед Судом, синонимичен "националу" или "лицу, имеющему то или иное гражданство".

144. В деле *Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов Америки в Тегеране (Соединенные Штаты Америки против Ирана)*¹⁶⁵ стороны и сам Суд без каких-либо различий использовали термины "уроженец" и "гражданин" в качестве синонимов. В ограничительном смысле они означают то же самое, что и "национал" или "лицо, имеющее американское гражданство". Таким образом, в своих заключениях по этому делу правительство Соединенных Штатов утверждало, что оно предприняло свою операцию в Иране, чтобы "спасти уроженцев Соединенных Штатов Америки", ставших жертвами нападения иранской армии на их посольство¹⁶⁶, и требовало "немедленного освобождения всех уроженцев Соединенных Штатов", удерживаемых в здании посольства¹⁶⁷, возмещения Соединенным Штатам ущерба "в соответствии с их внутренним правом и во исполнение их права на дипломатическую защиту в отношении уроженцев

¹⁶⁰ Cour internationale de Justice, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 179. В тексте на английском языке: "The privileges of the nationals of the United States of America in Morocco are only those which result from the text of Articles 20 and 21 of the Treaty of September 16th, 1836 (...)".

¹⁶¹ *C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 27 avril 1952, p. 186.

¹⁶² Эта статья гласила: "Если гражданин Соединенных Штатов убивает или ранит мавританца или если, наоборот, мавританец убивает или ранит гражданина Соединенных Штатов, будет применяться законодательство страны на равной основе и в присутствии консула...", *C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 27 avril 1952, p. 189.

¹⁶³ *C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 27 avril 1952, p. 190.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 213.

¹⁶⁵ Cour internationale de Justice, arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 4.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 18, par. 32.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 6, par. 7.

Соединенных Штатов"¹⁶⁸. Напоминая в своем решении о конкретных фактах, Суд отметил, что после захвата посольства иранскими боевиками "члены персонала, а также другой уроженец Соединенных Штатов, захваченный в другом месте в Тегеране" были впоследствии доставлены в посольство и удерживались там в качестве заложников¹⁶⁹. Несколькими параграфами ниже Суд упоминает также "об общем числе захваченных американских граждан"¹⁷⁰, а также о "двух других уроженцах Соединенных Штатов, не имеющих ни дипломатического, ни консульского статуса"¹⁷¹; об аннулировании виз, выданных "иранским гражданам для последующего въезда в Соединенные Штаты", и о запрещении правительством Соединенных Штатов, чтобы "уроженцы" Соединенных Штатов направлялись в Иран¹⁷². В констатирующей части своего решения Суд отмечает среди прочего: "Объяснима, безусловно, озабоченность, которую испытывало правительство Соединенных Штатов по поводу судьбы своих уроженцев, удерживаемых вот уже пять месяцев в качестве заложников в посольстве"¹⁷³. А в пункте 3 постановляющей части Суд решает, что Иран должен немедленно прекратить незаконное удержание членов дипломатического персонала "и других уроженцев Соединенных Штатов, удерживаемых в качестве заложников"¹⁷⁴.

145. В своих заключениях по делу *Лагранд (Германия против Соединенных Штатов Америки)*¹⁷⁵, также используя термин "уроженец" в значении "национала", Германия сочла, что, не проинформировав своевременно Карла и Вальтера Лаграндов после их ареста об их правах в соответствии с Венской конвенцией о консульских сношениях, Соединенные Штаты нарушили свои правовые обязательства как в том, что касается собственных прав Германии, так "и право последней обеспечивать дипломатическую защиту своим уроженцам"; что исходя из соответствующих международных правовых обязательств Соединенные Штаты должны будут гарантировать Германии, что, в частности, "во всех будущих случаях задержания уроженцев Германии или уголовного преследования таких уроженцев" право и практика Соединенных Штатов не будут являться препятствием для применения международного права¹⁷⁶. Напоминая об имеющихся отношении к делу фактах, Суд констатировал, что "Вальтер Лагранд и Карл Лагранд родились в Германии соответственно в 1962 и 1963 годах и являются уроженцами Германии"¹⁷⁷. Суд не принял возражений Соединенных Штатов относительно того, обладала ли Германия "качеством, чтобы защищать [эти] права от имени своих уроженцев"¹⁷⁸. Синонимия между терминами "уроженец" и "лицо, имеющее гражданство" в языке Суда просматривается очень четко, когда Суд "заключает, что пункт 1 статьи 36 создает индивидуальные права, на которые на основании первой статьи факультативного протокола может сослаться перед Судом государство, гражданство которого имеет задержанное лицо"¹⁷⁹. А в пункте 7 постановляющей части своего решения он утверждает, что, "если уроженцы Германии должны тем не менее быть приговорены к строгому наказанию" без соблюдения прав, имеющихся у них по Венской конвенции, Соединенные Штаты должны позволить, используя по своему выбору имеющиеся у них средства, повторное рассмотрение и пересмотр приговора¹⁸⁰.

146. В деле *Авена и другие уроженцы Мексики (Мексика против Соединенных Штатов Америки)* в своих заключительных замечаниях Мексика попросила Суд высказаться и постановить, что Соединенные Штаты "нарушили свои международные правовые обязательства в отношении Мексики, действовавшей от своего

¹⁶⁸ Ibid., p. 6 et 7.

¹⁶⁹ Ibid., p. 12, par. 17.

¹⁷⁰ Ibid., p. 13, par. 21.

¹⁷¹ Ibid., p. 13, par. 22.

¹⁷² Ibid., p. 17, par. 31.

¹⁷³ Ibid., p. 43, par. 93.

¹⁷⁴ Ibid., p. 44, par. 95.

¹⁷⁵ См. arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*; см. также дело *Bréard (mesures conservatoires)* C.I.J., ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Recueil 1998*.

¹⁷⁶ См. arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, par. 11 et 12.

¹⁷⁷ Ibid., par. 13 et 16.

¹⁷⁸ Ibid., par. 42.

¹⁷⁹ Ibid., par. 77.

¹⁸⁰ Ibid., par. 128.

