



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
27 March 2009

Russian
Original: French

Комиссия международного права

Шестидесят первая сессия

Женева, 4 мая – 5 июня и

6 июля – 7 августа 2009 года

Пятый доклад о высылке иностранцев

Представлен Специальным докладчиком Морисом Камто

Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение.....	3
Часть первая: Общие нормы.....	7
III. Общие принципы.....	7
V. Право на осуществление с соблюдением норм международного права (продолжение документа A/CN.581 – название подраздела изменено).....	7
2. Ограничения, касающиеся требования соблюдения основных прав человека	7
a) Предварительные рассуждения	7
i) Защита прав всех людей.....	7
ii) Понятие "основные права человека".....	10
iii) Основные права и "неотъемлемые или неотчуждаемые" права человека.....	15
a. Определение	15
b. Содержание	18
b) Общее обязательство соблюдать права человека	19
Проект статьи 8: Общее обязательство соблюдать права человека высланного лица	21
c) Права высланного лица, подлежащие специальной защите	21
i) Право на жизнь	22



	<i>Стр.</i>
Проект статьи 9: Обязательство защищать право на жизнь высылаемого лица	28
ii) Право на достоинство	28
Проект статьи 10: Обязательство уважать достоинство высылаемого лица	30
iii) Запрещение пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.....	30
a. Пытка	33
b. Жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения	40
i. Общее положение.....	40
Проект статьи 11: Обязательство защищать высылаемое лицо от пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения.....	46
ii. Особый случай в отношении детей.....	47
Проект статьи 12: Специальный случай защиты высылаемого ребенка....	50
iv) Уважение личной и семейной жизни высылаемого лица.....	50
Проект статьи 13: Обязательство уважать право на личную жизнь и на семейную жизнь.....	57
v) Принцип недопущения дискриминации	57
Проект статьи 14: Обязательство соблюдать принцип недопущения дискриминации	61

Введение

1. В своем четвертом докладе Специальный докладчик¹ рассмотрел вопрос о высылке иностранцев в случае двойного или множественного гражданства и в случае утраты или лишения гражданства. Хотя анализ этих вопросов вызвал оживленную дискуссию в Комиссии, большинство ее членов одобрили вывод Специального докладчика, который выразил сомнения в обоснованности попытки Комиссии разработать, даже в рамках прогрессивного развития международного права², проекты специальных правил по этим вопросам, поскольку эта тема скорее относится к режиму высылки иностранцев, чем к режиму гражданства.

2. Кроме того, следует напомнить, что рабочая группа, созданная на шестидесятой сессии Комиссии в 2008 году с целью рассмотрения вопросов, возникающих в результате высылки лиц с двойным или множественным гражданством и в результате лишения гражданства в контексте высылки, пришла к выводам: а) о том, что "в комментарии к проекту статей следует указать, что для целей проекта принцип невысылки граждан применяется также к лицам, которые на законном основании получили одно или несколько других гражданств"; и б) о включении в комментарий "уточнения о том, что государствам не следует прибегать к лишению гражданства с целью уклонения от выполнения обязательств, возлагаемых на них в соответствии с принципом невысылки граждан". Комиссия одобрила эти выводы и просила Редакционный комитет учитывать их в своей работе³.

3. Во время рассмотрения в Шестом комитете на шестьдесят третьей сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций доклада Комиссии международного права о работе ее шестидесятой сессии представители государств выразили различные взгляды по данному вопросу в целом и по вопросам, затронутым в рамках Четвертого доклада, в частности. Результаты дискуссии, однако, показали, что большинство делегаций, выступивших по этому вопросу, разделяют точку зрения Специального докладчика, согласно которой Комиссии не следует заниматься разработкой проектов статей о вопросах двойного или множественного гражданства, утраты гражданства и лишения гражданства в контексте высылки⁴.

4. Что касается замечаний общего характера относительно данной темы, сферы ее применения, определений, предложенных Специальным докладчиком, а также права на высылку и его ограничений, то даже на этом этапе всего лишь несколько государств выразили сомнения относительно того, что вопрос о высылке иностранцев может быть рассмотрен в плане

¹ A/CN.4/594.

² Там же, пункт 35.

³ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение, No. 10* (A/63/10), пункт 171.

⁴ См., в частности, выступления представителей Греции (A/C.6/63/SR.24, пункт 5), Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 77), Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 39), Италии (A/C.6/63/SR.19, пункт 98), Канады (A/C.6/63/SR.20, пункт 34), Катара (A/C.6/63/SR.21, пункт 57), Нидерландов (A/C.6/63/SR.20, пункт 16), Новой Зеландии (A/C.6/63/SR.22, пункт 9), Соединенного Королевства (A/C.6/63/SR.21, пункт 25) и Франции (A/C.6/63/SR.19, пункт 17).

прогрессивного развития международного права и его кодификации⁵. Ряд государств полагали, что кодификация не требуется в таких областях, как, например, права трудящихся-мигрантов⁶. Еще ряд государств, касаясь сферы применения, заявили, что вопросы отказа во въезде, экстрадиции и других видах передачи лиц должны быть исключены⁷ либо что также следует исключить вопросы высылки иностранцев в ситуациях вооруженного конфликта⁸, вопросы статуса беженцев, "невыворения" и перемещения населения⁹. Что касается определений, то некоторые государства сочли, что термин "территория"¹⁰ является расплывчатым и что нет необходимости отдельно определять термин "поведение"¹¹. Одна делегация выступила с предложением, чтобы Комиссия уточнила, что термин "беженец" должен определяться в соответствии с обязательствами каждого государства в этом вопросе¹². Различные государства настаивали на необходимости установления равновесия между суверенным правом государств высылать иностранцев и ограничениями, предписываемыми международным правом, в частности нормами, касающимися защиты прав человека и обращения с иностранцами¹³; причем в некоторых из них в связи с этим уточняется, что право высылки, наоборот, влечет за собой обязательство для государств вновь принимать своих граждан¹⁴. При этом одно государство отметило, что высылка должна основываться на законных мотивах, таких как соображения общественного порядка и государственной безопасности, в том виде как они определены в национальных законодательствах¹⁵, а другое государство подчеркнуло, что незаконный иностранец должен высылаться только на этом основании¹⁶.

5. Как можно заметить, эти комментарии и замечания государств касаются вопросов, которые уже были предметом оживленной дискуссии в Комиссии. Эта дискуссия дала возможность Специальному докладчику внести необходимые пояснения и уточнения, а Комиссии – выработать общее направление развития темы с задачей его последующей корректировки по мере рассмотрения проблемы. Таким образом, Специальный докладчик больше не вернется к ней, тем более что большинство вопросов, вызывающих обеспокоенность, были должным образом учтены во втором докладе.

⁵ См. выступления представителей Соединенного Королевства (A/C.6/63/SR.21, пункт 25) и Японии (A/C.6/63/SR.22, пункт 18).

⁶ См. выступление представителя Дании от имени стран Северной Европы (A/C.6/63/SR.20, пункт 2).

⁷ См. выступление представителя Соединенных Штатов Америки (A/C.6/63/SR.21, пункт 9).

⁸ См. выступления представителей Соединенных Штатов Америки (A/C.6/63/SR.21, пункт 9) и Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

⁹ См. выступление представителя Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

¹⁰ См. выступления представителей Соединенных Штатов Америки (A/C.6/63/SR.21, пункт 12) и Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

¹¹ См. выступление представителя Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

¹² См. выступление представителя Соединенных Штатов Америки (A/C.6/63/SR.21, пункт 14). Странно, но эта же страна выступила с предложением о том, чтобы проект статей строго следовал языку Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года (статьи 32 и 33) и учитывал разницу между законными беженцами и незаконными беженцами (там же).

¹³ См. выступления представителей Дании от имени стран Северной Европы (A/C.6/63/SR.20, пункт 3), Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 73), Новой Зеландии (A/C.6/63/SR.22, пункт 9), Сальвадора (A/C.6/63/SR.23, пункт 48) и Японии (A/C.6/63/SR.22, пункт 18).

¹⁴ См. выступление представителя Дании от имени стран Северной Европы (A/C.6/63/SR.20, пункт 3).

¹⁵ См. выступление представителя Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 37).

¹⁶ См. выступление представителя Соединенных Штатов Америки (A/C.6/63/SR.21, пункт 10).

6. Что касается замечаний, в частности по вопросам высылки в случае двойного или множественного гражданства и лишения гражданства с последующей высылкой, что является предметом четвертого доклада, то различные аспекты анализа Специального докладчика вызвали неоднозначную реакцию. Одно государство выразило сомнения по поводу обоснованности включения проекта статей о невысылке граждан¹⁷. Вместе с тем другие государства подчеркивали, что высылка граждан запрещена нормами международного права¹⁸ и что принцип невысылки граждан является основным правом человека, признанным обычным международным правом¹⁹. Однако, если одни государства считают, что этот принцип носит абсолютный характер²⁰, то другие, напротив, полагают, что он может допускать некоторые отступления в исключительных обстоятельствах²¹; но любое исключение из этого принципа, по их мнению, должно толковаться предельно узко и тщательно формулироваться²². Некоторые государства поддержали позицию Комиссии, согласно которой принцип невысылки граждан распространяется также на лиц, получивших более одного гражданства законным образом²³; одно государство выступило с предложением о том, чтобы это положение было специально отражено в проекте статьи 4²⁴, а другие рекомендовали разъяснить этот пункт в комментарии²⁵. Не выходя за рамки обсуждаемых понятий, следует отметить, что критерий "эффективного" или "преобладающего" гражданства не может служить оправданием для того, чтобы государство рассматривало своего гражданина как иностранца в целях высылки²⁶. Тем не менее одно государство поддержало противоположную точку зрения, заявив, что принцип невысылки граждан, как правило, не распространяется на двойное или множественное гражданство и что необходимо внести ясность в понятие "эффективного" гражданства²⁷.

¹⁷ См. выступление представителя Соединенного Королевства (A/C.6/63/SR.21, пункт 25).

¹⁸ См., в частности, выступления представителей Чешской Республики (A/C.6/63/SR.19, пункт 93), Венгрии (A/C.6/63/SR.20, пункт 30), Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 37) и Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

¹⁹ См. выступление представителя Венгрии (A/C.6/63/SR.20, пункт 30).

²⁰ См. выступления представителей Исламской Республики Иран (выступление), Португалии (A/C.6/63/SR.20, пункт 26), Республики Корея (A/C.6/63/SR.19, пункт 65), Сальвадора (A/C.6/63/SR.23, пункт 49) и Чешской Республики (A/C.6/63/SR.19, пункт 93).

²¹ См. выступления представителей Румынии (A/C.6/63/SR.21, пункт 57) и Катара (A/C.6/63/SR.24, пункт 77).

²² См. выступление представителя Греции (A/C.6/63/SR.24, пункт 4).

²³ См. выступления представителей Франции (A/C.6/63/SR.19, пункт 17), Чешской Республики (A/C.6/63/SR.19, пункт 93), Нидерландов (A/C.6/63/SR.20, пункт 13), Португалии (A/C.6/63/SR.20, пункт 26), Венгрии (A/C.6/63/SR.20, пункт 30), Соединенных Штатов Америки (A/C.6/63/SR.21, пункт 13), Польши (A/C.6/63/SR.21, пункт 33), Российской Федерации (A/C.6/63/SR.21, пункт 43), Чили (A/C.6/63/SR.22, пункт 17), Индии (A/C.6/63/SR.23, пункт 23), Сальвадора (A/C.6/63/SR.23, пункты 48 и 49), Греции (A/C.6/63/SR.24, пункт 4) и Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 38).

²⁴ См. выступление представителя Нидерландов (A/C.6/63/SR.20, пункт 16).

²⁵ См. выступления представителей Франции (A/C.6/63/SR.19, пункт 17) и Чили (A/C.6/63/SR.22, пункт 17).

²⁶ См. выступления представителей Чешской Республики (A/C.6/63/SR.19, пункт 93), Нидерландов (A/C.6/63/SR.20, пункт 14), Португалии (A/C.6/63/SR.20, пункт 26), Греции (A/C.6/63/SR.24, пункт 4) и Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 38).

²⁷ См. выступление представителя Кубы (A/C.6/63/SR.24, пункт 27).

7. В отношении возможной связи между утратой гражданства и лишением гражданства, с одной стороны, и высылкой, с другой стороны, некоторые государства настаивали на праве любого лица иметь гражданство и его праве не быть лишенным гражданства произвольным образом²⁸. Одно государство заявило, что лишение гражданства запрещено в международном праве²⁹, в то время как другие государства считали, что лишение гражданства допустимо в некоторых обстоятельствах³⁰, но при соблюдении определенных условий, а именно при условии, что оно не ведет к ситуации безгражданства³¹, что оно осуществляется в соответствии с национальным законодательством³², что оно не является дискриминационным³³ и что оно, разумеется, не проводится произвольным или неправомерным образом³⁴. По этому вопросу некоторые государства выразили согласие с выводом Комиссии международного права, согласно которому государства не должны использовать лишение гражданства в качестве средства, позволяющего обойти принцип невысылки граждан³⁵, и предложили включить в этом смысле соответствующий проект статьи³⁶.

8. С учетом вышесказанного следует перейти к рассмотрению правил, ограничивающих право высылки, которые были затронуты в третьем докладе³⁷. Как уже указывалось в докладе, право высылки должно осуществляться при соблюдении *норм международного права*³⁸, которые устанавливают ограничения в вопросах высылки. В третьем докладе были рассмотрены ограничения, касающиеся высланных лиц. Таким образом, нам удалось последовательно рассмотреть принципы невысылки своего гражданина, невысылки беженца, невысылки апатрида и коллективной невысылки.

9. В настоящем докладе будет продолжено рассмотрение этого вопроса путем анализа, с одной стороны, ограничений, касающихся требования соблюдения основных прав человека в случае высылки и, с другой стороны, некоторых методов и практики, предусмотренных в вопросах высылки международным правом.

²⁸ См. выступления представителей Португалии (A/C.6/63/SR.20, пункт 26) и Румынии (A/C.6/63/SR.21, пункт 57).

²⁹ См. выступление представителя Исламской Республики Иран (A/C.6/63/SR.24, пункт 37).