имени и осуществлявшей свое право на дипломатическую защиту своих уроженцев"¹⁸¹. Кроме того, Мексика представила свои собственные просьбы, аргументируя их ущербом, который, по ее заявлению, она "понесла сама напрямую и через своих уроженцев"¹⁸². Идентичность терминов "уроженец" и "национал" или "обладатель гражданства государства", отмеченное в деле *Лагранд*, в данном случае многократно подтверждается. Действительно, напомнив о цитированном ранее пункте 77 решения, вынесенного по делу *Лагранд*¹⁸², Суд рассматривает "вопрос о двойном гражданстве, которое могли иметь некоторые уроженцы Мексики, являющиеся объектом просьб Мексики"¹⁸³. Соединенные Штаты возразили против этой просьбы, придерживаясь "общепринятого принципа, что, когда арестованное или задержанное лицо в государстве проживания является уроженцем этого государства, статья 36 не применима, даже если это лицо и является также уроженцем другого государства – стороны Венской конвенции... Мексика указала, что для целей настоящего дела она не оспаривает, что имеющие двойное гражданство уроженцы не могут претендовать на право быть информированными на основании статьи 36"¹⁸³. Суд счел, что Мексика, помимо того, что она добивается "осуществления дипломатической защиты в отношении своих уроженцев", представляет просьбу от своего имени; что она может заявить о нарушении статьи 36 Венской конвенции по отношению "к любому из своих уроженцев", а Соединенные Штаты должны "наглядно объяснить, что, поскольку заинтересованное лицо является также уроженцем Соединенных Штатов", к нему не может применяться статья 36"¹⁸⁴. Еще более примечательным является то, что, как отмечает Суд, Мексика утверждает об оправданности своего обязательства доказать, что 52 лица, о которых идет речь, "являются уроженцами Мексики" путем "представления в Суд свидетельств об их рождении, а также заявлений 42 из них о том, что они не приобрели американского гражданства"¹⁸⁵. Если в данном случае бремя доказывания должно было быть общим, это, по мнению Соединенных Штатов, объяснялось тем, что "лица, имеющие гражданство Мексики, могли также законным образом приобрести американское гражданство, в частности, в силу времени и места своего рождения, места жительства или матримониального положения их родителей на момент их рождения"¹⁸⁶. По этой причине Суд счел, что Мексике надлежит доказать, что "52 выявленных лица... на момент своего ареста имели гражданство Мексики"; он констатировал, что Мексика "предъявила с этой целью свидетельства о рождении и заявления о гражданстве, содержание которых Соединенными Штатами не оспаривалось"¹⁸⁷. Хорошо видно, что обе стороны и Суд употребляют понятия "уроженец", "национал" и даже "гражданин" без каких-либо различий. Разве Соединенные Штаты не заявили в рамках того же дела, что "миллионы иностранцев, законно или незаконно, проживают на их территории и что к тому же американское законодательство в области гражданства очень великодушно"¹⁸⁸? Суд отметил, что ни язык, ни внешность не указывают на то, что речь идет об иностранце; что большое число живущих в Соединенных Штатах иностранцев как раз говорит о "желательности систематически справляться о гражданстве заинтересованного лица при его задержании"¹⁸⁸. Суд констатировал, что ему не было представлено ни одного доказательства того, что в деле одного из заинтересованных лиц (г-н Сальсидо, дело № 22) имелись в то же время "такие косвенные доказательства мексиканского гражданства", которые послужили бы основанием для проведения безотлагательных изысканий со стороны властей"¹⁸⁹. В пунктах 6, 7, 9 и 11 своей постановляющей части Суд упоминал именно "уроженцев Мексики"¹⁹⁰.

147. Наряду с ограничительным значением, когда "уроженец" означает то же, что и "имеющий гражданство", в международном праве этот термин также употребляется более широко, в особенности когда к нему добавляется эпитет "неприятельский". Так, "уроженец неприятельского государства" обозначает

¹⁸¹ См. arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 40.

¹⁸² Ibid. Термин используется подобным образом во многих других пунктах решения, помимо тех, которые цитируются ниже, см. также пункты 69 и 102.

¹⁸³ См. arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 41.

¹⁸⁴ Ibid., par. 42.

¹⁸⁵ Ibid., par. 55.

¹⁸⁶ Ibid., par. 56.

¹⁸⁷ Ibid., par. 57.

¹⁸⁸ Ibid., par. 64.

¹⁸⁹ Ibid., par. 66.

¹⁹⁰ Ibid., par. 153.

"физическое или юридическое лицо, принадлежащее, по оценке противоборствующей стороны, к неприятельскому государству, в соответствии с критериями принадлежности, которые могут различаться в том или ином внутреннем праве"¹⁹¹: привязанность лица к такой державе или, точнее, как указал Суд, следуя в этом Лихтенштейну в его заявлении по делу *Ноттебома*, "гражданство, место жительства, личные или коммерческие связи в качестве доказательства верности или причины внесения в "черный список"¹⁹². Можно констатировать, что круг таких лиц весьма широк, поскольку достаточно того, чтобы соответствующие лица подтвердили привязанность к данной неприятельской державе, "даже не добиваясь ее гражданства"¹⁹³, чтобы они рассматривались как "уроженцы" этой державы.

148. В рамках данной темы Специальный докладчик не рассматривает понятие "уроженец" в таком широком смысле. Существует допущение, которое можно квалифицировать как промежуточное, между сужением этого термина до понятия гражданства и расширением его значения, распространяя на всех тех, кого воюющее государство может решить определять как уроженцев неприятельского государства по причине вменяемой им в вину привязанности к этому государству. Безусловно, государства посредством соглашения могут решить придать этому термину тот смысл, который они пожелают. Однако в данном докладе Специальный докладчик вкладывает в этот термин одновременно широкий и точный смысл: помимо националов он распространяется на лиц, подпадающих под юрисдикцию данного государства в силу особой правовой связи, такой как статус беженца или получателя убежища, или правовых отношений, возникших из ситуации безгражданства, или же в рамках подчинительной связи, такой как мандат или протекторат. Так, например, в ноте Юридической службы Министерства иностранных дел Франции от 12 января 1935 года «термин "уроженец" во Франции обычно, помимо французов метрополии, распространяется на подданных колониальных территорий и выходцев из стран, находящихся под протекторатом... В отношении подданных все ясно; для лиц, находящихся под покровительством, иногда называемых наряду с уроженцами, дело обстоит менее очевидно, и предлагается следующая формулировка: "Все уроженцы Франции, включая лиц, находящихся под покровительством Франции"»¹⁹⁴.

149. Точный смысл, в котором это выражение будет использовано в рамках данной темы, передается, однако, в приговоре, вынесенном 30 декабря 1927 года Смешанным франко-германским арбитражным трибуналом по делу *Фалла-Натаф и братья против Германского государства*:

"С учетом того, что ответчик заявил, что истец, который имеет тунисское гражданство, а значит, находится под покровительством Франции, не может рассматриваться как уроженец союзной или ассоциированной державы..."

С учетом того, что термин *уроженцы*, фигурирующий в статье 297 Версальского договора, включает не только *националов* государства, но также всех тех, кто, посредством любой правовой связи помимо гражданства, относится к государству"¹⁹⁵.

150. Таким образом, под "уроженцем" мы будем понимать любое лицо, которое посредством какой-либо правовой связи, включая гражданство, относится к данному государству.

¹⁹¹ *Dictionnaire de droit international public*, (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1001.

¹⁹² Cour internationale de Justice, *Nottebohm* (1955) (*Liechtenstein c. Guatemala*), *Réplique du Gouvernement du Liechtenstein*, vol. I, p. 410 et 411.

¹⁹³ Нота Юридической службы Министерства иностранных дел Франции, 18 февраля 1937 года; см. Alexandre Kiss, *Répertoire*, t. VI, n° 883, p. 441.

¹⁹⁴ См. Alexandre Charles Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. II, n° 438, p. 236.

¹⁹⁵ См. *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix*, Recueil Sirey, Paris, 1928, t. VII, p. 653.

151. В связи с предшествующими соображениями уместно предложить, чтобы выражение "иностранец" обозначало в рамках данной темы "уроженца" государства иного, нежели принимающее государство или территориальное государство или, наоборот, "неуроженца" последнего¹⁹⁶.

152. Безусловно, столь широкая концепция понятия "уроженец" связана с риском того, что отдельные лица будут путем узурпирования или использования возможности претендовать на качество уроженца государства, не имея ни его гражданства, ни серьезной связи с ним, только потому, что они по различным причинам предпочитают быть высланными в это государство. Отрицать, что подобный риск существует, нельзя, и зачастую приходится констатировать подобные ситуации на практике. Но дело каждого государства – защищать свое гражданство как в плане гражданской принадлежности, так и в плане прав и обязанностей гражданина, а также прочие правовые связи, вследствие которых возникает привязанность к данному государству его уроженцев, обеспечивая безопасность приобретения или выдачи его службами официальных документов, подтверждающих статус лиц, в частности документов о гражданском состоянии, национального удостоверения личности, паспорта. Проверять подлинность этих документов – обязанность не высылающего государства, а, очевидно, государства, в которое хочет выехать высылаемое лицо.