³⁰ См. выступления представителей Нидерландов (A/C.6/63/SR.20, пункт 15) и Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

³¹ См. выступления представителей Нидерландов (A/C.6/63/SR.20, пункт 15), Греции (выступление) и Кубы (A/C.6/63/SR.24, пункт 27).

³² См. выступление представителя Греции (выступление).

³³ Там же.

³⁴ См. выступления представителей Греции (выступление) и Израиля (A/C.6/63/SR.24, пункт 76).

³⁵ См. выступления представителей Португалии (A/C.6/63/SR.20, пункт 26), Соединенных Штатов (A/C.6/63/SR.21, пункт 13), Польши (A/C.6/63/SR.21, пункт 33), Российской Федерации (A/C.6/63/SR.21, пункт 43), Чили (A/C.6/63/SR.22, пункт 11), Индии (A/C.6/63/SR.23, пункт 23) и Сальвадора (A/C.6/63/SR.23, пункт 48).

³⁶ См. выступление представителя Италии (A/C.6/63/SR.19, пункт 98).

³⁷ Документ A/CN.4/581.

³⁸ В предыдущих докладах Специальный докладчик говорил об *основных нормах международного права* [См. пункт. 374 A/CN.4/L.682]. Что касается обоснованности замечаний, высказанных в рамках самой Комиссии и вне ее, то было принято решение изъять определение "основных", которое сужает сферу применения соответствующих норм международного права и, кроме того, может вызвать коллизию между теми нормами международного права, которые считаются основными, и теми, которые предположительно таковыми не являются.

Часть первая: Общие нормы

III. Общие принципы

V. Право на осуществление с соблюдением норм международного права (продолжение документа A/CN.581 – название подраздела изменено)

2. Ограничения, касающиеся требования соблюдения основных прав человека

а) Предварительные рассуждения

i) Защита прав всех людей

10. Лицо, подлежащее высылке, какими бы ни были основания для этого, остается человеком, и в этом качестве должно пользоваться всеми основными правами человека. Это лицо наделено одинаковыми правомочиями и пользуется одинаковыми свободами, независимо от расы, этнического происхождения, пола, вероисповедания или национальности, и представляет собой то, что получило название "универсальная идентичность человеческой личности"³⁹. Приоритетное положение, которое занимает человек в международной этике, привело к тому, что защита этих основных прав стала главной проблемой современного международного права. Эта защита больше не отдается на усмотрение государств на основании доктрины о прерогативе, которая исходила из абсолютного суверенитета государства. Защита лица, подлежащего высылке по решению государства, приобретает еще большую значимость в связи с тем, что данное лицо становится уязвимым в силу своего положения иностранца и перспективы своей высылки. Эта защита гарантируется ему международным правом и законодательством высылающего государства, независимо от его правового статуса и/или условий, на которых оно оказалось на территории вышеупомянутого государства: иностранца на законном положении или на незаконном положении, причем граждан это не касается, принимая во внимание принцип невысылки государством собственных граждан.

11. Этот принцип равной защиты всех людей является краеугольным камнем всех систем защиты прав человека. Он вытекает как из основополагающих международно-правовых универсальных документов, так и из региональных правовых документов. Так, во Всеобщей декларации прав человека 1948 года⁴⁰ в самом начале преамбулы провозглашается, что "признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира". А в статье 2 этой основополагающей хартии специально указывается, и эти слова следует привести полностью, что:

³⁹ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 7^e éd, Paris, Dalloz, 2004, p. 208 [см. примечание 150 в A/CN.4/491/ADD.2].

⁴⁰ Тексты международно-правовых документов, цитируемых в настоящем докладе, опубликованы в *Droits de l'homme: Recueil d'instruments internationaux, volumes I et II (première partie). Instruments universels*, Nations Unies, New York et Geneve, 2002.

- "1. Каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения.
2. Кроме того, не должно проводиться никакого различия на основе политического, правового или международного статуса страны или территории, к которой человек принадлежит, независимо от того, является ли эта территория независимой, подопечной, самоуправляющейся или как-либо иначе ограниченной в своем суверенитете".

12. В том же смысле, Высокие договаривающиеся стороны Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 14 ноября 1950 года, далее "Европейская конвенция о правах человека", во вступительной статье 1 под многозначительным названием "Обязательство соблюдать права человека", "обеспечивают каждому человеку, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в настоящей Конвенции". Это положение не только напоминает об общем обязательстве соблюдать права человека, но и делает это обязательство внутренним делом государства, гарантируя пользование правами и свободами, изложенными в Конвенции, каждому человеку, находящемуся под его юрисдикцией⁴¹. В том же духе, в пункте 1 статьи 1 Американской конвенции о правах человека 1969 года, называемой также "Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика", который озаглавлен "Обязательство соблюдать права человека", предусматривается, что "Государства-участники настоящей Конвенции обязуются уважать права и свободы, признанные в ней, и обеспечивать для всех лиц, находящихся под их юрисдикцией, свободное и полное осуществление этих прав и свобод без какой-либо дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, экономического, сословного или какого-либо иного социального положения". В статьях 1 и 2 Африканской хартии прав человека и народов говорится, что "Каждый человек имеет право пользоваться правами и свободами, признаваемыми и гарантируемыми настоящей Хартией, без какого бы то ни было различия, в том числе по признаку расы, этнической принадлежности, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства", и что "Государства – члены Организации африканского единства, подписавшие настоящую Хартию, признают провозглашенные в ней права, обязанности и свободы и принимают законодательные или иные меры для их осуществления". Концепция защиты прав и свобод носит весьма широкий, глобальный характер, тогда как обязательство государств предусматривает конкретное и в то же время расширительное толкование.

⁴¹ V. Juan-Antonio Carrillo-Salcedo, комментарий статьи 1, в L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 135.

13. Из этих правовых документов вытекает принцип недискриминации в отношении лиц, пользующихся указанными правами и свободами, и этот принцип в различной форме находит отражение в международных универсальных и региональных документах. В документах первого типа имеются в виду все лица, где бы они ни находились и откуда бы они ни приехали. В документах второго типа ссылка на лиц, находящихся "под юрисдикцией" государства, в частности в Европейской конвенции о правах человека, по всей видимости, ограничивает число лиц, пользующихся правами и свободами, указанными в Конвенции; причем принцип универсальности действует здесь как *персональная подсудность*, а не как *территориальная подсудность*: любое лицо, независимо от своего правового статуса или положения, пользуется правами и свободами, установленными вышеуказанными региональными правовыми документами.

14. Так, статус гражданина не предоставляет больше прав, чем статус иностранца. Также статус иностранца не уменьшает возможности в плане защиты, предусматриваемой положениями в области прав человека. Более того, даже нелегальное пребывание лица на территории государства не может служить обоснованием для ограничения его основных прав, в том числе и в рамках процедуры высылки. Европейский суд по правам человека напомнил в своем постановлении по делу *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*⁴², что суверенная компетенция государств по вопросам контроля границ, въезда на территорию и пребывания иностранцев должна осуществляться с соблюдением ими своих международных обязательств, включая обязательства, вытекающие из Европейской конвенции о правах человека (статьи 3, 5 и 8) и Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 года (статьи 3, 10 и 37); иными словами, при условии соблюдения основных прав иностранцев и, в частности, прав детей. Согласно постановлению Суда, "стремление государств воспрепятствовать попыткам обойти ограничения по вопросам иммиграции не должно лишать иностранцев защиты, предоставляемой им конвенциями, и при этом не должно лишать несовершеннолетнего иностранца, тем более без сопровождения, защиты, связанной с его положением".⁴³

15. Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций начала уделять особое внимание защите прав иностранцев с семидесятых годов. Для изучения этого вопроса была создана специальная подкомиссия, которая завершила свою работу в 1977 году⁴⁴. 13 декабря 1985 года на основании результатов ее работы Генеральная Ассамблея приняла консенсусом Декларацию о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают⁴⁵. Декларация охватывает всех вышеуказанных лиц и предписывает соблюдать основные права иностранцев, в данном случае: право на жизнь, право на личную жизнь, равенство в судах и

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, Requête n° 13178/03, arrêt du 12 octobre 2006.

⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, par. 81.

⁴⁴ Исследование баронессы Эллис: см. Baroness Elles, *The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals Who Are Not Citizens of the Country in Which They Live* (E/CN.4/Sub. 2/392).

⁴⁵ Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, резолюция 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года.

трибуналах, свободу взглядов и религии, свободу языка, культуры и традиций⁴⁶. Кроме того, Декларация запрещает индивидуальную или коллективную высылку на дискриминационном основании⁴⁷ и предусматривает профсоюзные права, а также право на безопасные и здоровые условия труда, право на медицинскую помощь, право на социальную защиту и на образование⁴⁸. Вместе с тем в Декларации лишь в общих чертах говорится об объеме защищаемых прав. Поэтому следует провести тщательный анализ и выработать на основе международно-правовых документов по правам человека и судебной практики универсальных и региональных контрольных органов и национальных судебных органов специальные нормы о правах человека, соблюдение которых особо необходимо в случае высылки.

ii) Понятие "основные права человека"

16. Вопрос заключается в том, может ли высланный иностранец претендовать на пользование всеми правами человека, или специфика его положения требует, чтобы в данном случае были гарантированы только его основные права.

17. Специальный докладчик считает нереалистичным предписывать обеспечение высланному лицу пользование всеми правами человека, которые гарантируются международно-правовыми документами и национальным законодательством вышлагающего государства. Как, в действительности, можно обеспечить ему, например во время судебного процесса по делу о высылке, право на образование, свободу собраний и ассоциаций, свободу предпринимательства, профессиональную свободу, право на брак и право на создание семьи и т. п. Представляется, что ограничение гарантированных прав в случае высылки рамками *основных* прав человека более всего будет соответствовать действительности и практике государств.

18. Хотя понятие "основные права человека" относится к юридическому языку, его значение остается до конца непроясненным вследствие употребления других терминов, считающихся смежными или эквивалентными. Так, в юридической литературе отмечается недифференцированное использование таких понятий, как права человека, публичные свободы, права и основные свободы, основополагающие принципы, и нет никакой уверенности в том, что они относятся к одной и той же правовой реальности⁴⁹.

19. Во внутреннем праве понятие основных свобод определяется несколькими концепциями. Прежде всего, некоторые права являются основными в силу их местоположения в иерархии норм. Кроме того, основными считаются права и свободы, предусмотренные в Конституции⁵⁰. Высказывалось даже мнение, что основные права являются конституционными

⁴⁶ Там же, статья 5.

⁴⁷ Там же, статья 7.

⁴⁸ Там же, статья 8.

⁴⁹ См. Jean-Marie Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion - partir des droits camerounais et français*, Thèse, Droit, Université de Yaoundé II, 1999, p. 5.

⁵⁰ См. Louis Favoreu, "Rapport introductif", colloque sur La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe (19-21 février 1981), *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1981, p. 671.

"по сути"⁵¹, чем они и отличаются от более широкой категории публичных свобод. Основными правами могут также считаться права, которые выражены или гарантированы высшими нормами данного правового порядка или являются обязательными для существования и содержания других прав этого вида⁵².

20. И та, и другая концепции используют принятые в данной системе правового порядка элементы понятия основных прав, и, таким образом, ставят их в зависимость от условий юридической конструкции и произвола законодателя. При этом вопрос обусловленности основных прав является предметом оживленных споров. Согласно некоторым авторам, эти права стоят над правовым порядком, потому что выражают ценности, превосходящие его по значимости⁵³. Эта позиция напоминает естественно правовую доктрину, которая то передается забвению, то вновь становится актуальной⁵⁴. Против этой концепции выступают те, кто считает, что "существование надконституционных норм во внутреннем праве является "квазионтологической" невозможностью, ... "абсолютной" невозможностью"⁵⁵, в частности, потому что эти нормы лишают народ своего суверенитета (законодательного). Конституционный совет Франции согласен с этим выводом⁵⁶, хотя тщательный анализ его терминологии⁵⁷ наводит на мысль о том, что Совет, заимствуя терминологию Конституции, даже не всегда осознавая это, ограничивается тем, что "фиксирует" существующие (существовавшие раньше) нормы, а не ссылается на нормы, разработанные уполномоченными органами. Таким образом, можно понять позицию Конституционного суда Германии, который утверждает, что вопросы содержания основных прав выходят за рамки полномочий учредительной власти, являющейся их производной⁵⁸. Эта точка зрения сопоставима с постановлением Конституционного суда Италии, в котором прямо заявлено:

"Конституция Италии включает несколько высших принципов, основное содержание которых не может быть переделано и изменено даже законом о пересмотре конституции или другими конституционными законами"⁵⁹.

⁵¹ См. Bruno Genevois, "Norme de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 317.

⁵² Laurent Marcoux, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne", *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1984, p. 691.

⁵³ См., в частности, Jean-Pierre Laborde, "Conclusion" des 4^{ème} Journées franco-espagnoles de droit comparé du travail (12-14 mai 1994) sur le thème "Les principes et droits fondamentaux en matière sociale en Espagne et en France", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1994, n° 2, pp. 119 et 120.

⁵⁴ См. P. Kayser, "Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire", *Revue de la Recherche Juridique*, 1998-2, p. 287.

⁵⁵ См. Bertrand Mathieu, "La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités", *Les Petites Affiches*, 1995, n° 29, p. 12.

⁵⁶ См., например, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Recueil*, p. 94.

⁵⁷ В Конституции Франции 1958 года, как и в конституциях других стран, используются глаголы "proclamer" и "reconnaître", когда идет речь об основных правах. Вместе с тем эти два глагола вовсе не несут идею творчества (нормативного), так как в распространенных словарях французского языка (*Petit Robert, Larousse*), глагол "proclamer" означает "опубликовать или официально признать актом", а глагол "reconnaître" означает "принять истинным или реальным", "удостоверить, выявить".

⁵⁸ См. Постановление от 23 апреля 1991 года.

⁵⁹ Судебное постановление, цитируемое Луи Фаворе и Лоиком Филиппом, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, p. 826.

21. Эта дискуссия классического характера между сторонниками правового позитивизма и естественного права уже давно, в весьма конструктивном духе, ведется в международном праве в области прав человека. Наконец, как будет показано далее, несмотря на некоторые колебания, восторжествовала идея о том, что существует категория неотчуждаемых прав человека.