В. Высылка

153. Слово "высылка" обычно употребляется в широком и не совсем точном смысле для обозначения комплекса мер или фактов, имеющих целью или следствием заставить индивидуума покинуть территорию государства. Таким образом, высылка рассматривается по отношению к данному территориальному пространству или в более широком смысле по отношению к территории и всем другим местам, где высылающее государство осуществляет свои суверенные полномочия. Точный смысл данного слова будет ясен, с одной стороны, благодаря его разграничению со смежными понятиями, а с другой стороны, после конкретного описания акта пересечения территориальной границы высылающего государства в процессе высылки.

1. Высылка и смежные понятия

154. С выражением "высылка" соседствуют ряд имеющих с ним общие моменты смежных понятий, и некоторые из них могут быть интегрированы в процедуру высылки в том виде, в каком она рассматривается в рамках данной темы. В то же время часть таких понятий остается совершенно отдельными концепциями. Это, например, депортация, экстрадиция, удаление, препровождение до границы, принудительное возвращение, а также недопуск (отказ в разрешении на выезд) и передача.

а) Депортация

155. Термин "депортация" имеет особое историческое значение, поскольку он тесно связан с некоторыми драматическими событиями Второй мировой войны. В этом контексте и более широким образом в контексте военного права он понимается как принудительное перемещение или перевод отдельных лиц или групп гражданского населения, являющихся лицами, которые находятся под защитой Женевских конвенций 1949 года, с оккупированных территорий. В этом плане в статье 6 Статута Нюрнбергского трибунала, содержащегося в Лондонском соглашении о привлечении к ответственности и наказании главных военных преступников стран "оси" в Европе от 8 августа 1945 года упоминается, среди действий, подпадающих под юрисдикцию Трибунала и влекущих за собой индивидуальную ответственность их авторов, "депортацию мирного населения на оккупированных территориях для принудительных работ или с любой другой целью"¹⁹⁷.

¹⁹⁶ По этому понятию "неуроженца" Рабочая группа Третьего комитета Генеральной Ассамблеи представила скорее путаные объяснения в документе от 24 октября 1980 года, Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций, 1980 года, стр. 209 текста на английском языке.

¹⁹⁷ См. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 289.

156. Принцип заключается в запрещении "по каким бы то ни было мотивам угон, а также депортирование покровительствуемых лиц с оккупированной территории на территорию оккупирующей державы или на территорию любого другого государства, независимо от того, оккупированы они или нет"¹⁹⁸. Понятно, что Совет Безопасности заявил в 1992 году о своей "серьезной озабоченности" в связи с сообщениями в том числе о "массовом изгнании и депортации гражданских лиц" на территории бывшей Югославии, и в особенности в Боснии и Герцеговине¹⁹⁹.

157. Вне этого исторического контекста и вне контекста военного права термин "депортация" не используется в международном праве единообразно. Представляется, что в англо-американской практике выражения "депортация" и "высылка" рассматриваются как взаимозаменяемые, несмотря на существование различия технического характера между этими двумя процедурами²⁰⁰. В самом деле, в международном праве проводится различие между депортацией, означающей полномочие государства принудительно отправить иностранца в любую страну, избранную депортирующим государством, в то время как высылка означает, что иностранец может быть удален с территории высылающего государства, определяющего направление по согласованию с высылаемым, и любом случае в государство, уроженцем которого он является.

158. Было предложено, чтобы термин "депортация" использовался для указания на принудительные меры, которые могут применяться компетентным государственным органом для осуществления решения о высылке иностранцев²⁰¹. В этом плане за основу был взят подход авторов – представителей англо-саксонской правовой культуры, которые, как было указано выше, единообразно используют слова "высылка" и "депортация" для обозначения одного и того же понятия²⁰². Возможно, что в английском языке здесь особой семантической проблемы не возникает. Но поскольку речь идет о слове с многочисленными коннотациями по причине вышеупомянутого исторического наследия, не во всех языках оно принимается или понимается одинаково. В частности, во французском языке непросто будет передать мысль, что депортация может быть простой мерой сопровождения или конкретного исполнения процедуры высылки. Вот почему Специальный докладчик предлагает, чтобы выражение "депортация" понималось, по крайней мере в том, что касается французского языка, в том смысле, который оно имеет в военном праве, о чем упоминалось выше, и чтобы его использование ограничивалось этим контекстом.

¹⁹⁸ Тем не менее допускается, что "оккупирующая держава сможет произвести полную или частичную эвакуацию какого-либо определенного оккупированного региона, если этого требуют безопасность населения или особо веские соображения военного характера. При таких эвакуациях покровительствуемые лица могут быть перемещены только в глубь оккупированной территории, за исключением случаев, когда это практически невозможно. Эвакуированное в таком порядке население будет возвращено обратно в свои дома немедленно после того, как боевые операции в этом районе будут закончены..." (статья 49 четвертой Женевской конвенции 1949 года; см. также статьи 70 и 147 этой же Конвенции).

¹⁹⁹ Резолюция 771 (1992) Совета Безопасности от 13 августа 1992 года.

²⁰⁰ См. Sohn et Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, par. 12.03, p. 90. Le *Black's Law Dictionary* (Bryan Gardner Ed. in Chief, Thomson West, 8th ed. 2004, p. 471) слово "депортация" определяется как "действие или момент перемещения лица в другую страну; особенно высылка или перемещение иностранца из страны"; см. также *A Dictionary of Modern Legal usage*, 2nd ed., Oxford University Press, 1995. Это разнообразие в использовании термина "депортация" также отмечается в национальных законодательствах, применяющих его в смысле, не отличающемся от высылки: см., например, законодательства Нигерии, Республики Корея, Испании, документ A/CN.4/565, пункт 183, сноска 371.

²⁰¹ A/CN.4/565, пункт 184.

²⁰² Так, например, Роман Ревальд говорит о "высылке иностранцев (которая включает депортацию и экстрадицию)" (см. "Judicial Control of Administrative Discretion in the Expulsion and Extradition of Aliens", *34 American Journal of Comparative Law Supp.* 451 (1986); "Руководящее правило 12", опубликованное в *23 Stud. Transnat'l Legal Rol'y* 89 (1992), озаглавлено "Высылка или депортация"; в "Notes" du *Minnesota Law Review*, *37 Min. L. Rev.*, 440 (1952-1953) можно прочесть: "Недавние решения Верховного суда помогли выявить постоянно конкурирующие виды политики, лежащие в основе вопроса о конституционных ограничениях на осуществление полномочий по высылке и выдворению. Число депортаций растет, и Генеральный прокурор заявил, что он запретит повторный въезд в страну обосновавшемуся в ней долговременному резиденту".

b) Экстрадиция

159. Экстрадиция – это институт судебной взаимопомощи между государствами. Это правовой механизм, путем которого государство А, именуемое запрашиваемым государством, добровольно выдает лицо – в данном случае находящееся на его территории лицо, которое должно предстать перед судом, государству В, именуемому запрашивающим государством, по просьбе последнего²⁰³ – требующего это для привлечения данного лица к уголовной ответственности или исполнения вынесенного в отношении него приговора суда²⁰⁴.

160. В отличие от высылки экстрадиция не является, следовательно, односторонним решением государства. Она является ответом запрашиваемого государства на запрос запрашивающего государства. Правовая основа экстрадиции не является в полной мере элементом внутреннего права экстрадирующего государства, как в случае с высылкой, основанной на внутреннем праве высылающего государства; в целом процедура экстрадиции основывается на сочетании национальных законодательств государств, вовлеченных в процедуру экстрадиции, и на положениях двусторонних или многосторонних международно-правовых документов; данный механизм поддерживается принципом взаимности. Статья I Европейской конвенции об экстрадиции от 13 декабря 1957 года гласит в связи с этим, что договаривающиеся стороны "обязуются выдавать друг другу при условии соблюдения положений и условий, изложенных ниже в следующих статьях, всех лиц, в отношении которых компетентные органы запрашивающей Стороны ведут уголовное преследование в связи с каким-либо правонарушением или которые разыскиваются указанными органами для приведения в исполнение приговора или постановления о задержании".

161. Когда обязательство об экстрадиции не носит договорного или обычного характера, – как на это претендовала, например, Перу в деле *Айя де ла Торре*, – решение об осуществлении или о неосуществлении экстрадиции относится к суверенным полномочиям запрашиваемого государства. Однако экстрадиция всегда производится в ответ на запрос запрашивающего государства; государство не может экстрадировать какое-либо лицо по собственной инициативе. Напротив, оно может отказаться положительно отреагировать на такой запрос, в особенности когда он касается его националов. В заявлении, приложенном к постановлению, содержащему временные меры, вынесенному Международным Судом 14 апреля 1992 года по делу *Локерби*, четверо членов Суда выразились следующим образом:

"1. До какого-либо вмешательства в это дело Совета Безопасности правовая ситуация была, по нашему мнению, ясной. Соединенные Штаты и Соединенное Королевство имели право требовать от Ливии экстрадиции двух уроженцев Ливии, обвиненных американскими и британскими компетентными органами в участии в уничтожении самолета, который разбился во время инцидента в Локерби. С этой целью они могли совершить любые действия, соответствующие международному праву. Ливия, со своей стороны, имела право отказать в подобной экстрадиции и напомнить с этой целью, что ее внутренним правом, как, впрочем, и правом многих стран, запрещается экстрадиция своих граждан.

²⁰³ Г-н Браунли пишет: "Когда это сотрудничество основывается на процедуре запроса и согласия, регулируемой некоторыми общими принципами, форма международного судебного сотрудничества именуется экстрадицией". Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, p. 318.

²⁰⁴ См. Jennings and Watts (éd.), *Oppenheim's International Law, Volume I – Peace*, 9th ed. 1996, par. 415. Г-н Гаджа полагает, что экстрадицию можно рассматривать как подкатегорию высылки, к которой применяются особые правила, но сам он признает, что в силу специфичности ее режима она обычно рассматривается как отдельная юридическая мера и в качестве таковой исключается из сферы рассмотрения вопроса высылки: G. Gaja, "Expulsion of Aliens : Some Old and New Issues in International Law".

2. С точки зрения общего международного права экстрадиция действительно является суверенным решением запрашиваемого государства, которое никогда не обязано осуществлять ее²⁰⁵.

с) Удаление

162. Удаление – это обобщающий термин, охватывающий различные формы или процедуры выдворения иностранца из данной страны. Речь, собственно говоря, не идет о юридическом термине, хотя он нередко употребляется в юридической литературе на французском языке, связанной с высылкой иностранцев²⁰⁶. Выражение "удаление" также понимается как имеющее целью "высылку" и то, что во французском праве именуется "препровождением до границы"²⁰⁷.

163. Однако помимо этого различия, основанного преимущественно на правилах процедуры, применимых к той и к другой мере, можно констатировать следующее: "Каким бы ни был мотив, выдворение иностранцев относится... к единому правовому режиму – режиму высылки"²⁰⁸.

164. Поэтому следует придерживаться предложения, сделанного Специальным докладчиком в предварительном докладе, и сохранить термин "высылка", но в широком понимании, также охватывающем термин "удаление", который был одобрен Комиссией международного права²⁰⁹.

д) Препровождение до границы

165. Во французском праве, где это выражение употребляется в законодательстве, касающемся въезда и пребывания иностранцев, проводится различие между высылкой и препровождением до границы. Термин "высылка" применяется в отношении удаления иностранца, законно или незаконно пребывающего в государстве, присутствие которого на французской территории представляет серьезную угрозу публичному порядку²¹⁰, а выражение "препровождение до границы" – в отношении мер по удалению иностранцев, которые находятся на территории незаконно с точки зрения законодательства, применяемого полицией к иностранцам²¹¹. Как и высылка в ограничительном значении французского законодательства, так и препровождение до границы является результатом решения, с той лишь разницей, что оно исходит от

²⁰⁵ Международный Суд, Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года в связи с воздушным инцидентом в Локерби (*Ливийская Арабская Джамахирия против Соединенного Королевства*), временные меры, постановление от 14 апреля 1992 года, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 24.

²⁰⁶ См., например, Rudolph d'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, Presees universitaires de France (PUF) (Que-sais-je?), 1997. Он, в частности, говорит о существующем во Франции с 1981 года консенсусе по конкретной процедуре, позволяющей "удаление с французской территории иностранцев, въехавших на нее и пребывавших на ней на незаконных условиях" (стр. 3), о препровождении на границу как о "виде удаления", имеющем лишь временное последствие (стр. 4), о "реальном удалении подпольного иностранца" (там же) или также об "иностранцах в момент удаления" (стр. 5); см. также Cathérine Teitgen-Colly et François Julien-Lafferrière, "Chronique de législation : Etrangers", *L'actualité juridique droit administratif* (AJDA), 20 novembre 1998, p. 927 à 929; Danièle Lochak, "L'entrée et le séjour des étrangers en France : une législation sous influence", *AJDA*, 20 octobre 1969, p. 595.

²⁰⁷ D'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, PUF (Que-sais-je?), 1997, p. 3. Он считает "препровождение до границы" "особой мерой удаления", отличающейся от "другой меры удаления – высылки".

²⁰⁸ Ibid., p. 5.

²⁰⁹ См. A/CN.4/554, пункт 13.

²¹⁰ См. статью 23 постановления №45-2658 от 2 ноября 1945 года об условиях въезда и пребывания иностранцев во Франции.

²¹¹ О правовом режиме в связи с этим понятием во Франции см., в частности: Mohamed Ladhari, "La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière", *Les Petites Affiches*, 1990, n° 96, p. 13 à 27; "La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile", *Conclusions sur le Conseil d'Etat, Assemblée*, 13 décembre 1991, 1) *M. Nkodia (Alfonso)*, 2) *Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury, R.F.D.A.*, 8 (1) janv.-févr. 1992, p. 91; Florence Benoît Rohmer, "Reconduite à la frontière : Développements récents", *R.D.P.*, 1994-1, p. 429; D'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, PUF (Que-sais-je?), p. 3.

комиссара Республики, а не от министра внутренних дел. В отличие от высылки *stricto sensu* Комиссия не предусматривает каких-либо льгот для иностранца, препровождаемого до границы, но он может вернуться во Францию, а высланный должен ждать отмены касающегося его решения²¹².

166. Однако это различие не проводится столь четко в той мере, в какой, например, в силу закона № 80-9 от 10 января 1980 года²¹³ препровождение до границы рассматривалось как простое средство выполнения принудительной процедуры высылки; статья 6 этого закона гласила, что "высланный иностранец может быть препровожден до границы". В то же время в обоих случаях речь идет о мерах "удаления" иностранца с территории, все прочее является процедурным вопросом и юридическим следствием, сопровождающими ту и другую меры. Следовательно, по крайней мере для целей данной темы, не следует противопоставлять высылку и препровождение до границы, а рассматривать последнее как часть мер по высылке в широком смысле.