22. Подход, основанный на понятии основных прав, сталкивается с немалыми трудностями; вопрос о том, что следует понимать под "основными правами", пока не решен. В рамках доктрины, сформулировавшей это понятие, закрепилась определенная терминология, но в ней не дается его точного определения⁶⁰. Определение "основные" также часто встречается в названиях некоторых международно-правовых документов. К их числу относятся цитируемая выше Европейская конвенция о защите прав человека и основных свободы и одиннадцать протоколов к ней, Декларация о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы⁶¹, а также Основные принципы обращения с заключенными⁶².

23. Понятие "основных прав" человека отдаленно напоминает теорию "основных прав государств", разработанную в XVIII веке одним из основоположников международного права Эммерихом де Ваттелем⁶³. Понятие основных прав государств, которое непосредственно заимствовано из теории совершенных прав и обязанностей государств, разработанной Эммерихом де Ваттелем, было систематизировано в XIX веке другими учеными такими, как латиноамериканский дипломат Карлос Калво⁶⁴, преподаватель университета француз Антуан Пилле⁶⁵, а также английский судья Роберт Филмор⁶⁶. Эта

⁶⁰ В системе поиска "Google" приводится несколько тысяч ссылок на "основные права". Для общего сведения см. la revue électronique *Droits fondamentaux* (www.droits-fondamentaux.org), появившийся в июле–декабре 2001 года. В передовой статье этого первого номера за подписью профессора Эммануэля Деко один раз было использовано такое выражение: "Сегодня, как и вчера, основные права остаются вызовом". При этом не приводится объяснения ни смысла этого понятия, ни причины его выбора. "Всеобщие и неделимые права, провозглашенные в Уставе Организации Объединенных Наций в 1945 году (...) не должны оставаться благим намерением": только эта фраза дает некоторое представление о том, что это может означать; Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet et Christophe Albigès, *Libertés et droits fondamentaux*, 14^e éd. Paris, Dalloz, 2008; Jean-Marie Pontier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3^e éd., Paris, Hachette Supérieur, 2007; Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^e éd., Paris, Seuil, 2002; Gérard Couturier, Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996; Jacques Fialaire et Eric Mondielli, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, 2005; см. также, в частности, Jean-Yves Carlier "Et Geneva sera..... La définition du réfugié: Bilan et perspectives" dans *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, qui parle de "[la] contextualisation des droits fondamentaux" (p. 79).

⁶¹ Приняты резолюцией 53/144 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1998 года.

⁶² Приняты и провозглашены резолюцией 45/111 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года.

⁶³ V. E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

⁶⁴ См. Carlos Calvo, *Droit international théorique et pratique*, 1870.

⁶⁵ См. Antoine Pillet, "Recherche sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux...", *Revue Générale de Droit International Public*, 1898.

⁶⁶ См. Robert Philimore, *Commentaries Revue Générale de Droit International Public International Law*, 1854-1861.

теория опирается на идею о том, что государства являются, просто по факту своего существования, обладателями врожденных, постоянных и основных прав в их отношениях с другими государствами. Эти права, которые служат основой для обеспечения прав людей и всей системы международных отношений как в мирное, так и в военное время, должны неукоснительно соблюдаться всеми государствами и соотноситься с правами, нарушение которых будет оправдывать применение силы. Содержание основных прав государств каждым автором трактуется по-разному, но чаще всего встречаются определения, которые в то время назывались "право сохранения", право на уважение суверенитета, на торговлю и на равенство. Первоначальная теория исходила из того, что эти основные права государств вытекают из естественного права. Впоследствии под глубоким и устойчивым влиянием позитивизма на развитие юридической мысли в области международного права эта доктрина будет забыта⁶⁷.

24. Эту теорию нельзя механически переносить в область прав человека. Но хорошо видно, что и в первом, и во втором случае преобладает идея о том, что, вероятно, существует какой-то комплекс прав, необходимых для существования как самого государства, так и отдельного лица. В конечном счете формально понятие "основных прав" человека было введено Уставом Организации Объединенных Наций, в котором "Народы Объединенных Наций" провозгласили цель "вновь утвердить веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равноправие мужчин и женщин (...)"⁶⁸. Это выражение также встречается в Международном пакте о гражданских и политических правах (МПГПП) и в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, пункт 2 статьи 5 которых гласит, что не допускается "никакое ограничение или умаление каких бы то ни было *основных прав человека*, признаваемых или существующих в каком-либо участвующем в настоящем Пакте государстве (...)"⁶⁹. В Уставе Организации Объединенных Наций при этом говорится, что цели Организации Объединенных Наций заключаются в том, чтобы "осуществлять международное сотрудничество", а также "в поощрении уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии"⁷⁰. Выражение "права человека и основные свободы" приводится в пункте с) статьи 55 Устава⁷¹.

25. Можно заметить некоторые отличия в употребляемой здесь терминологии: говорится то об "основных правах", то о "правах человека и основных свободах"; при этом употребление прилагательного "основных" с существительным "свобод" означает, что о правах здесь речь не идет. Можно заметить, что выражение "основные права" не приводится ни в пункте 3 статьи 1, ни в пункте с) статьи 55 Устава. Указав на этот факт, комментаторы

⁶⁷ Последний обзор этой теории см. Denis Alland (dir.) *Droit international public*, Paris, PUF (coll. Droit fondamental), 2000, p. 78 et 79.

⁶⁸ Преамбула Устава Организации Объединенных Наций.

⁶⁹ Курсив добавлен.

⁷⁰ Пункт 3 статьи 1 Устава. Курсив добавлен.

⁷¹ Не претендуя на полноту освещения вопроса, сошлемся также на пункт 15 Венской декларации и Программы действий, принятых на Всемирной конференции по правам человека в Вене 25 июня 1993 года.

преамбулы Устава не делают больше никаких других замечаний и никаких выводов⁷². Однако нельзя сказать, что эти два выражения являются синонимами. Не свидетельствует ли этот плавный переход от "основных прав человека" к "правам человека и основным свободам" о стремлении составителей Устава Организации Объединенных Наций ограничить сферу соответствующих основных норм только нормами, относящимися к свободам?

26. Делать такой вывод нет никаких оснований. Откровенно говоря, ни в одном международно-правовом документе не раскрывается содержание понятия "основных прав" или даже понятия "основных свобод", которое фигурирует, как мы видели, в названиях нескольких международных конвенций. Можно было надеяться, что соответствующие разъяснения будут даны Европейской комиссией по правам человека или Европейским судом, по крайней мере в том, что касается "основных свобод", о которых речь идет в Европейской конвенции о правах человека 1950 года. Разумеется, Комиссия и Суд эксплицитно или имплицитно ссылались на пункт 5 преамбулы этой Конвенции, отражающий основную характеристику этого документа, который направлен на установление "справедливого равновесия между защитой общих интересов сообщества и соблюдения основных прав человека, придавая последним особое значение"⁷³. Хотя документ, принятый 7 декабря 2000 года в Ницце на саммите Европейского парламента, Совета Европы и Комиссии Европейского союза, недвусмысленно называется "Хартия Европейского союза об основных правах"⁷⁴, он тоже не может помочь в решении вопроса об определении понятия основных прав, поскольку об этом ничего не говорится ни в преамбуле, ни в постановляющей части. Из этого можно было бы сделать вывод, что все права, провозглашенные в пятидесяти четырех статьях Хартии, являются основными правами по смыслу этого документа. Заглавие документа это позволяет. Но таково ли было намерение ее составителей?

27. Представляется, что обоснование судебного постановления, вынесенного Европейским судом по правам человека по делу *Golder*, могло бы помочь в определении содержания понятия основных прав. В этом деле Европейский суд по правам человека не отклонил замечание британского правительства, согласно которому составители Европейской конвенции о правах человека избрали "селективный подход". Конвенция не преследовала цель защитить права человека вообще, а только "некоторые из прав, изложенных во Всеобщей декларации прав человека!"⁷⁵. Из этого можно сделать следующий вывод: так как каждый международно-правовой документ по правам человека имеет целью конкретный аспект прав человека (права детей, права женщин, права трудящихся мигрантов, рабство и т. п.) либо только некоторые права и свободы, позволительно допустить, что все права человека не могут

⁷² См. комментарий Ж.П. Ко и А. Пеле в J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., I, Paris, Economica, 2005, p. 290.

⁷³ *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (fond)*, arrêt du 23 juillet 1968, Série A n° 6, par. 5; см. также l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, Série A n° 161, par. 87; и Théo Van Boven, "[Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales](#)", комментарий к преамбуле в L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (сноска 41, выше), p. 130.

⁷⁴ См. doc. 2000/C 364/01, *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000.

⁷⁵ Arrêt du 21 février 1975, Série A n° 18, par. 34.

осуществляться одновременно. Набор основных прав может варьироваться в зависимости от состояния лиц и положения, в котором они находятся; при этом включение дополнительных прав должно осуществляться при сохранении "основного ядра", которое считается незыблемым. Юристы предпочитают не заниматься этим вопросом напрямую.

iii) Основные права и "неотъемлемые или неотчуждаемые" права человека

a. Определение

28. Правовое определение понятия основных прав человека до сих пор не существует. Понятие, которое используется в некоторых теоретических трудах, ничем не отличается от всей совокупности прав человека⁷⁶, и таким образом охватывает все права и свободы, которые признаются за индивидами национальными конституциями и международными конвенциями и защищаются компетентными национальными и международными органами. В рамках настоящего доклада, а также последующих докладов выражение "основные права" понимается как синоним "основного ядра" прав человека.

29. Согласно академической теории, определенная иерархизация прав человека предоставляет наилучшую гарантию для формирования ядра, которое считается основополагающим в глазах международного сообщества. Это понятие "основного ядра" используется как в международном праве по правам человека, так и в международном гуманитарном праве для обозначения совокупности прав, которые не терпят никаких отступлений. В зависимости от конвенций перечень этих прав варьируется, но он базируется на основе небольшого числа прав, которые представляют собой минимум, необходимый для защиты неприкосновенности и безопасности человека. Их также квалифицируют как неотъемлемые права и в таком случае говорят о "ядре неотъемлемых прав (...)"⁷⁷. В том же смысле один из авторов пишет: «некоторые нормы приобрели особую значимость и широкое признание. Они образуют "основное ядро" прав человека. Это ядро включает (...) так называемые *неотъемлемые* права, которые, действительно, не могут ущемляться даже в случае войны»⁷⁸. Другой автор приходит к такому выводу: «Во всяком случае, в области прав человека есть "основное ядро" прав, которые гарантируют уважение достоинства и физической неприкосновенности человека и подлежат исполнению в любом месте со стороны любой власти. В действительности, речь идет о гарантии ценностей,

⁷⁶ Когда, например, речь идет о электронном журнале *Droits fondamentaux* или исследовательской сети "Droits fondamentaux", имеется в виду вся совокупность прав человека без исключений. То же самое относится ко многим работам, посвященным "основным правам и свободам", которые мы цитировали в сноске 60 (выше).

⁷⁷ Alain Le Guyader, "La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme", dans Denis Maugenest et Paul-Gérard Pougoué (dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, p. 249. Философ, вместе с тем, отмежевывается от этой интерпретации, которую он считает "узким юридическим толкованием" и обогащает дискуссию вокруг этого понятия философскими рассуждениями. Разумеется, что Специальный докладчик будет придерживаться юридического толкования.

⁷⁸ Gérard Cohen-Jonathan, "Les droits de l'homme, une valeur internationalisée", *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 159, электронный журнал, публикуемый по адресу: www.droits-fondamentaux.org.

которые образуют цивилизацию универсального, то, что в тексте Римского статута Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года) получило название "наследие всех культур, хрупкая мозаика, которая в любой момент может быть разрушена"⁷⁹.

30. Вместе с тем идея "основного ядра" неотчуждаемых прав отнюдь не безупречна. Классическое возражение против нее заключается в том, что она предусматривает иерархию прав человека, что противоречит принципу неделимости этих прав. Также считается, что она имеет "субъективный, эволютивный и даже случайный характер, который противоречит принципу универсальности"⁸⁰, что она утверждает фактическое положение дел между государствами, а также что "она всего лишь выражает позитивистский предрассудок"⁸¹.

31. Критика носит скорее идеологический, чем юридический или технический характер. Она основана на принципах универсальности и неделимости прав человека, которые опираются на весьма спорную концепцию, предусматривающую равную значимость и одинаковый юридический статус всех прав. Как мы справедливо заметили, идея основного ядра является "ответом на распространение индивидуалистической концепции прав, которая может поставить под угрозу идею прав человека"⁸².

32. Вопреки тому, что может предложить эта идея на первый взгляд, она дает возможность противостоять культурному релятивизму, оправдывающему отступления и даже посягательства на универсальные и протестные нормы универсализма в области прав человека. На самом деле, универсальное в этом отношении проявляется как "основное ядро"⁸³. Здесь узловой проблемой является проблема выработки операционного критерия идентификации, позволяющего определить содержание основного ядра. Профессор Фредерик Сюдр внес полезные разъяснения по этому вопросу. По мнению этого автора, "основное ядро" непременно предполагает наличие "мягкой оболочки" и вынуждает провести разделительную линию между основными правами и неосновными правами, между приоритетными правами и второстепенными правами, между правами первой очереди и правами второй очереди. Короче говоря, выдвижение правовой гипотезы об "основном ядре" неизменно ведет к постановке вопроса об иерархии прав человека"⁸⁴.

33. Значительная часть ученых считает такой подход порочным и кощунственным, поскольку он вступает в прямое противоречие с принципами

⁷⁹ Mohamed Bennouna, Сообщение на Коллоквиуме, организованном в Сорбонне французской Национальной консультативной комиссией по правам человека по случаю 50-й годовщины Всеобщей декларации прав человека: *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1988. Avenir d'un idéal commun*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 245.

⁸⁰ P.-M. Dupuy, *Droit international public* (сноска 39, выше), p. 225.

⁸¹ A. Le Guyader, "La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme" (сноска 77, выше), p. 254.

⁸² *Ibid.*, p. 255.

⁸³ *Ibid.*, p. 266.

⁸⁴ Frédéric Sudre, "Quel noyau intangible des droits de l'homme?", dans D. Maugenest et P.-G. Pougoué (dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, p. 271.

основоположников теории неделимости и взаимозависимости прав человека⁸⁵.