е) Принудительное возвращение

167. На первый взгляд может показаться, что термин "принудительное возвращение" относится к удалению с территории государства недавних подпольных иммигрантов, тогда как о высылке говорится применительно к иностранцам, находящимся в стране на законных основаниях, просителям убежища или статуса беженца и в определенном случае к лицам, давно проживающим незаконно на территории высылающего государства. Можно посчитать, что принудительное возвращение применяется ко всем незаконным иностранцам, а высылка касается всех иностранцев, законно пребывающих на территории государства. Подобный подход мог бы даже найти определенное обоснование в ноте Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев от 9 августа 1984 года, согласно которой "соблюдение принципа запрещения принудительного возвращения тесно связано с определением статуса беженца"²¹⁴. Из этого можно было бы понять, что может иметь место принудительное возвращение лица, которому было отказано в статусе беженца, и, наоборот, запрещение принудительного возвращения. В озаглавленной "Запрещение высылки беженцев или их принудительного возвращения (в страны, из которых они прибыли)" статье 33 Конвенции о статусе беженцев от 1951 года проводится четкое разграничение между этими двумя терминами; но ни содержание данной статьи, ни статья 1, посвященная определению термина "беженец", не позволяют определить разницу между этими двумя выражениями²¹⁵.

168. Также было проведено разграничение между высылкой как мерой защиты общественного порядка, к которой прибегают лишь в случае присутствия на территории иностранца, представляющего серьезную угрозу общественному порядку, и принудительным возвращением как мерой по удалению незаконного иностранца: "Запрещение высылки иностранца лишь вследствие того, что он нарушил правила пребывания, не означает, что последний застрахован от меры по его удалению с территории. Теперь, как и до 1980 года, высылка заменяет собой принудительное возвращение..."²¹⁶. Комментируя изменения, вынесенные в

²¹² N. Guimezanes, "La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", *La Semaine juridique* (Doctrine) 1987, 3270.

²¹³ См. *Journal Officiel de la République française*, 11 janvier 1980, p. 71 ; Dominique Turpin, "La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980", *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 41 ; J. Y. Vincent, "Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France", *Revue de droit administratif*, 1980, p. 363.

²¹⁴ См. ноту о международной защите, представленную 9 августа 1984 года Верховным комиссаром, документ A/AC/96/643, пункт 17.

²¹⁵ См. также Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 1984 года, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n° 24841 (art. 3); Декларацию Организации Объединенных Наций о территориальном убежище от 1967 года (резолюция 2312 (XXII) Генеральной Ассамблеи, пункт 1 статьи 3); Конвенцию ОАЕ, регулирующую специфические аспекты проблемы беженцев в Африке (пункт 3 статьи 2); и Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n° 17955, p. 123 (art. 22, par. 8).

²¹⁶ J.-Y. Vincent, "La réforme de l'expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981", *La Semaine juridique* (Doctrine), 1982, 3054.

постановление от 2 ноября 1945 года законом от 10 января 1980 года, другой автор пишет: "Иностранцы на незаконном положении более не возвращаются принудительно, а высылаются"²¹⁷.

169. Как бы то ни было, единогласия у теоретиков по этому пункту нет, и терминологические разъяснения далеко не удовлетворительны. Так, например, писалось, что французский закон от 9 января 1980 года о предотвращении подпольной иммиграции сокращал обязательства Франции по соответствующим международным конвенциям до "простого запрещения принудительного возвращения или высылки на территорию, где жизнь и безопасность данных лиц окажется под угрозой"²¹⁸. Автор добавляет, что положение кандидатов на предоставление статуса беженца достаточно непрочное и "несколько не препятствует появлению решения о высылке"²¹⁸; что поскольку в большинстве просьб о предоставлении статуса беженца Комиссией по рассмотрению претензий отказывается (после обжалования и отсрочки), после долгого трехлетнего периода (сокращенного в 1985 году до 1 года) становится проблематичным "принудительное возвращение этих лиц", многие из которых попросту исчезают из вида²¹⁹. Относительно кандидатов на подобный статус, ставших объектами судебного разбирательства в известном деле Административного трибунала города По, он писал, что "с теми заинтересованными лицами, которые не были подвергнуты принудительному возвращению или препровождены до границы, вряд ли обращались лучше, чем с многочисленными просителями убежища..."²²⁰.

170. Как видно, между терминами "высылка", "препровождение до границы" и "принудительное возвращение" нет терминологических различий; три термина используются взаимозаменяемым образом, без особой семантической жесткости. Слово "высылка" будет, следовательно, применяться в рамках данной темы как общий термин для обозначения всех ситуаций, к которым относятся эти и многие другие выражения, такие как "отправка иностранцев в страну"²²¹ или "удаление иностранца"²²², причем этот перечень далеко не исчерпывающий.

²¹⁷ Dominique Turpin, "La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980", *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 42.

²¹⁸ Dominique Turpin, "Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés", <http://jurisguide.univ-paris1.fr/Incontournables/Incounftiches/revuefrandroitadministratif.htm> *Revue française de droit administratif*, 2 (2) mars-avr. 1986, p. 140.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 141.

²²⁰ Отметим, что лицо, принудительно возвращенное вследствие отказа во въезде, может подвергнуться риску преследования в своей стране происхождения. Что же делать? Ведь, не имея еще статуса беженца, оно не должно подпадать под положения статьи 33 (1) Конвенции о статусе беженцев. Представляется, что именно эта трактовка повлияла на Верховный суд Соединенных Штатов в деле *Sale v. Haitian Centers Council* (Judgement of 21 June 1993, 3 *ILM* (1993) at 1052 ff.); см., однако, противоположное мнение г-на Гаджи, основывающего свою критику, в частности, на докладе Межамериканской комиссии по правам человека, считающей, что "правительство Соединенных Штатов нарушило свои договорные обязательства в отношении статьи 33" Конвенции о статусе беженцев, поскольку это положение не имеет "географических ограничений" (Gaja, "Expulsion of Aliens: Some old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 1999, p. 291). Безусловно, это толкование ошибочно в плане защиты прав человека. Но рассматривая принудительное возвращение как следствие недопуска и зная, что недопуск касается иностранцев, еще не оказавшихся на территории высылающего государства, иначе говоря, тех, кто еще не пересек границу, как это определяется для целей данной темы, тогда государству, которое отказывается допустить иностранца, нельзя навязать те же обязательства, что имеются у него в случае высылки; следует согласиться, что недопуск отличается от высылки. По крайней мере таково заключение, к которому пришел Специальный докладчик относительно точного содержания каждого из этих понятий.

²²¹ Термин, который можно найти, например, в заключительных замечаниях правительственного комиссара Роми Абрахама (С.Е., Ass. 13 déc. 1991 (2 espèces) 1) *M. Nkodia (Alfonso)*, 2) *Préfet de l'Hérault c. Dakoury, R.F.D.A.*, 8 (1), janv.-févr. 1992, p. 93) наряду с выражением "препровождение до границы" (*ibid.*, p. 90); см. также D'Haëm, *supra* note 221, p. 111.

²²² Выражение, которое часто встречается в научных трудах на английском языке: см., например: "Constitutional Restraints of the Expulsion and Exclusion of Aliens", *Minnesota Law Review* 37 *Min. L. Rev.* 440 (1952-1953); см. также

f) Недопуск

171. Суверенное государство всегда вправе отказать в доступе на свою территорию любому иностранцу²²³. В этом смысле в преамбуле "Международных правил допуска и высылки иностранцев", принятых Институтом международного права 9 сентября 1892 года, провозглашается, что "для каждого государства право допускать или не допускать иностранцев на свою территорию, или допускать их лишь на определенных условиях, либо высылать их с нее является логическим следствием его независимости"²²⁴.

172. Суверенное право государства – препятствовать проникновению на его территорию нежелательных или не выполняющих требуемых законодательством о въезде и пребывании условий иностранцев – относится даже к иностранцам, обратившимся с ходатайством о предоставлении им статуса беженца²²⁵, но еще находящихся в международной зоне или в местах содержания кандидатов на допуск на территорию. Критерий пересечения границы или проникновения на территорию важен для разграничения недопуска и высылки в широком смысле слова, так как, по мнению Специального докладчика, иностранец, преодолевший контрольные иммиграционные барьеры и находящийся на территории "принимающего" государства вне специальных зон содержания кандидатов на допуск, может быть лишь объектом высылки, но не являться более объектом недопуска.

173. Отказ во въезде может состоять в решении, принятом компетентными органами государства, к которому обращена просьба о допуске, или в отказе в визе, являющейся обязательным, но недостаточным условием доступа на территорию большинства государств. В целом дипломатические и консульские органы имеют дискреционные полномочия отказывать в выдаче визы иностранцу, обратившемуся с соответствующей просьбой²²⁶. Решение об отказе во въезде иностранца может быть принято напрямую административными органами²²⁶, то есть при этом они не должны прибегать к судебному решению. Даже при самом широком подходе данный вопрос находится вне сферы высылки. Поэтому для целей данной темы недопуск не войдет в сферу определения высылки.

g) Передача или перемещение, выдача

174. Передача, как и высылка, касается принудительного перемещения соответствующих лиц из государства за пределы его границ. На деле передача отличается от высылки, являющейся суверенным решением высылающего государства, основанным на внутренних юридических процедурах, а также от экстрадиции, которая, как видно из вышеизложенного, является особым институтом, сочетающим положения внутреннего права и нормы международного договорного или обычного права. В техническом плане передача представляет собой предоставление в распоряжение юрисдикции иностранного государства или требующей этого международной юрисдикции лица для целей его личного привода или допроса в качестве

консультативное заключение Постоянной палаты международного правосудия от 4 февраля 1932 года, серия A/B № 44.

²²³ См. Charles de Boeck, "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, vol. 18, 1927-III, p. 456; см. также N. Guimezanes, "La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", *La Semaine juridique*, n° 3, 3270.

²²⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, p. 218. II. Также провозглашается: "...полагая, однако, что гуманизм и справедливость заставляют государства осуществлять это право, лишь соблюдая в мере, соответствующей их собственной безопасности, права и свободы иностранцев, которые хотят проникнуть на их территорию или уже находятся на ней".

²²⁵ Dominique Turpin, "La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la conduite des étrangers par la loi du 10 janvier 1980", *Revue critique*, p. 141.

²²⁶ См., например, Florence Chaltiel, "Le juge administratif, juge de l'immigration", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1-200, p. 168; Danièle Lochak, "L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence", *L'actualité juridique droit administrative*, p. 592; см. во Франции решение, вынесенное в этом отношении Государственным советом в 1986 году (С.Е., 28 février 1986, *Ngako Jeuga, Rec.*, p. 49, obs. B. Pacteau, *Dalloz*, 1986). См. Conseil constitutionnel français, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, para. 5, note Bruno Genevois, *Revue française de droit administratif*, 9(5) sept.-oct. 1993, p. 888.

свидетеля или для оказания им содействия следствию. В принципе подобная процедура основывается на международной конвенции, устанавливающей обязательство передачи для всех государств-участников. В этом смысле в Типовом договоре о взаимной помощи в области уголовного правосудия, принятом Генеральной Ассамблеей в 1990 году, предусматривается, что лицо, содержащееся под стражей, передается запрашивающему государству, если на это соглашается данное лицо, запрашиваемое государство и когда это позволяет законодательство последнего²²⁷.

175. Практика передачи получила развитие в последние годы и используется преимущественно институтом международного уголовного правосудия. В соответствии с международно-правовыми документами, относящимися к этим уголовным юрисдикциям, передача осуществляется государством в Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии в период с 1991 года, или в Международный трибунал по Руанде с целью судебного преследования лиц, ответственных за акты геноцида и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и руандийских граждан, ответственных за такие действия и нарушения, совершенные на территории соседних государств в период с 1 января по 31 декабря 1994 года, или в Международный уголовный суд²²⁸. Процедурно-доказательным регламентом Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии²²⁹ предусматривается, что Трибунал может прибегнуть к передаче подозреваемого (статья 40bis) или свидетеля (статья 90bis)²³⁰. В Статуте Международного уголовного суда для определения факта передачи государством лица Суду используется термин "передача"²³¹. Следует отметить, что в проекте Статута Международного уголовного суда, принятого в 1994 году Комиссией международного права, термин "передача обвиняемого Суду" используется для охвата всех случаев, когда обвиняемый предоставляется в распоряжение Суда в целях вынесения приговора²³².

176. В практике передачи можно отметить некоторые отклонения от нормы. Известны факты "внесудебных перемещений" лиц, арестованных в иностранном государстве, а затем препровожденных в Соединенные Штаты для дачи показаний в связи с уголовными обвинениями²³³. Это отклонение усугубилось в связи с борьбой против международного терроризма, приняв форму того, что именуется "чрезвычайной передачей" – вариантом "внесудебной передачи", от которой оно, впрочем, отличается. Безусловно, в обоих случаях американские трибуналы имеют тенденцию пренебрегать обстоятельствами ареста. Тем не менее после прибытия в Соединенные Штаты в случае "классической" (если можно так выразиться) "внесудебной передачи" в отношении подозреваемых по уголовным делам применяются обычные процедуры, в то время как при "чрезвычайной передаче" не действуют никакие правила, и мы оказываемся в зоне полного бесправия: обычно подозреваемое в терроризме лицо подвергается аресту, содержится в секретных условиях

²²⁷ Резолюция 45/117 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года, пункт 1, статьи 13.

²²⁸ Приведем в качестве примера передачу Сербией и Черногорией бывшего президента Социалистической Федеративной Республики Югославии Слободана Милошевича в Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии; передачу Камеруном полковника Багасора в Международный уголовный трибунал по Руанде; передачу Демократической Республикой Конго конголезского военного лидера провинции Итури в Международный уголовный суд в 2006 году; передачу Нигерией в 2006 году бывшего президента Республики Либерия Чарльза Тейлора в Специальный трибунал по Сьерра-Леоне в Гааге.

²²⁹ См. Организация Объединенных Наций, Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, документ IT/32/Rev.37.

²³⁰ Задержанный свидетель передается в соответствии с постановлением Международного трибунала при условии его возвращения по истечении установленного срока (статья 90bis A). Подозреваемый ни в каком случае не может быть объектом задержания более 90 дней, срока, по истечении которого, в случае неподтверждения обвинения и неподписания мандата на арест, он освобождается и передается властям государства, на территории которого он был первоначально задержан (статья 40 C).

²³¹ Статья 59 Римского статута Международного уголовного суда, принятого 17 июля 1998 года.

²³² См. Ежегодник Комиссии международного права, 1994, том II, вторая часть, стр. 28 текста на французском языке.

²³³ Случай, например, с бывшим главой Государства Панама г-ном Норвегой, похищенным в его собственной стране и переданным в Соединенные Штаты для ответа, в частности, на обвинение в незаконном обороте наркотиков.

и не пользуется никакими правами²³⁴. В этой области Верховный суд Соединенных Штатов недавно потребовал восстановления законности в деле некоторых заключенных Гуантанамо²³⁵.