34. Идея о существовании "основного ядра" прав человека может быть оправдана со строго юридической точки зрения. Помимо философских рассуждений или идеологического и, главным образом, морального подхода к этому вопросу, надо хорошо понимать, что, в действительности, "право в области прав человека не защищает одинаковым образом все права". Если не путать *lex ferenda* и *lex lata*, как это часто случается в некоторых выступлениях воинствующих сторонников прав человека, можно одновременно отметить, что право в области прав человека "не предусматривает одинаковый правовой режим для всех провозглашенных прав в соответствии с принципом кумулятивного и комплементарного применения провозглашенных прав"⁸⁶.

35. Если считать решенным вопрос о том, что с юридической и практической точек зрения идея основного ядра является полезной, то какие же критерии идентификации следует выбрать?

36. Понятие *jus cogens* не может служить удовлетворительным критерием⁸⁷. С одной стороны, несмотря на его закрепленность в договорах и в юридической практике, оно продолжает вызывать споры из-за неопределенности своего содержания. С другой стороны, в области прав человека оно является предметом противоположных концепций: широкой концепции, которая исходит из того, что права человека в целом входят в нормы *jus cogens*, как это предлагается в проектах Комиссии международного права об ответственности государства за международно-противоправные деяния и Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества; и узкой концепции, согласно которой в эти нормы входят лишь некоторые права человека. Г-н Сюрд отмечает, что международные конвенции о защите прав человека, за исключением Африканской хартии прав человека и народов, свидетельствуют о "двойственности юридического режима прав человека": некоторые права, которые этот автор назвал "*условными правами*"⁸⁸, "могут являться предметом ограничений и/или отступлений и, следовательно, могут применяться неполностью и/или временно не применяться; напротив, другие права – *неотъемлемые права* – не могут быть предметом этих ограничений; эти права являются абсолютными и могут применяться в отношении любого лица в любое время и в любом месте"⁸⁹.

37. Операционным критерием идентификации основного ядра прав человека является, следовательно, *неотчуждаемость* рассматриваемых прав. Нельзя отрицать, что понятие "основного ядра" или "ядра неотъемлемых прав" ведет к определенной иерархизации прав человека. Но в данном случае речь идет, разумеется, о фактической иерархизации, вытекающей из анализа

⁸⁵ См., например, P. Meyer-Bisch, "Le problème des limitations du noyau intangible des droits de l'Homme", dans P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Fribourg, Editions universitaires, 1991, p. 101.

⁸⁶ F. Sudre (сноска 84, выше), p. 271.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 272; также *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^e éd. Paris, PUF, 1995, n° 42-44.

⁸⁸ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^e éd., Paris, PUF, 1995, n° 120.

⁸⁹ F. Sudre, "Quel noyau intangible des droits de l'Homme?" (сноска 84, выше), p. 272.

международно-правовых документов, а не из формального правила. В самом деле, мы отмечаем, что основное ядро незыблемых прав, которые пользуются абсолютной защитой, вытекают из основных договоров о защите прав человека, таких как Европейская конвенция о правах человека (статья 15), Американская конвенция о правах человека (статья 27, пункт 2), МПГПП (статья 4, пункт 2). Исключение составляет только Африканская хартия по правам человека и народов.

38. В идее "основного ядра" прав человека находит воплощение концепция так называемых универсальных прав: «вопрос об "основном ядре" постулирует наличие не подлежащей изменению общей основы прав человека, на базе которой можно достичь согласия при всем разнообразии концепций в области прав человека (...)»⁹⁰. И, с точки зрения осуществления прав человека, идея "основного ядра" позволяет сделать практический вывод о том, что постоянно меняющийся перечень прав человека игнорируется многими государствами или воспринимается как обычная петиция о принципах, и поэтому следует гарантировать необходимый минимум, своего рода базовый стандарт, несоблюдение которого исключает какие-либо рассуждения о правах человека"⁹¹.

b. Содержание

39. В совокупности прав человека нужно выделить права, которые составляют основное ядро. При этом определение содержания "основного ядра" у разных авторов различное.

40. Принято считать, что права, образующие "основное ядро" прав человека, включают право на жизнь, запрещение пыток, наказаний и бесчеловечного обращения, рабства и подневольного состояния. Некоторые авторы добавляют сюда принципы равноправия и отсутствие обратной силы закона. Но это содержание может меняться во времени и пространстве. В связи с этим следует отметить, что Протокол № 7 от 22 ноября 1984 года к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод добавляет к перечню незыблемых прав, закрепленных в Европейской конвенции о правах человека 1950 года, новое право: принцип *non bis in idem* (статья 4). Не выходя за рамки обсуждаемых понятий, мы выявили, что перечень прав, образующих "основное ядро", различается на разных континентах. В то время как в Африканской хартии по правам человека и народов нет упоминания о неотчуждаемых правах, в Европе насчитывается пять таких прав, в Америке – одиннадцать и семь в международном плане⁹².

41. Профессор Коэн-Жонатан предлагает более расширенный перечень прав. Согласно ему, сравнение пункта 2 статьи 4 Международного пакта о гражданских и политических правах и пункта 2 статьи 15 Европейской конвенции о правах человека позволяет установить, что в перечень так называемых неотъемлемых прав входят право на жизнь, запрещение пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и

⁹⁰ *Ibid.*, p. 267.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² F. Sudre, "Quel noyau intangible des droits de l'homme?" (сноска 84, выше), p. 274.

запрещение рабства, что примерно соответствует содержанию статьи 3, общей для четырех Женевских конвенций⁹³. Но он добавляет, что, согласно международной судебной практике, сюда следует добавить запрещение явного отказа в правосудии и незаконного содержания под стражей. Кроме того, автор считает, что в этот перечень наряду с прочим необходимо включить запрещение расовой дискриминации в отношении женщин, которое уже специально закреплено в статье 55 с) Устава Организации Объединенных Наций, не забывая о свободе мысли, совести и религии, которая также рассматривается как неотъемлемое право в статье 4 МПГПП⁹⁴.

42. В этих условиях встает вопрос об универсальности "основного ядра". Анализ показывает, что определенное число этих прав составляет общую основу, не подлежащую сокращению во всех перечнях, прав, составляющих "основное ядро". Это «внутреннее ядро "основных ядер"», по выражению Ф. Сюдра, включает четыре права: права на жизнь, право не подвергаться пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания, право не быть обращенным в рабство или подневольное состояние, право на отсутствие обратной силы уголовного закона⁹⁵.

43. В качестве основных прав, связанных с особым положением лица под угрозой высылки, к этому можно добавить принцип недискриминации, право на уважение физической неприкосновенности высланного лица, право на уважение семейной жизни, а также право лица не быть высланным в страну, где его жизни угрожает опасность.

44. Защита, обеспечиваемая соблюдением этих прав, должна дать возможность осуществления права в области прав человека, которым является право на достоинство.

в) Общее обязательство соблюдать права человека

45. В настоящее время достигнуто согласие в отношении того, что существует общее международное обязательство по соблюдению прав человека⁹⁶. Речь идет о любом обязательстве *erga omnes*, согласно формулировке знаменитого постановления Международного Суда по делу *Barcelona Traction*. Суд заявляет:

"Основное различие должно, в частности, устанавливаться между обязательствами государств в отношении международного сообщества в целом и обязательствами, которые возникают в отношении другого государства в рамках дипломатической защиты. По своему характеру первые касаются всех государств. Принимая во внимание важность обсуждаемых прав, все государства могут рассматриваться как государства, имеющие юридический интерес в том, чтобы эти права были защищены; обязательства, о которых здесь идет речь, являются обязательствами *erga omnes*."

⁹³ См. G. Cohen-Jonathan, "Les droits de l'homme, une valeur internationalisée" (сноска 78, выше), p. 159.

⁹⁴ Ibid., p. 160.

⁹⁵ Ibid., P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme* (сноска 85, выше); P.-M. Dupuy, *Droit international public*, (сноска 39, выше), p. 226.

⁹⁶ См. J.-F. Flauss в D. Alland (dir.), *Droit international public* (сноска 67, выше), p. 577 à 593; G. Cohen-Jonathan, "Les droits de l'homme, une valeur internationalisée" (сноска 78, выше), p. 160 et 161.

В современном международном праве, например, эти обязательства вытекают из постановки вне закона актов агрессии и геноцида, а также из принципов и норм, касающихся основных прав человека, включая защиту от практики рабства и расовой дискриминации (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23*). Некоторые права по обеспечению соответствующей защиты были включены в общее международное право (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23*); другие – в международно-правовые документы универсального или квазиуниверсального характера⁹⁷.

46. В том же смысле, Международный Суд в своем решении от 27 июня 1986 года по делу, касающемуся военных и полувоенных действий в Никарагуа и против Никарагуа (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), отметил, что "отсутствие обязательства (в области соблюдения прав человека) не означает, что государство может безнаказанно нарушать права человека"⁹⁸.

47. Повторяя формулировку решения Международного Суда по делу *Barcelona Traction*, Институт международного права в своей резолюции от 13 сентября 1989 года⁹⁹, касаясь общего международного обязательства по соблюдению прав человека, заявил, что "оно возлагается на любое государство в отношении международного сообщества в целом и что любое государство имеет юридический интерес в защите прав человека".

48. Проекты статей об ответственности государства за международно-противоправные деяния в той формулировке, в какой они были приняты Комиссией в первом чтении в 1996 году, очень четко закрепляют эту идею обязательств *erga omnes*, когда речь идет о нормах в области "защиты прав человека и основных свобод", а также возможность уголовного преследования, которая стимулируется этой идеей. В самом деле, проект статьи 40¹⁰⁰ квалифицирует государство как "потерпевшее государство" "(...) е) если право, которому деяние какого-либо государства наносит ущерб, вытекает из многостороннего договора или нормы обычного международного права, всякое другое государство – участник многостороннего договора или связанное нормой обычного международного права, когда оно устанавливает: (...) iii) что право было создано или признано для защиты прав человека". В окончательном варианте проекта статей, принятом Комиссией во втором чтении в 2001 году, который был принят к сведению Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в ее резолюции 56/83 от 12 декабря 2001 года, решение, по сути, в целом остается тем же, хотя выражение

⁹⁷ Arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33 et 34.

⁹⁸ *C.I.J. Recueil 1986*, par. 267.

⁹⁹ Session de Saint-Jacques-de-Compostelle; см. по этому аспекту работы Института, G. Cohen-Jonathan, "La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", в *La responsabilité dans le système international*, Colloque de la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 1991, p. 120.

¹⁰⁰ См. Доклад Комиссии международного права о работе ее сорок восьмой сессии (6 мая – 26 июля 1996 года), документ A/51/10SUPP, в *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 66 et 67.

"потерпевшее государство" больше не используется в отношении этого варианта и в тексте проекта статей больше не содержится в настоящем контексте эксплицитной ссылки на права человека и основные свободы. Действительно, в соответствии с пунктом 1 статьи 48 в редакции 2001 года, "государство, иное чем потерпевшее государство", вправе ссылаться на ответственность другого государства, согласно пункту 2 данной статьи, если: "а) Обязательство нарушено группой государств, к которой оно принадлежит, и если обязательство выработано с целью защиты коллективных интересов группы; или б) Обязательство нарушено международным сообществом в целом". В связи с этим следует подчеркнуть, что, когда речь идет о пункте а), в комментарии к этой статье в качестве примера приводится случай "региональной системы защиты прав человека"¹⁰¹, а когда речь идет о пункте б), в комментарии дается ссылка, в частности, на выдержку из решения Международного Суда по делу *Barcelona Traction*, и цитируются в качестве примеров обязательств *erga omnes* "принципы и нормы, относящиеся к основным правам человека, включая защиту от практики рабства и расовой дискриминации"¹⁰².

49. Из вышеизложенных положений можно сделать вывод, что нарушение государством своих обязательств в области защиты прав человека может служить основанием для возникновения ответственности этого государства перед всеми остальными государствами – участниками данного договора, когда речь идет о договорном обязательстве, или перед всеми государствами, когда нарушенное обязательство относится к сфере общего международного права, и что его соблюдение возлагается на международное сообщество в целом.

50. Это общее международное обязательство по соблюдению прав человека становится еще более необходимым, когда речь идет о лицах, чей правовой статус усугубляет шаткость их положения, как в случае с подлежащими высылке иностранцами. Поэтому на основании материалов международной судебной практики, о которых говорилось выше, с учетом совпадения научных взглядов по данному вопросу, которые находят широкую поддержку в работе авторитетных кодификационных органов, можно предложить следующий проект статьи:

***Проект статьи 8: Общее обязательство соблюдать права человека
высылаемого лица***

Любое высланное или высылаемое лицо имеет право на соблюдение своих основных прав, а также всех прочих прав, реализация которых обусловлена его специфическим положением.

с) Права высылаемого лица, подлежащие специальной защите

51. Как человек, иностранец, находящийся на территории государства, пользуется защитой своих прав человека. В своем положении подлежащего

¹⁰¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/56/10), р. 345 французского текста, пункт 7 комментария.

¹⁰² Там же, стр. 346, пункт 9 комментария.

высылке иностранца, он пользуется, помимо этой общей защиты, специальной защитой некоторых из этих прав. Как Институт международного права уже предлагал в конце XIX века в статье 17 Женевской резолюции от 9 сентября 1892 года "Международные правила допуска и высылки иностранцев": "Поскольку высылка не является наказанием, она должна осуществляться со всеми возможными предосторожностями, принимая во внимание особое положение лица"¹⁰³.

52. Специальная защита указанных прав лица, подлежащего высылке, обеспечивается благодаря правам, предусмотренным в "основном ядре", причем эти неотъемлемые права высылаемого лица вытекают из международно-правовых документов и закреплены в международной судебной практике. К числу этих прав относятся:

- право на жизнь;
- право на достоинство;
- право на неприкосновенность личности;
- недискриминация;
- право не подвергаться пыткам и бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания;
- право на семейную жизнь.

i) Право на жизнь

53. Право на жизнь, которое, согласно пункту 1 статьи 6 МПГПП, "есть неотъемлемое право человека", провозглашается, разумеется, в различных формулировках в основных международно-правовых документах по правам человека как универсального¹⁰⁴, так и регионального характера¹⁰⁵.

54. В чем заключается это право? Всеобщая декларация прав человека 1948 года не дает на этот счет никаких разъяснений. В статье 3 Декларации в лаконичной форме утверждается только, что "Каждый человек имеет право на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность". Американская декларация прав и обязанностей человека 1948 года в статье 1 ограничивается повторением *in extenso* этой формулировки.

55. И только в Европейской конвенции о правах человека право на жизнь провозглашено в развернутой форме, раскрывая его содержание. Статья 2 этой Конвенции гласит:

¹⁰³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1894, 2^e partie, p. 222.

¹⁰⁴ См., в частности, статью 3 Всеобщей декларации прав человека 1948 года и статью 6 Международного пакта о гражданских и политических правах.

¹⁰⁵ См. статью 2 Европейской конвенции о правах человека 1950 года; статью 2 Хартии Европейского союза об основных правах; статью 3 Американской конвенции о правах человека 1969 года; статью 1 Американской декларации прав и обязанностей человека 1948 года; статью 4 Африканской хартии прав человека и народов 1981 года.

"1. Право каждого человека на жизнь охраняется законом. Никто не может быть умышленно лишен жизни иначе как во исполнение смертного приговора, вынесенного судом за совершение преступления, в отношении которого законом предусмотрено такое наказание.

2. Лишение жизни не рассматривается как совершенное в нарушение данной статьи, если оно является результатом применения силы, абсолютно необходимой:

- a) для защиты любого лица от незаконного насилия;
- b) для осуществления законного ареста или предотвращения побега лица, задержанного на законных основаниях;
- c) для подавления, в соответствии с законом, бунта или мятежа".

56. Как можно заметить, данная концепция права на жизнь не исключает смертную казнь в качестве возможного наказания за совершение определенных уголовных преступлений, вынесенного судом в соответствии с законом. Этот подход повторяется и в МПГПП в формулировке третьего предложения пункта 1 статьи 6, согласно которой "Никто не может быть незаконно лишен жизни". Следуя логике этой позитивной формулировки, это означает, что лицо может быть лишено жизни при условии, что это не будет сделано незаконным образом. Цитируемая формулировка из МПГПП воспроизводится дословно в статьях 4, соответственно, Американской конвенции о правах человека 1969 года и Африканской хартии прав человека и народов 1981 года.

57. Во втором Факультативном протоколе 1989 года к МПГПП, направленном на отмену смертной казни, коренным образом изменяется значение нормы, провозглашающей право на жизнь, о чем гласит статья 1:

"1. Ни одно лицо, находящееся под юрисдикцией государства – участника настоящего Протокола, не подвергается смертной казни.

2. Каждое государство-участник принимает все необходимые меры для отмены смертной казни в рамках своей юрисдикции".

В том же смысле статья 1 Протокола № 6 от 28 апреля 1983 года к Европейской конвенции о правах человека гласит: "Смертная казнь отменяется. Никто не может быть приговорен к смертной казни или казнен". Структура статьи 2 Хартии Европейского союза об основных правах наглядно демонстрирует, что запрещение смертной казни и исполнение смертного приговора понимаются как неизбежное следствие права на жизнь. Поэтому, после напоминания в пункте 1 этой статьи о том, что "любое лицо имеет право на жизнь", пункт 2 данной статьи постановляет, что "никто не может быть ни приговорен к смертной казни, ни казнен". Таким образом, право на жизнь имеет следствием запрещение смертной казни и исполнения смертного приговора.

58. Вместе с тем такое запрещение противоречит законодательству ряда стран за пределами Европы и отнюдь не является универсальной нормой обычного права, несмотря на мораторий на применение смертной казни, принятый резолюцией 62/149 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций

от 18 декабря 2007 года¹⁰⁶. Разумеется, Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций в течение последних десяти лет, предшествующих принятию данной резолюции, уже принимал на своих заседаниях резолюции, обязывающие "государства, которые еще сохраняют смертную казнь, отменить ее окончательно, а пока ввести мораторий на исполнение смертных приговоров"¹⁰⁷. Но в данном случае, как и в самой резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, речь идет о рекомендациях, не имеющих обязательной силы и не выражающих *opinio juris communis* в этом вопросе, поэтому резолюция 62/149 не была принята единогласно.

59. В плане судебной практики вопрос высылки, экстрадиции или принудительного возвращения лица в государство, в котором имеется риск посягательства на его право на жизнь, рассматривался как на международном, так и на региональном уровне.

60. На международном уровне Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций рассматривал этот вопрос в хорошо известном деле *Ng против Канады (Ng c. Canada)* (1993 год)¹⁰⁸, которое, хотя и касается проблемы экстрадиции, а не проблемы высылки, может, тем не менее, внести ясность в обсуждаемый вопрос. Г-н Ng – заключенный, совершивший несколько серийных убийств. Лишенный моральных устоев, он считался особо опасным преступником. Соединенные Штаты Америки обратились к Канаде с просьбой об экстрадиции данного лица, обосновав это тем, что он совершил убийства на их территории. Таким образом, речь шла об экстрадиции заявителя в государство, где ему грозила смертная казнь. Осознавая, что МПГПП допускает смертную казнь (во всяком случае, не запрещает ее), Канада экстрадировала Ng в Соединенные Штаты. Хотя Канада и не нарушила статью 6 Пакта, она, тем не менее, была подвергнута осуждению как нарушившая свои обязательства по статье 7, так как в данном случае смертная казнь могла быть приведена в исполнение посредством удушения газом, что могло вызвать страдания и продолжительную агонию, а не быструю смерть. Таким образом, в данном деле было подвергнуто осуждению возможное жестокое обращение с человеком.

61. Вместе с тем в 2003 году Комитет по правам человека изменил своей судебной практике в этом вопросе в деле *P. Джаджа против Канады (P. Judge c. Canada)*. Речь шла о человеке, который в Соединенных Штатах Америки был приговорен к смертной казни за убийство, а затем бежал в Канаду. Он выступал против своей экстрадиции в Соединенные Штаты Америки, ссылаясь на то, что

¹⁰⁶ См. резолюцию 62/149 от 18 декабря 2007 года, в которой Ассамблея "призывает все государства, в которых еще сохраняется смертная казнь", наряду с прочим: с) постепенно ограничивать применение смертной казни и сокращать число преступлений, которые могут караться смертной казнью; d) ввести мораторий на приведение смертных приговоров в "исполнении в целях отмены смертной казни" (пункт 2). Кроме того, Ассамблея "призывает все государства, в которых была отменена смертная казнь, не вводить ее вновь" (пункт 3).

¹⁰⁷ Последней резолюцией, принятой данным Комитетом до принятия Генеральной Ассамблеей резолюции от 18 декабря 2007 года, была резолюция 2005/59 от 20 апреля 2005 года.

¹⁰⁸ Сообщение № 469/1991, A/49/40, приложение IX, разд. C; *Commentaire dans Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 150. См. также дело Киндлер против Канады (*Kindler c. Canada*) (1993), сообщение № 470/1991, A/48/40, приложение XII, разд. U и *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 165; дело Кокс против Канады (*Cox c. Canada*) (1995), сообщение № 539/1993, A/50/40, приложение X, разд. M и *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 13.

там ему грозит смертная казнь. Комитет обратился к своей предыдущей судебной практике, дав новое толкование пункта 1 статьи 6 Пакта, на основании чего, после развернутого аргументирования, сделал следующее заключение:

"По всем этим соображениям Комитет считает, что Канада, как государство-участник, которое отменило смертную казнь, независимо от того, что оно еще не ратифицировало второй Факультативный протокол к Пакту, направленному на отмену смертной казни, допустило нарушение права на жизнь, гарантированного пунктом 1 статьи 6, высылая лицо, совершившее преступление, в Соединенные Штаты Америки, не испросив заверения в том, что он не будет казнен. Комитет признает, что сама Канада не вынесла смертный приговор, но считает, что, высылая лицо, совершившее преступление, в страну, где оно приговорено к смертной казни, она установила основное звено цепочки причинных связей, которое делает возможной казнь лица, совершившего преступление"¹⁰⁹.

62. Из этого решения следует, что:

- i) государство, которое отменило смертную казнь, не может экстрадировать или высылать, или, говоря вообще, выдавать лицо, приговоренное к смертной казни в государство, в котором существует эта мера наказания, не получив предварительно гарантии, что данная мера наказания не будет к нему применена или что она не будет приведена в исполнение;
- ii) государства, которые еще не отменили смертную казнь и продолжают применять ее в соответствии с положениями пункта 2 статьи 6 МПГПП, не подчиняются этому обязательству, которое действует для государств, отменивших смертную казнь.

63. Что касается судебной практики региональных судебных органов по правам человека, то Европейский суд по правам человека в первый раз столкнулся с этим вопросом в известном деле *Soering c. Royaume-Uni*¹¹⁰: заявитель, который совершил убийство, возражал против своей экстрадиции в Соединенные Штаты Америки, где ему грозила смертная казнь. Он аргументировал это тем, что экстрадиция, якобы, нарушает статью 3 Европейской конвенции о правах человека, в частности, в том что касается условий, в которых он окажется в комнате смертников во время долгого ожидания исполнения приговора. Проблема, таким образом, заключалась не в том, что ему в случае экстрадиции грозило исполнение смертного приговора – поскольку смертная казнь не запрещена Конвенцией, – а в обстоятельствах, которые сопровождают исполнение смертных приговоров в Соединенных Штатах Америки. Это скользкое положение вынудило Суд принять решение по поводу того, был ли, на самом деле, риск того, что он мог подвергнуться пыткам или бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения, а, следовательно, будет ли иметь место нарушение статьи 3 в случае экстрадиции заявителя. То есть, не столько смертная казнь лежала в основе судебного

¹⁰⁹ Сообщение № 829/1998, соображения приняты 5 августа 2003 года, A/58/40, приложение VI, разд. G, пункт 10.6.

¹¹⁰ Requête No. 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989.

решения, сколько условия, в которых эта казнь могла быть приведена в исполнение.

64. Межамериканская комиссия по правам человека за последний период рассмотрела различные жалобы, в которых государства – члены Организации американских государств обвинялись либо по факту нарушения положений Американской конвенции по правам человека ("Пакт Сан-Хосе"), либо по факту нарушения положений Декларации о правах и обязанностях человека 1948 года. Так, в деле *Hugo Armendáriz c. Etats-Unis*¹¹¹ заявитель выдвигал в качестве аргумента, что его высылка из Соединенных Штатов в Мексику была осуществлена в нарушение положений этой Декларации, в частности статьи 1, в которой закреплено право на жизнь. В деле *Marino Lopez et al. (Operation Genesis) c. Colombie*¹¹² заявители, наряду с другими фактами, также ссылались на нарушение пункта 1 статьи 4 Американской конвенции по правам человека, в которой закреплено это же право. Комиссия заявила о приемлемости этих жалоб, хотя и не рассматривала их по существу.

65. Вместе с тем Межамериканский суд по правам человека вынес решение по вопросу об обязательстве защищать жизнь и неприкосновенность лиц, подлежащих высылке, в деле *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine*. В судебном постановлении от 2 февраля 2006 года, вынесенным по этому делу, Суд, принимая во внимание: свое постановление от 18 августа 2000 года, призывающее Доминиканскую Республику принять все необходимые меры для "защиты жизни и личной неприкосновенности" Бенито Тиде-Мендеса, Антонио Сенсиона, Андреа Алезе, Жанти Фис-Эме и Вильяма Медина-Ферраса, а также святого отца Педро Рукоя и мадемуазель Соланж Пьер; свое постановление от 12 ноября 2000 года, одобряющее решение от 14 сентября 2000 года, в котором председатель суда призывал эту страну принять "все необходимые меры для защиты жизни и личной неприкосновенности" Рафаелито Переса Чарлеса и Берсона Желима; и постановление Суда от 26 мая 2001 года, напоминающее о двух предыдущих постановлениях¹¹³, постановляет:

"1. Одобрить постановление Председателя Межамериканского суда по правам человека от 5 октября 2005 года, в котором государству предписывалось принять и осуществить все необходимые меры для защиты жизни и личной неприкосновенности четырех детей госпожи Солен Пи или Солен Пьер, или Соланж Пьер.

2. Подтвердить то, что было изложено в постановлениях Межамериканского суда по правам человека от 18 августа 2000 года, от 12 ноября 2000 года и от 26 мая 2001 года в отношении того, что государство должно обеспечить осуществление всех принятых мер и безотлагательно предпринять все необходимые шаги, чтобы обеспечить эффективную защиту жизни и личной неприкосновенности Бенито Тиде-Мендеса, Антонио Сенсиона, Жанти Фис-Эме и Вильяма Медиана-Ферраса, Рафаелито Переса-Чарлеса и Берсона Желима, святого отца

¹¹¹ Report N° 57/06, Petition 526-03, Admissibility, July 20, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 563, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, par. 2.

¹¹² Report N° 86/06, Petition 499-04, Admissibility, October 21, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 273, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, par. 2.

¹¹³ Ordonnance du 2 février 2006, par. 1, 2 et 3.

Педро Рукоя и Андреа Алеззи, Солен Пи или Солен Пьер, или Соланж Пьер.

3. Призвать государство создать надлежащие условия для возвращения к себе на родину в Доминиканскую Республику Солен Пи или Солен Пьер, или Соланж Пьер и ее четырех детей и, как можно скорее, принять все необходимые меры для защиты их жизни и личной неприкосновенности.