177. В конечном счете передача, соответствующая международной законности или, наоборот, находящаяся на ее границе, не входит в сферу высылки в рамках данной темы: с одной стороны, поскольку она полностью основывается на принципах международного правопорядка – в отличие от высылки; с другой – поскольку передача также касается уроженцев государства, передающего иностранцев, находящихся на его территории, а высылка, при прочно утвердившемся принципе невысылки государством своих собственных уроженцев, касается только иностранцев.

2. Территория, граница и высылка

178. Высылка связана с идеей принудительного перемещения лица за пределы известного места в другое место. В приложении к государствам высылка предполагает принудительное перемещение лица за территориальные границы высялающего государства в государство назначения. Поэтому в рамках данной темы следует определить, что понимается соответственно под территорией и под границей государства.

а) Территория

179. Под территорией государства в описательном плане понимается то, что составляет "земную поверхность, продолжающие ее вертикальные плоскости, которые являются, с одной стороны, ее недрами, а с другой – воздушным пространством над вышеуказанной поверхностью"²³⁶. В этом представлении о территории, как видно, объединяются понятия территории *stricto sensu*, происходящей от слова "терра", и пространства (имеется в виду воздушное пространство). Хотя данная концепция и считается "широкой", она тем не менее не охватывает все пространства, входящие в понятие территории. Последнее также включает некоторые морские пространства, относящиеся к суверенитету государства, такие как внутренние воды (в том числе эстуарии и маленькие бухты) и территориальное море, а также воздушное пространство над ними²³⁷.

180. Следуя тезису, совместимому со всеми аспектами территориального владения и, по мнению Специального докладчика, подходящему к данной теме, под территорией понимается пространство, на котором "государство осуществляет комплекс полномочий, проистекающих из его суверенитета"²³⁸; исключаются, следовательно, пространства, на которых оно осуществляет лишь суверенные права или функциональную юрисдикцию, такие как континентальное плато, примыкающая зона, рыболовная зона, исключительная экономическая зона.

²³⁴ В отношении различий между "внесудебной передачей" и "чрезвычайной передачей" см. статью Bob Herbert, "Quand l'Amérique sous-traite la torture", *The New York Times*, перепечатанную в *Jeune Afrique l'Intelligent*, n° 2305 du 13 au 19 mars 2005, p. 28; и первые выводы доклада по запросу Европейского союза о пособничестве некоторых европейских стран в таких передачах, практикуемых из Соединенных Штатов в Европу после второй операции союзников против Ирака в 2003 году. Уместно отметить, что именно такая логика заставила американские власти выдать Сирии Махера Арара, уроженца Канады сирийского происхождения, в возрасте 34 лет, арестованного в аэропорту Дж. Ф. Кеннеди в Нью-Йорке в сентябре 2002 года.

²³⁵ Решением Верховного суда США от 29 июня 2006 года объявлены неконституционными военные трибуналы, созданные для суда над узниками Гуантанамо, и президенту Джорджу Бушу рекомендовано сотрудничать с Конгрессом для нахождения альтернативного решения. В меморандуме от 7 июля 2006 года заместитель министра обороны Гордон Энгланд подчеркнул, что Верховный суд постановил, что статья 3, общая для четырех Женевских конвенций 1949 года, "применяется в связи с борьбой с Аль-Каидой" и, следовательно, в отношении узников Гуантанамо (см. "Монд", 13 июля 2006 года, стр. 4).

²³⁶ См. Charles Rousseau, *Droit international, Tome II, Les sujets*, Paris, Sirey, 1974, pp. 36-37.

²³⁷ См. в связи с этим решение Международного Суда от 27 июня 1986 года, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, C.I.J. Recueil, 1986, p. 111.

²³⁸ См. Patric Dailier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 44, par. 270.

181. Международное право не требует того, чтобы государственная территория была единым целым, ни даже того, чтобы ее земные или островные составляющие находились в одной географической зоне, соседствующей с основной частью. Истории известен такой феномен, как анклав и территориальные коридоры, и в настоящее время бывшие колониальные или неколониальные державы обладают в различных регионах мира зависимыми территориями, будь то островными или континентальными.

182. Если для существования государства юридически необязательна делимитация государственной территории, нет сомнений и в том, что "определение территории состоит в определении ее границ", как заявил в деле *Территориальный спор (Ливийская Арабская Джамахирия против Чада)* Международный Суд²³⁹.

b) Граница

183. Граница определяется опытным путем как "линия, определяющая, где начинаются и кончаются территории, относящиеся соответственно к двум соседним государствам"²⁴⁰. Однако граница разделяет не только соседние государства; она отделяет государство от любого другого государства, соседнего или отдаленного. В этом плане граница – не только линия в физическом понимании, разделяющая территориальные блоки. Она определяет пределы суверенитета и государственных полномочий, имеющих международный характер²⁴¹. Как было подчеркнуто Арбитражным трибуналом в деле *Морская граница (Гвинея-Бисау против Сенегала)*, "международная граница – это линия, образованная последовательностью крайних точек области, на которую распространяются нормы правового порядка государства"²⁴², идет ли речь о сухопутной или о морской границе.

184. Правовой режим границы проистекает как из норм международного права, так и из норм внутреннего права каждого государства, касающихся въезда на территорию и выезда с нее. Однако данный режим может также устанавливаться по общему согласию государствами в рамках созданного правового пространства. Так, например, государствами – членами Европейского союза и сторонами Соглашения о постепенном устранении пограничного контроля (Шенгенского соглашения) от 14 июня 1985 года и Конвенции о его применении от 19 июня 1990 года было принято решение о постепенном устранении пограничного контроля на общих границах²⁴³; хотя, по мнению Конституционного совета Франции, относящиеся к нему положения "нельзя сравнивать с устранением или изменением границ, которые, в юридическом плане, разграничивают территориальную компетенцию государства"²⁴⁴.

185. При более пристальном рассмотрении можно предположить, что порой подвергаемое критике²⁴⁵ совокупное понимание границы как линии и понятия "границы – зоны", но с новой интерпретацией и адаптированное к контексту данной темы, лучше соответствует понятию границы в плане допуска или недопуска и высылки иностранцев. В самом деле, граница как территориальный предел, за который высылающее государство хочет удалить иностранца, является многофункциональной зоной, включающей комплекс пространств, тщательно отграниченных и порой с различными правовыми статусами. Здесь

²³⁹ См. решение от 3 февраля 1994 года, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 20.

²⁴⁰ Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960.

²⁴¹ В правовом словаре Блэка граница определяется следующим образом: "Линия, обозначающая пределы территориальной юрисдикции государства или другого объединения, имеющего международный статус".

²⁴² Приговор от 31 июля 1989 года, опубликованный в *Revue générale de droit international public*, 1990, p. 253; арбитражный приговор от 13 октября 1995 года по делу *Лагуна дель Дезерто*, пункт 59; и решение Международного Суда от 12 июля 2005 года по делу *Территориальный спор Бенин против Нигера*, пункт 124 (см. на веб-сайте Суда по адресу www.icj-cij.org).

²⁴³ См. Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 417, par. 298.

²⁴⁴ Решение Конституционного совета № 91-294 DC.

²⁴⁵ См. арбитражный приговор от 16 ноября 1957 года по делу *Озеро Лану*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 307; а также арбитражный приговор от 19 февраля 1968 года по делу *Ранн де Кутч*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII.