[...]"¹¹⁴

66. Из анализа вышесказанного можно сделать следующие выводы:

- a) Во-первых, право на жизнь любого человека – это его прирожденное право, формально закрепленное международными нормами в области прав человека. И, как таковое, оно применяется к лицам в неустойчивом положении, таким как иностранцы, подлежащие экстрадиции, высылке или принудительному возвращению. В этом плане оно может также пониматься как обязательство высылающего государства защищать жизнь вышеупомянутых лиц как в принимающем государстве, так и с учетом ситуации в государстве назначения. Таков смысл пункта 8 статьи 22 Американской конвенции о правах человека, которая налагает серьезные ограничения в вопросах высылки и преобразует право на жизнь иностранца в обязательство высылающего государства обеспечить защиту этого права. Эта статья гласит: "Ни в коем случае иностранец не может быть выслан или возвращен в страну, независимо от того, является она или нет его страной происхождения, если в этой стране его право на жизнь и на личную неприкосновенность может быть поставлено под угрозу по признаку расовой принадлежности, национальности, вероисповедания или политических убеждений". Пункт 1 статьи 33 Конвенции о статусе беженцев содержит аналогичное положение;
- b) Во-вторых, право на жизнь не обязательно предусматривает запрещение смертной казни и исполнения смертных приговоров. Конечно, с точки зрения договорного права и европейского процессуального права следовало бы утвердительно ответить на вопрос о том, запрещена ли любая экстрадиция (или высылка) в государство, где рассматриваемому лицу угрожает смертная казнь. Но не следует заниматься обобщениями, поскольку на данный момент такой нормы обычного права не существует;
- c) В-третьих, государство, которое отменило смертную казнь, не может экстрадировать или выслать лицо, приговоренное к смерти, в страну, не получив предварительно гарантий, касающихся неприменения смертной казни в отношении этого лица. Однако это обязательство действительно только для тех государств, которые отменили смертную казнь.

67. Есть основание предложить следующий проект статьи:

¹¹⁴ *Ibid.*, часть постановления.

**Проект статьи 9: Обязательство защищать право на жизнь
высылаемого лица**

**1. Высылающее государство защищает право на жизнь
высылаемого лица.**

**2. Государство, которое отменило смертную казнь, не может
выслать лицо, приговоренное к смерти, в государство, где этому
лицу грозит смертная казнь, не получив предварительно
гарантию того, что смертная казнь не будет приведена в
исполнение.**

ii) Право на достоинство

68. В последнее время понятие человеческого достоинства с интересом обсуждается в юридической литературе¹¹⁵. Во внутреннем праве, в частности, ученые разделились в вопросе о его юрисдикции: некоторые авторы пришли к заключению, что введение для него правового понятия¹¹⁶ опасно и даже невозможно, другие, напротив, сочли, что достоинство получило правовой статус и что оно является основанием для нового права¹¹⁷. Между тем существование правового понятия достоинства в позитивном праве во внутреннем праве многих стран не вызывает сомнения¹¹⁸.

69. На международном уровне следует отметить совпадения в возникновении и развитии понятия человеческого достоинства и понятия основных прав человека. В этой эволюции достоинство предстает одновременно как

¹¹⁵ См., в частности, Bertrand Mathieu, "La dignité de la personne humaine, quel droit? quel titulaire?", *Daloz, chronique*, 1996, p. 282 и след.; Saint-James, "Réflexions sur la dignité humaine en tant que concept juridique du droit français", *Daloz, chronique*, 1997, p. 61 et s.; B. Edelman, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", *Daloz, chronique*, 1997, p. 185 et s.; L. Richer, "Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?" *Actualité juridique du droit administratif*, 1988, n° spécial, p. 1 et s.; Champeil-Desplats, «La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français», *Daloz, chronique*, 1995, p. 323 et s.; M.-L. Pavia, "Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental", *Les Petites Affiches*, 1994, n° 54, p. 6 et s.; Laurent Marcoux, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit des Communautés européennes" в *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1992 ; ainsi que J.-M. Tchakoua, Thèse (сноска 49, выше), p. 11 et s.

¹¹⁶ См., в частности, J.-P. Theron, "Propos sur une jurisprudence contestable", в *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 295 et s.; Anne-Marie Le Pourhiet, "Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale" в *Etudes en honneur Georges Dupuis*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 213 et s.; Claire Neirinck, "La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique", в Pedrot (Dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999.

¹¹⁷ См., в частности, B. Edelman, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau" et B. Mathieu, "La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ?" (сноска 115, выше).

¹¹⁸ Ссылки на достоинство все чаще встречаются как в нормативных актах, так и в судебных постановлениях. В качестве примера нормативных актов можно привести следующие: во Франции – раздел III главы V Уголовного кодекса, который озаглавлен: "Посягательства на достоинство", Кодекс профессиональной этики врачей, Закон о биоэтике, включенный в Гражданский кодекс; в Камеруне – преамбула Конституции, которая включает международно-правовые документы по правам человека, участником которых является страна (см. в этой связи статью 5 Африканской хартии прав человека и народов). Что касается судебных решений, то приведем, в частности, решения Конституционного совета Франции от 27 июля 1994 года и от 25 января 1995 года (*Recueil*, 1994 et 1995), решение Государственного Совета Франции от 25 октября 1995 года (*Recueil*, 1995) и решение Апелляционного суда Парижа от 28 мая 1996 года (*Daloz, Jurisprudence*, 1996, p. 617 et s., note, B. Edelman). О процессе возникновения достоинства как нового права и о смятении, которое оно внесло во французскую доктрину, см. J.-M. Tchakoua, Thèse (сноска 49, выше), p. 12 à 26.

обоснование и матричный принцип, служащий основой для других прав. Выступая в качестве нравственно-философского обоснования основных прав, принцип уважения человеческого достоинства образует фундамент всех остальных прав человека. Впервые ссылка на эти два понятия дается во втором пункте преамбулы Устава Организации Объединенных Наций, в котором "Народы Объединенных Наций" "преисполнены решимости" "вновь утвердить веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равноправие мужчин и женщин (...)". Вслед за Уставом Организации Объединенных Наций в пункте 1 преамбулы Всеобщей декларации прав человека 1948 года говорится: "*Принимая во внимание*, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира".

70. Следует сказать, что, несмотря на значимость этого высказывания, ссылка на человеческое достоинство до сих пор оставалась на уровне преамбулы (при этом здесь нет необходимости вступать в дискуссию о значении преамбулы в международно-правовом документе)¹¹⁹. Понятие более четко было сформулировано в постановляющей части Африканской хартии прав человека и народов 1981 года, статья 5 которой постановляет: "Каждый человек имеет право на уважение его достоинства, присущего человеческой личности, и на признание его правосубъектности. (...)". Последний акт – Хартия Европейского союза об основных правах, принятая в 2000 году, начинается с этого понятия. Статья 1, озаглавленная "Достоинство человека", гласит: "Достоинство человека неприкосновенно. Его необходимо уважать и защищать".

71. Международная судебная практика закрепила позитивность понятия человеческого достоинства в международном праве в области прав человека и, кроме того, внесла новые элементы в его содержание. Решение Палаты первой инстанции Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии по делу *Furundzija* представляет в этом отношении особый интерес. Палата

"считает, что насильственное введение мужского полового органа в рот является *посягательством на человеческое достоинство особенно бесчеловечным и унижающим*. Основное предназначение норм международного гуманитарного права и международного права в области прав человека состоит в том, чтобы защищать достоинство человека независимо от того, является он мужского или женского пола. Общий принцип уважения человеческого достоинства лежит в основе международного гуманитарного права и международных норм в области прав человека и, в действительности, является смыслом их существования: его значимость во всей системе международного права заметно возросла. Этот принцип имеет целью защитить личное достоинство человека от любого посягательства, которое может заключаться в физическом насилии, унижениях или действиях, наносящих ущерб чести, самоуважению или душевному комфорту человека. И тот факт, что сексуальное насилие в такой грубой форме, как насильственное

¹¹⁹

По этому вопросу см., в частности, J.P.-Cot et A. Pellet, комментарий преамбулы в Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd. Paris, Economica, 2005, p. 287 à 312; Théo Van Boven, "Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Préambule", в L.E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, (сноска 41, выше), p. 125 à 134.

проникновение в рот, квалифицируется как изнасилование, является частью этого принципа"¹²⁰.

72. Будучи высшей человеческой ценностью в аксиологии, достоинство не имеет цены; оно воплощает абсолютный идеал, который точно передается понятием неотчуждаемости основных прав или "основного ядра" прав человека. Следовательно, наряду с правом на жизнь, которое является первичным правом, оно является фундаментальным правом, которым обладает любой человек. Это право приобретает особое значение для выслаемых лиц ввиду угрозы злоупотреблений, которой подвергаются иностранцы, в частности, находящиеся на незаконном положении в выслающем государстве. Поэтому в данном случае необходимо переформулировать это право с использованием специальных терминов, в соответствии с реальным положением выслаемого иностранца. За основу нижеуказанного проекта статьи взята статья 1 Хартии Европейского союза об основных правах. Первое предложение статьи полностью повторяется в пункте 1 проекта, а второе предложение вошло в пункт 2 с дополнениями, которые усиливают защиту высланного или выслаемого лица.

Проект статьи 10: Обязательство уважать достоинство выслаемого лица

1. Достоинство человека неприкосновенно.

2. Достоинство выслаемого лица должно уважаться и защищаться в любых обстоятельствах, независимо от того, находится это лицо на законном или незаконном положении в выслающем государстве.

iii) Запрещение пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания

73. Это запрещение было закреплено во многих международно-правовых документах. Так, статья 5 Всеобщей декларации прав человека гласит: "Никто не должен подвергаться пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим его достоинство обращению и наказанию". Это положение повторяется в статье 3 Европейской конвенции о правах человека¹²¹, в первом предложении пункта 2 статьи 5 Американской конвенции о правах человека и в первом предложении статьи 7 МПГПП. В Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания это положение повторяется в пункте 4 преамбулы, согласно которому государства-участники заявляют, что они принимают во внимание статью 5 Всеобщей декларации прав человека и статью 7 Международного пакта о гражданских и политических правах, которые упоминались выше. Африканская хартия прав человека и народов тоже закрепляет эту норму, но в формулировке, связанной с другими категориями запрещенных посягательств на человеческое достоинство. Действительно, во втором предложении статьи 5 Хартии предусматривается, что "всякие формы эксплуатации и умаления достоинства, особенно рабство,

¹²⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Furundzija* (affaire no II-95-17/1), Chambre de première instance, Jugement, 10 décembre, 1998, par. 183.

¹²¹ "Никто не должен подвергаться пыткам или бесчеловечным или унижающим его достоинство обращению или наказанию".

торговля людьми, физические и моральные пытки, жесткое, бесчеловечное или унижающее достоинство наказание или обращение, должны быть запрещены"¹²².

74. Формулировка общего характера не позволяет дать точное определение содержания нормы. Международная судебная практика может оказать в этом плане большую помощь. Европейский суд по правам человека, в частности, обладает богатым опытом и хорошо разработанной системой рассмотрения дел по этому вопросу¹²³. Согласно этой установившейся и единообразной судебной практике, статья 3 Европейской конвенции о правах человека предусматривает обязательство не выслать лицо в страну, где оно может подвергнуться пыткам или бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения¹²⁴.

75. Из этой экстенсивной и теологической интерпретации обязательств, возлагаемых на государства – участники Конвенции, следует, что статья 3 не ограничивается тем, что запрещает Высоким Договаривающимся государствам применять пытки или любое бесчеловечное или унижающее достоинство обращение, но и предписывает им соответствующее обязательство не ставить лицо, находящееся под их юрисдикцией, в такое положение, когда оно может стать жертвой такого нарушения даже со стороны третьего государства¹²⁵. Согласно решению Европейской комиссии по правам человека по делу *Kirkwood c. Royaume-Uni*, эта интерпретация «[...] основывается на очень широкой формулировке статьи 3 Конвенции и на обязательстве, которое накладывается этой статьей и статьей 1 на Высокие Договаривающиеся стороны защищать "любое лицо, находящееся под их юрисдикцией" от риска такого обращения, учитывая его непоправимый характер»¹²⁶.

¹²² В том же смысле статья 6 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, гласит, что "ни один иностранец не должен подвергаться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающему его достоинство обращению или наказанию (...)".

¹²³ Отметим, что Межамериканская комиссия по правам человека заявила о приемлемости нескольких жалоб, в которых государства – члены Организации американских государств обвинялись в плохом обращении (нарушение статьи 5 Пакта Сан-Хосе), хотя она и не рассматривала эти дела по существу: см. дела *Sebastian Echaniz Alcorta et Juan Victor Galarza Mendiola c. Venezuela*, Report N° 37/06, Petition 562-03, March 15, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 607, OEA/Ser. L/V/II. 127 doc. 4, para. 2; *Jesús Tranquilino Vélez Loor c. Panama*, Report N° 95/06, Petition 92-04, Octobre 23, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 500, OEA/Ser. L/V/II. 127 doc. 4, par. 1; *Hugo Armendariz c. Etats-Unis et Marino Lopez et al. C. Colombie* précitées (сноски 111 и 112, выше).

¹²⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Série A*, 1996-V, n° 22, p. 1853, par. 73 et 74.

¹²⁵ См. Vincent Chetail, "Les droits des réfugiés à l'épreuve [des droits de l'homme](#): Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne [des droits de l'homme](#) sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitement inhumains ou dégradants", *Revue belge de droit international*, 2004/1, p. 161.

¹²⁶ Commission européenne des droits de l'homme, requête n° 10479/83, *Kirkwood c. Royaume-Uni*, décision du 12 mars 1984, *Décisions et rapports* 37, p. 215 et 216. О замечаниях по мотивам вышеизложенной интерпретации см. V. Chetail, (сноска 125, выше), p. 161 et 162.

76. Обоснование Суда было систематизировано в доктрину посредством теории "защита рикошетом"¹²⁷, позволяющей ссылаться на "производные права Конвенции, которые, как таковые, ею не гарантируются, но пользуются ее косвенной защитой путем привлечения другого гарантированного права"¹²⁸. Запрещение не высылать иностранца, который может попасть в руки истязателей, или в страну, где ему угрожают пытки или бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения, является имплицитным обязательством, которое вытекает из самого характера защищаемого права.

77. Европейский суд по правам человека нашел в деле *Soering c. Royaume-Uni*¹²⁹ возможность уточнить свое обоснование. Его доводы строились по трем основным направлениям, а именно:

- i) нейтральность третьего государства в плане международной ответственности, поскольку речь не идет об экстратерриториальном применении статьи 3, дающим возможность убедиться, что третье государство соблюдает положения договора, участником которого оно может не быть;
- ii) преимущественная сила Европейской конвенции над остальными договорными обязательствами государств-участников;
- iii) имплицитное обязательство, содержащееся в статье 3, противодействовать экстрадиции или высылке лица, которое подвергается риску пыток и других видов бесчеловечного или унижающего достоинство обращения.

78. Прошло уже около двадцати лет, а споры о доводах Европейского суда по правам человека в деле *Soering* не утихают¹³⁰. При этом не вызывает сомнения тот факт, что, даже строго придерживаясь тональности конвенций, из статьи 3 Европейской конвенции о правах человека вытекает норма абсолютного характера в той степени, в какой пункт 2 статьи 15 данной Конвенции гласит, что Высокие Договаривающиеся стороны не могут отступать от запрещения пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения даже во время войны или иного чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации.

¹²⁷ Frédéric Sudre, «La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 866 à 868 ; см. также Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 84 et 304.

¹²⁸ F. Sudre, "Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989", *Revue générale de droit international public*, 1990, p. 108.

¹²⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, *Décisions et rapports*, p. 33, par. 86.

¹³⁰ Кроме вышеуказанных работ см. также C. Van Den Wyngaert, "Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?", *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, p. 757 à 779; C. Warbrick, "Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the *Soering Case*", *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 1073 à 1096; S. Breitenmoser et G.E. Wilms, "Human Rights v. Extradition: The *Soering Case*", *ibid.*, p. 845 à 886; B.I. Richard, "The *Soering Case*", *American Journal of International Law*, 1991, p. 128 à 149; H.G. Vander Wilt, "Après *Soering*: the Relationship between Extradition and Human Rights in the Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States", *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 1995, p. 53 à 80; S. Zohlke et J.-C. Pastille, "Extradition and the European Convention – *Soering Revisited*", *Zeitschrift für ausländischer öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, p. 749 à 784; см. также V. Chetail (сноска 125, выше), p. 165.

Этот мотив чаще всего используется в теоретических трудах для обоснования возможности применения статьи 3 к мерам о высылке (понимаемым здесь в общем смысле) иностранцев. С точки зрения международной ответственности высылающее государство стало бы соучастником неблагоприятных действий государства назначения на том основании, что посредством высылки оно способствовало бы ему в совершении противоправного деяния.

79. Теперь следует прийти к более глубокому анализу различных нормативных актов или договорных документов, норма которых предписывает запрещение. Предварительно уточним, что согласно статье 3 Европейской конвенции о правах человека, как было показано, запрещаются "пытка и бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания", а в статье 7 МПГПП к второй части добавляется еще одно слово, и здесь уже говорится о "пытках или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания"; эта формулировка статьи 7 Пакта вошла в Американскую конвенцию по правам человека (статья 5 пункт 2) и в Африканскую хартию прав человека и народов (статья 5). Именно она будет использоваться в целях настоящего доклада.

а. Пытка

80. Пытка считается самым серьезным актом в иерархии посягательств на физическую неприкосновенность человека¹³¹.

81. В соответствии с пунктом 1 статьи 1 Конвенции Организации Объединенных Наций против пыток 1984 года,

«определение "пытка" означает любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия. В это определение не включаются боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно».

82. Как отмечалось в Решении Палаты первой инстанции Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии по делу *Furundzija*¹³², в основе этого юридического определения лежат четыре основных элемента:

- i) материальный или физический элемент: факт причинения действием или бездействием боли или сильных физических или нравственных страданий;

¹³¹ См. Robert Kolb, "La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitement inhumains ou dégradants", *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 15, n° 7-10, 15 décembre 2003, p. 225.

¹³² *Furundzija* (сноска 120, выше), par. 162.

- ii) психологический элемент: действие или бездействие должно быть умышленным;
- iii) конечная цель: пытка имеет целью получить сведения или признания, или наказать, запугать, унижить или принудить жертву или третье лицо, или дискриминировать их по любой причине;
- iv) орудие или средство: по крайней мере, одним из лиц, присутствующих на сеансе пытки, должно быть государственное должностное лицо или, во всяком случае, иное лицо, действующее не в качестве частного лица, а, например, в качестве реального государственного органа или иного органа, наделенного полномочиями.

83. Что касается этих элементов, не вызывает сомнения, что высланное или высылаемое лицо может стать жертвой пыток как в высылающем государстве, так и в государстве назначения. В конечном счете Комитет против пыток, учрежденный Конвенцией против пыток 1984 года и приступивший к работе только в 1991 году, получил сотни индивидуальных сообщений, которые по большей части касались случаев высылки или экстрадиции лица в государство, где ему грозили пытки или плохое обращение¹³³. Решения, принятые Комитетом по этим делам, очень похожи и, как правило, повторяются¹³⁴. Поэтому в качестве иллюстрации достаточно привести лишь некоторые из них¹³⁵.

84. В деле *Мутомбо против Швейцарии (Mutombo c. Suisse)* (1994 год) заявитель тайно вступил в своей стране в политическую партию Союз за демократию и социальный прогресс в Заире. Некоторое время спустя, в 1989 году, он был арестован и помещен на четыре дня в камеру площадью 1 кв. метр. Его пытали разрядами электротока, избивали прикладом, били по тестикулам до тех пор, пока он не терял сознание. Во время заключения он не получал никакой медицинской помощи для лечения раны на голове, которая была ему нанесена во время пыток. После освобождения в 1990 году он бежал в Швейцарию. Несмотря на соответствующие медицинские справки, подтверждающие факт жестокого обращения (в данном случае акты применения пыток), суд Швейцарии вынес постановление о его высылке.

85. Это решение о высылке было квалифицировано как нарушение статьи 3 Конвенции против пыток, которая гласит:

"1. Ни одно государство-участник не должно высылать, возвращать или выдавать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток.

¹³³ См. R. Kolb (сноска 131, выше), p. 261 et 266.

¹³⁴ О деятельности этого Комитета см., в частности, C. Ingelse, *The United Nations Committee Against Torture. An Assessment*, The Hague/London/Boston, 2001; L. Holmström (ed.), *Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee Against Torture: Eleventh to Twenty-Second Session (1993-1999)*, The Hague/London/Boston, 2000; см. также: A. Dormenval, "United Nations Committee Against Torture: Practice and Perspectives", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 8, 1990, p. 26 et s.; M. Nowak, "The Implementation Functions of the United Nations Committee Against Torture", в *Mélange F. Ermacora*, N.P. Engle, Strasbourg/Kehl, 1988, p. 493 et s.

¹³⁵ R. Kolb дает их обзор в вышеуказанном исследовании (сноска 131, выше: см., в частности, стр. 268–273), которое послужило основой настоящих разработок.

2. Для определения наличия таких оснований компетентные власти принимают во внимание все относящиеся к делу обстоятельства, включая, в соответствующих случаях, существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека".

86. Комитет, указав, что он должен установить, имеются ли серьезные основания полагать, что Мутомбо грозят пытки, постановил:

"Цель этого расследования, тем не менее, заключается в том, чтобы установить, могут ли заинтересованному лицу угрожать пытки в стране, в которую оно будет выслано. Из этого следует, что существование в стране совокупности систематических, серьезных, очевидных или массовых нарушений прав человека не является, само по себе, достаточным основанием для утверждения, что данному лицу грозят пытки по его возвращении в эту страну: должны существовать дополнительные основания полагать, что заинтересованное лицо лично будет подвергаться опасности. В то же время отсутствие совокупности систематических и очевидных нарушений прав человека не означает, что заинтересованное лицо не может рассматриваться как лицо, которому угрожает опасность подвергнуться пыткам в особой ситуации"¹³⁶.

87. По мнению Комитета, не вызывает сомнения, что в данном деле существуют серьезные основания полагать, что заявителю угрожает опасность подвергнуться пыткам в своей стране происхождения. В пользу этого говорят многие элементы: его этническое происхождение, его политические убеждения, история его заключения, его дезертирство из армии, чтобы бежать из страны, его аргументы, которые могли бы рассматриваться как клевета на Заир в его заявлении о предоставлении убежища, – и ко всему этому еще нужно добавить ситуацию с систематическими нарушениями прав человека в этой стране¹³⁷.

88. Те же критерии применялись в деле *Алан против Швейцарии (Alan c. Suisse)* (1996 год). Заявитель был сочувствующим одной нелегальной курдской организации марксистско-ленинского направления. В 1983 году он был арестован в Турции и, по его утверждению в течение 36 дней подвергался жестоким пыткам электрошоком. Впоследствии в период 1988–1989 годов он неоднократно подвергался арестам и затем бежал в Швейцарию. Несмотря на медицинское заключение, которое подтверждало, что шрамы на его теле могли быть вызваны описанными пытками, Швейцария решила его выслать¹³⁸. Комитет постановил:

"Комитет считает, что в вышеупомянутом деле происхождение заявителя, его предполагаемая политическая принадлежность, его прежние судимости – тюремное заключение и ссылка внутри страны – являются теми элементами, которые нужно учитывать, чтобы установить, угрожает ли ему опасность подвергнуться пыткам по возвращении. Государство-участник отмечает непоследовательность и противоречивость в изложении дела заявителем, но Комитет считает, что жертвам пыток редко удается точно и без ошибок рассказать об этом и что в данном деле

¹³⁶ *Мутомбо против Швейцарии*, сообщение № 13/1993, А/94/44, приложение V, разд. В, пункт 9.3

¹³⁷ Там же, пункт 9.4.

¹³⁸ Сообщение № 21/1995, А/51/44, приложение V, разд. А, пункты 11.2–11.6.

возможная непоследовательность в изложении фактов заявителем не имеет особого значения и, в целом, не ставит под сомнение достоверность утверждений заявителя"¹³⁹.

89. Далее, сославшись на некоторые случаи жестокого обращения, о которых говорил г-н Алан, Комитет утверждает, что в этих обстоятельствах он "считает, что заявитель убедительно доказал, что ему угрожает опасность подвергнуться пыткам, если он вернется в Турцию"¹⁴⁰. Он "делает вывод, что высылка или возвращение заявителя в Турцию в данных обстоятельствах означало бы нарушение статьи 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания"¹⁴¹.

90. В деле *Эмей против Швейцарии (Aemei c. Suisse)* (1997 год) Комитет занял позицию, которая впоследствии будет закреплена в практике международных судебных органов. Он утверждает, что норма, указанная в статье 3, имеет характер *jus cogens*. В самом деле, Комитет

"напоминает, что защита, которая предоставляется статьей 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, является абсолютной. Каждый раз, когда есть серьезные основания полагать, что лицу угрожает опасность подвергнуться пыткам, если оно будет выслано в другое государство, государство-участник обязано не высылать заинтересованное лицо в это государство. Характер деятельности, которой занималось заинтересованное лицо, не является соответствующей причиной в принятии решения в соответствии со статьей 3 Конвенции"¹⁴².

91. Эта недвусмысленная судебная практика несудебных контрольных органов хорошо отработана, она постоянно обогащается решениями судебных органов, придерживающихся неизменной позиции¹⁴³.

92. Начнем с судебной практики *Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии*. Этот Трибунал впервые изложил свое мнение по вопросу о пытках в деле *Delalic (Celebici)* (1998). Хотя в вопросе определения пытки Палата первой инстанции Трибунала ссылается на определение, данное в Конвенции против пыток 1984 года¹⁴⁴, ее решение вызывает особый интерес,

¹³⁹ Там же, пункт 11.3.

¹⁴⁰ Там же, пункт 11.4.

¹⁴¹ Там же, пункт 11.6.

¹⁴² *Эмей против Швейцарии*, сообщение № 34/1995, A/52/44, приложение V, разд. B.2, пункт 9.8.

¹⁴³ *A.D. c. Pays-Bas*, communication 96/1997; *A.L.N. c. Suisse*, communication 90/1997; *C.R. Nunez Chipana c. Venezuela*, communication 110/1998; *E.A.C. c. Suisse*, communication 28/1995; *G.T. c. Suisse*, communication 137/1999; *H.A.D. c. Suisse*, communication 126/1999; *H.D. c. Suisse*, communication 112/1998; *I.A.O. c. Suède*, communication 65/1997; *J.A. Arana c. France*, communication 63/1997; *J.U.A. c. Suisse (1)*, communication 100/1997; *K.M. c. Suisse*, communication 107/1998; *K.N.C. c. Suisse*, communication 94/1997; *K.T. c. Suisse*, communication 118/1998; *M.B.B. c. Suède (2)*, communication 104/1998; *N.P. c. Australie*, communication 106/1998; *P.Q.L. c. Canada*, communication 57/1996; *S.C. c. Danemark*, communication 143/1999; *S.M.R. et M.M.R. c. Suède*, communication 103/1998; *T.P.S. c. Canada*, communication 99/1999; *V.X.N. et H.N. c. Suède*, communication 130 et 131/1999; *X. c. Pays-Bas*, communication 36/1999; *X. c. Suisse*, communication 27/1995; *X. c. Suisse*, communication 38/1995; *X. Y. et Z. c. Suède*, communication 61/1996.

¹⁴⁴ Палата Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии сделала отступление от своей обычной судебной практики по вопросу определения пытки в деле *Kunarac et al.* (2001): "Принимая во внимание международно-правовые документы и случаи из судебной практики,

потому что в нем утверждается, что запрещение пытки является неписанным правилом и применяется как в мирное время, так и в период вооруженных конфликтов, внутренних или международных¹⁴⁵. Она подтвердит его несколько месяцев спустя в деле *Furundzija*¹⁴⁶, четко изложив теоретические основы этой нормы:

"Прежде всего, учитывая значение, которое международное сообщество придает защите лиц от пыток, запрещение этой практики является строго необходимым. Государства обязаны не только запрещать и наказывать за применение пытки, но и предотвращать его. Не достаточно действовать после свершившегося факта, когда уже нарушена неприкосновенность человека и нанесен непоправимый физический и моральный вред. Государства обязаны принимать все необходимые меры, которые могут предотвратить применение пытки. Согласно авторитетному мнению Европейского суда по правам человека в отношении дела *Soering*, международное право должно стремиться к тому, чтобы запрещать не только реальные нарушения, но и потенциальные нарушения (а также любые потенциальные бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения). Из этого следует, что международные нормы не только запрещают пытку, но также осуждают i) факт непринятия необходимых мер на национальном уровне, направленных на то, чтобы запрещение не оставалось мертвой буквой, и ii) факт наличия действующих или принятия новых законов, которые вступают в противоречие с запрещением¹⁴⁷."