граница сводится к официальным местам въезда и выезда; ибо, если нелегальная иммиграция выражается в подпольном пересечении иностранцем границы в любых возможных местах, высылка производится обычно только через официальные пути въезда на территорию и выезда с нее, а именно через порты, аэропорты и сухопутные пограничные посты. Эти официальные места въезда и выезда снабжены контрольными постами, а в международных аэропортах и в некоторых портах – специальными зонами содержания недопущенных или находящихся в процессе высылки иностранцев, или же международными зонами, в которых иностранец считается еще пребывающим вне территории. Высланный иностранец, содержащийся в помещениях в специальной зоне аэропорта, порта или на сухопутной границе в ожидании посадки на самолет, на судно или в автомобиль, в правовом отношении уже считается высланным, а все прочее является данью уважения к его достоинству и соблюдению его основных прав человека.

186. В этом плане границу следует рассматривать не только как линию, но и как зону, пределы которой определены нормативными актами государства в зависимости от приспособленных для этого пространств. Это пограничные зоны. Пересечение линии высылка лицом занимает очень небольшой период времени, и это, безусловно, критический момент в рамках процесса высылки. Поэтому для целей данной темы можно говорить, что граница государства понимается как пограничная зона территории государства, в которой уроженец иного, чем территориального государства, более не пользуется статусом иностранца-резидента и за которой заканчивается национальная процедура высылки.

3. Составные элементы высылки

187. Высылка – это акт высылающего государства. Может ли она также быть фактом поведения последнего? Известно, что во всех случаях высылка носит принудительный характер.

а) Акт или поведение

188. Во внутреннем праве большинства государств высылка принимает форму одностороннего акта государства в смысле односторонней административной акции, так как она является мерой со стороны административных органов²⁴⁶. Речь идет об официальной акции, которая может быть оспорена перед судебными властями высылающего государства, причем высылка является процедурной операцией, каждый этап которой может дать основание для обжалования.

189. Тем не менее во всех ли случаях высылка предполагает официальную меру? Как отмечал г-н Гаджа, представляется, что также следует иметь в виду, что существует высылка вне контекста официального правового акта, когда государство создает условия, делающие невозможной жизнь данного лица; на практике представляется, что между официальной мерой в виде высылки и поведением государства, направленным на удаление соответствующего лица со своей территории, разница небольшая, поскольку в обоих случаях данное лицо должно уехать: "Представляется разумным включить оба случая в понятие высылки"²⁴⁷.

190. В качестве подтверждения автор приводит два решения, вынесенные судом по рассмотрению претензий Иран/Соединенные Штаты Америки по делу *Интернэшнл техникл продактс корпорейшн против Ирана*, когда данный суд постановил:

«...в принципе существует возможность, что в исключительных случаях могут иметь место составляющие элементы высылки («принудительное либо "добровольное", под угрозой принудительного удаления, удаление»), даже когда иностранец покидает страну, хотя его к этому напрямую и немедленно не принуждают или официально не приказывают ему сделать это.

²⁴⁶ В деле *Амаду Садио Диалло (Гвинейская Республика против Демократической Республики Конго)*, находящемся на рассмотрении Международного Суда, высылка была объявлена в рамках решения тогдашнего премьер-министра.

²⁴⁷ G. Gaja, "Expulsion of Aliens : Some Old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283à 31H, notamment, p. 290.

Представляется, что эти случаи предполагают, по крайней мере, что 1) обстоятельства в стране проживания таковы, что иностранец объективно не имеет реального выбора; 2) за событиями или действиями, приводящими к отъезду, кроется намерение удалить иностранца, и, более того, эти действия приписываются государству в соответствии с принципами государственной ответственности»²⁴⁸.

191. В деле *Ранкин против Ирана* суд отметил, что после своего возвращения в Иран в феврале 1979 года аятолла Хомейни призвал к отъезду всех иностранцев и впоследствии его правительство претворило в жизнь политику, которая заставила многочисленных иностранцев покинуть Иран. Суд добавляет:

"Однако из этого не следует автоматически, что все граждане Соединенных Штатов, выехавшие из Ирана... после осуществления политики, были высланы неправомерно. Необходимо рассмотреть обстоятельства каждого выезда и определить общие и конкретные акты, на которые делались ссылки и которые приводились в качестве свидетельства, чтобы определить, как они в то время повлияли на действия того или иного лица, которое теперь заявляет о высылке, или стали их причиной и можно ли эти акты приписать Ирану"²⁴⁹.

192. Таким образом, когда государство не осуществляет никакого официального акта высылки, необходимо на основании фактов или обстоятельств выезда данного лица из принимающего государства установить, можно ли действия, приведшие к его выезду, приписать данному государству²⁵⁰. Следовательно, в рамках данной темы высылка будет пониматься как действие или поведение государства, вынудившего иностранца покинуть его территорию.

b) Принуждение

193. Высылка никогда не является ни актом или фактом, желательным для высылаемого лица, ни действием или фактом, на которое оно дало согласие. Это официальная мера или непреодолимые обстоятельства, заставляющие данное лицо покинуть территорию высылającego государства. Данный элемент принуждения важен в том плане, что этим высылка отличается от нормального или обычного выезда иностранца с территории. Именно этот элемент вызывает внимание или интерес к возникшей таким образом ситуации не только государства, в которое выезжает высылаемый, но и третьих государств в той мере, в какой осуществление этого неоспоримого права государства приводит в действие защиту основных прав человека. Даже помимо насилия со стороны некоторых элементов сил безопасности при осуществлении операций по высылке, официальная мера в виде высылки уже является предписанием, то есть правовым принуждением, и поведение, заставляющее иностранца выехать, воспринимается им как фактическое или физическое принуждение.

194. В данном докладе сделана попытка обозначить два основных понятия в рамках данной темы – "высылка" и "иностранец". Теперь речь идет о том, чтобы увязать их друг с другом, с целью установить их суть и, с другой стороны, выявить конечный смысл некоторых ключевых концепций, позволяющих более уверенно продвинуться в анализе данной темы. С учетом вышесказанного уместно предложить следующую статью, касающуюся определений:

²⁴⁸ Решение от 19 августа 1985 года, *9 Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1985-II) 10, p. 18.

²⁴⁹ Решение от 3 ноября 1987 года, *17 Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987-V) 135, pp. 147-148; см. также Решение от 14 июля 1985 года, *Short v. Iran case*, *16 Iran-United States Tribunal Reports* (1987 III) 76, p. 85-86.

Механизм признания действия за кем-либо раскрывается в статье 8 "Статей об ответственности государства за действие, признаваемое незаконным на международном уровне", принятых к сведению Генеральной Ассамблеей в 2001 году; см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, дополнение №10 (A/56/10), пункт 76.

²⁵⁰ См. G. Gaja, "Expulsion of Aliens : Some Old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 290.

Статья 2: Определения

Для целей данного проекта статей:

- 1) Под высылкой иностранца понимается действие или поведение, посредством которых высылающее государство вынуждает уроженца другого государства покинуть его территорию.*
- 2) Значения терминов:*
 - a) под иностранцем понимается уроженец государства иного, чем территориальное государство или высылающее государство;*
 - b) под высылкой понимается акт или поведение, посредством которых высылающее государство вынуждает иностранца покинуть его территорию;*
 - c) под границей понимается пограничная зона территории высылающего государства, в которой иностранец не пользуется более статусом резидента и за пределами которой заканчивается национальная процедура высылки;*
 - d) под уроженцем понимается любое лицо, которое посредством правовой связи, в виде гражданства, относится к [юрисдикции] [персональной компетенции] государства;*
 - e) под территорией понимается пространство, в пределах которого государство осуществляет комплекс полномочий, проистекающих из его суверенитета.*