93. Это решение Палаты первой инстанции было подтверждено Апелляционной палатой, которая "считает неоспоримыми утверждения, что такие доказанные действия, как проведение ножом по бедрам и животу женщины с угрозой вставить нож во влагалище, инкриминируемые на основании пункта 25 измененного Обвинительного заключения, не являются достаточно серьезными, чтобы квалифицироваться как акты пытки"¹⁴⁸.

94. Правовые последствия нормы, запрещающей пытки, имеют особый характер в отношении права ответственности государства. Трибунал отмечает:

"Как правило, сохранение в силе или принятие внутренних законов, противоречащих международным нормам, не возлагает ответственность на рассматриваемое государство, и, таким образом, дает право на прекращение или возмещение (в широком смысле) только тогда, когда вышеуказанные законы применяются на деле. Напротив, что касается пытки, сам факт сохранения в силе или принятия закона, противоречащего международным нормам по запрету пыток, влечет за собой международную ответственность государства. В свете важности

которые анализировались до сих пор, Палата первой инстанции считает, что определение пытки, данное в Конвенции против пыток, не может быть принято в обычном международном праве, которое является обязательным независимо от обстоятельств (...). Следовательно, Палата первой инстанции считает, что определение пытки, данное в статье 1 Конвенции против пыток, может служить для суда только в качестве ориентира". (*Kunarac, Kovac and Vukovic* (2001)), par. 482 ; см. также par. 496.

¹⁴⁵ *Delalic (Celebici)*, arrêt du 16 novembre 1998, par. 446 et 454.

¹⁴⁶ *Furundzija* (сноска 120, выше), par. 155.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 148.

¹⁴⁸ *Furundzija (appel, 2000)*, arrêt de la Chambre d'appel du 21 juillet 2000, par. 114.

отмены пыток, жизненно необходимо ввести запрет на всякий национальный закон, который разрешает или допускает эту практику или, во всяком случае, мог бы иметь такое действие¹⁴⁹."

95. Наряду с этим, в свете дела *Delalic* Палата первой инстанции отмечает:

"151. Помимо этого, запрещение пытки налагает на государства обязательства *erga omnes*, а именно обязательства по отношению ко всем другим членам международного сообщества, каждый из которых имеет в этом случае коррелятивное право. Кроме того, нарушение этих обязательств одновременно составляет нарушение коррелятивного права всех членов международного сообщества и наделяет правом каждого из них требовать от рассматриваемого государства, чтобы оно выполняло свои обязательства либо, по крайней мере, потребовать, чтобы оно прекратило его нарушать или впредь его не нарушало.

152. Международные органы, если таковые имеются, призванные осуществлять беспристрастный контроль за соблюдением положений договоров против пыток, имеют главенство и старшинство над различными государствами при решении вопроса о том, приняло или не приняло данное государство все необходимые меры для предотвращения или наказания за применение пыток, и, если эти меры не были приняты, могут призвать его к выполнению своих международных обязательств. Эти учреждения позволяют обеспечить соблюдение международного права со всей непредвзятостью и беспристрастностью.

153. В то время как характер обязательства *erga omnes*, о котором речь шла выше, относится к сфере международного принуждения (в широком смысле), другая главная особенность принципа, запрещающего пытку, касается системы приоритета международно-правовых норм. Ввиду важности ценностей, которые он защищает, этот принцип стал императивной нормой или *jus cogens*, то есть нормой, которая имеет большее значение в международной иерархии, чем право договоров и даже обычные "общие" правила. Наиболее заметным следствием этого является то, что государства не могут отходить от этого принципа путем заключения международных договоров, установления местных или специальных, или даже общих обычных правил, не наделенных такой же нормативной силой.

154. Очевидно, что ценность нормы *jus cogens* при запрещении пыток заключается в том, что в настоящее время такой запрет стал одной из основополагающих норм международного сообщества. Кроме того, это запрещение должно иметь сдерживающее действие в том смысле, что оно напоминает всем членам международного сообщества и лицам, над которыми они имеют власть, что речь в данном случае идет об абсолютной ценности, преступить которую не может никто¹⁵⁰."

96. Данный подход, согласно которому запрещение пытки является императивной нормой, был применен Европейским судом по правам человека в деле *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. Суд отмечает, что "в целом ряде судебных

¹⁴⁹ *Furundzija* (сноска 120, выше), par. 150.

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 151 à 154.

решений запрещение пытки (*sic*) имеет значение императивной нормы, то есть *jus cogens*"; он заявляет "на основании судебных прецедентов, что запрещение пытки стало императивной нормой международного права (...) ¹⁵¹".

97. Задолго до рассмотрения данного дела Европейский суд по правам человека имел возможность принять решение о запрещении высылки просителя убежища из-за опасности подвергнуться пыткам в деле *Cruz Varas et autres c. Suède* (1991). Дело касалось высылки чилийских граждан в страну происхождения в то время, когда генерал Пиночет был еще у власти. Перенеся слово в слово формулировки постановления по делу *Soering* в настоящее дело, Суд посчитал, что решение выслать заявителя, просящего убежище, могло повлечь за собой ответственность высылающего государства в соответствии с Конвенцией против пыток, когда имеются "веские основания" полагать, что заинтересованному лицу в государстве назначения будет угрожать опасность подвергнуться пыткам или бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания" ¹⁵². В данном деле Суд посчитал, что высылка заявителя в свою страну происхождения не угрожала ему реальной опасностью подвергнуться такому обращению и что, таким образом, со стороны Швеции не было допущено нарушение требований статьи 3 Европейской конвенции о правах человека.

98. Суду пришлось подтвердить это судебное постановление в деле *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* (1991). Речь шла о решении Соединенного Королевства вернуть пятерых просителей убежища из Шри-Ланки в их страну. Суд напомнил, что статья 3 вышеупомянутой Конвенции запрещает высылать беженца, если имеется реальная опасность, что ему может угрожать жестокое обращение в своей стране, отмечая при этом что в данном деле высылаемые лица не подвергались такой опасности. Применяя здесь "национальный стандарт", а не "международный минимальный стандарт", Суд посчитал, что не был доказан тот факт, что "персональное положение заинтересованных лиц хуже, чем положение большинства членов тамильского сообщества или других тамильских молодых мужчин, возвращающихся в свою страну". Разумеется, учитывая нестабильность положения, "им угрожала определенная опасность подвергнуться тюремному заключению или жестокому обращению, которое, судя по внешнему виду, уже применялось к некоторым из них в прошлом"; но их высылка не является нарушением статьи 3 Европейской конвенции о правах человека ¹⁵³.

99. На основании этой судебной практики можно сделать следующий вывод:

"Во-первых, должны быть серьезные и подтвержденные основания полагать, что мера высылки может представлять для заинтересованного лица реальную угрозу подвергнуться видам обращения, противоречащим статье 3. Во-вторых, мнение субъективно, и надо учитывать, что заинтересованное лицо лично подвергается опасности. В-третьих, показателем должно служить объективное положение в третьем государстве: общераспространенная практика жестокого обращения

¹⁵¹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001, par. 60 et 61.

¹⁵² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 20 mars 1991, Série A n° 201; постановление суда опубликовано в *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, n° 209, p. 69 et s..

¹⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 octobre 1991, Série A n° 215, p. 104 et s., в частности, пункт 111; решение опубликовано в *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 537.

делает опасность более вероятной для заинтересованного лица. Напротив, если положение заинтересованного лица не отличается от положения всего сообщества, к которому оно принадлежит на территории государства, когда должна осуществиться высылка, то это может служить аргументом против того, что уровень риска достаточно высок"¹⁵⁴.

100. Из этой международной судебной практики, наглядной иллюстрацией которой является дело *Furundzija*, вытекают три главных вывода¹⁵⁵. Прежде всего, запрещение пытки охватывает как реальные, так и потенциальные посягательства на физическую и моральную неприкосновенность человека; следовательно, на государство возлагается обязательство не только принимать меры после свершившегося факта для исправления положения, но также обязанность предотвращать такие действия путем последовательного осуществления целого ряда мер, включая безотлагательную отмену законов, которые противоречат норме, вводящей запрет¹⁵⁶. Далее, запрещение пытки предписывает обязательства *erga omnes*; при этом любое государство имеет право и заинтересовано в том, чтобы действовать в соответствии с этой нормой¹⁵⁷. Наконец, запрещение пытки является нормой *jus cogens*, то есть обязательной и абсолютной нормой, не допускающей никаких отступлений ни при каких обстоятельствах. В международном публичном правопорядке, где она является одной из структурных норм, она занимает высокий ранг в системе высших ценностей, которые она защищает¹⁵⁸.

b. Жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения

i. Общее положение

101. Как уже отмечалось выше, запрет подвергать кого-либо "жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство обращению и наказанию"(формулировка Всеобщей декларации прав человека) с некоторыми языковыми нюансами закреплено в формулировке основных международно-правовых документов по правам человека.

102. Вышеупомянутые международно-правовые документы не дают определение различных категорий, составляющих эту часть нормы, запрещающей посягательства на права человека и ограничивающей право государства на высылку. Международная судебная практика дополнила ее, в частности, постановлением Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии по делу *Delalic (Celebici)*, которое уже упоминалось выше. Палата первой инстанции дает в нем следующее определение "бесчеловечного обращения":

"Бесчеловечное обращение означает действия или бездействие, которые причиняют сильные физические или нравственные страдания или

¹⁵⁴ R. Kolb (сноска 131, выше), p. 270. Автор напоминает, что этот критерий "недискриминации" подвергался критике в научных кругах; см. в частности, F. Sudre, в L.E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (сноска 41, выше); p. 174, note 16.

¹⁵⁵ См. R. Kolb (сноска 131, выше), p. 273.

¹⁵⁶ *Furundzija* (сноска 120, выше), par. 148 à 150.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 151 à 153.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 153 à 157.

являются серьезным посягательством на человеческое достоинство. (...) Одним словом, Палата первой инстанции считает, что бесчеловечное обращение – это умышленное действие или бездействие, то есть действие, которое, если судить объективно, представляется умышленным и неслучайным и которое причиняет сильные физические или нравственные страдания или является серьезным посягательством на человеческое достоинство¹⁵⁹”.

103. Его основное отличие от определения пытки состоит в том, что, с одной стороны, бесчеловечное (унижающее достоинство или жестокое) обращение применяется не обязательно для того, чтобы получить сведения или признания, и, с другой стороны, такое обращение не обязательно или исключительно должно исходить от государственных должностных лиц или лиц, действующих под прикрытием государства.

104. Что касается "жестокое обращение", то в постановлении по этому же делу Палата дает ему следующее определение:

"Жестокое обращение означает умышленное действие или бездействие, то есть такое действие, которое объективно является умышленным и неслучайным и которое причиняет сильные физические или нравственные страдания или боль и является серьезным посягательством на человеческое достоинство. На этом основании оно имеет то же значение и, следовательно, ту же остаточную функцию в целях статьи 3 Статута, что и бесчеловечное обращение, и, как таковое, является грубым нарушением Женевских конвенций. Таким образом, преступление пытки, в соответствии со статьей 3, общей для Женевских конвенций, также включено в понятие жестокого обращения. Всякое обращение, которое не отвечает требованиям, необходимым, чтобы квалифицировать его как пытку на основании общей статьи 3, является жестоким обращением¹⁶⁰".

105. В свете этих двух определений, представляется, что понятие "жестокое обращение" является более широким и включает как бесчеловечное обращение, так и некоторые аспекты преступления пытки, которые, однако, им полностью не охватываются. Все эти деяния или виды обращения, тем не менее, являются посягательством на человеческое достоинство. После постановления по делу *Delalic* МУТЮ вновь сделал ссылку на серьезное посягательство на человеческое достоинство как на следствие бесчеловечного обращения в деле *Aleksovski* (1999)¹⁶¹.

106. Было бы неуместно приводить полностью длинный перечень рассмотренных судами разнообразных деяний, квалифицируемых как жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения. Представляется более целесообразным выделить квалификационные критерии этих деяний. Европейский суд по правам человека напоминает в одном постановлении, что

"чтобы подпасть под действие статьи 3, жестокое обращение должно превысить минимальный уровень тяжести. Оценка этого минимального уровня, по существу, относительна – она зависит от совокупности данных

¹⁵⁹ *Delalic* (1998), пар. 442 и 543; см. также *Blaskic* (2000), пар. 154.

¹⁶⁰ *Ibid.*, пар. 552.

¹⁶¹ *Aleksovski* (1999), пар. 56 ; см. также *Blaskic* (2000), пар. 681.

по делу и, особенно, от характера и условий обращения, а также от способов его исполнения, его продолжительности, его физического или нравственного воздействия, а также от возраста и состояния здоровья жертвы"¹⁶².

107. Именно в деле *Soering* Европейский суд по правам человека впервые в своей судебной практике принял решение о запрещении экстрадиции, и, в широком смысле, высылки, на основании опасности подвергнуться жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению. Центральный вопрос, который Суд должен был выяснить, состоял в том, может ли экстрадиция лица государством – участником Европейской конвенции в третье государство повлечь ответственность государства-участника, в соответствии со статьей 3 Конвенции, в связи с тем, что экстрадированное лицо может подвергнуться жестокому обращению в стране назначения. В своем постановлении от 7 июля 1989 года Суд ответил, что Конвенция не предусматривает право не подлежать экстрадиции, вместе с тем,

"когда последствия решения являются посягательством на осуществление права, гарантированного Конвенцией, оно может, если речь не идет о слишком отдаленных последствиях, привести в действие обязательства договаривающегося государства в соответствии с соответствующим положением"¹⁶³.

108. Как уже отмечалось в пункте 76 настоящего доклада, теория квалифицирует этот механизм "защита рикошетом"¹⁶⁴, принцип которого заложен в статье 1 Конвенции и в общем обязательстве Высоких Договаривающихся сторон признавать права, установленные Конвенцией, за "любим лицом, находящимся под их юрисдикцией"¹⁶⁵.

109. Можно было бы утверждать, как это сделало государство-ответчик в деле *Soering*, что государство, которое проводит высылку или экстрадицию, не может нести ответственность за нарушение Конвенции, поскольку это нарушение может быть обращено только против государства назначения, в котором высылаемое лицо может подвергнуться жестокому обращению. Но Европейская комиссия по правам человека придерживалась другой точки зрения: в своем докладе она признала, что высылка или экстрадиция может, в определенных случаях, возлагать ответственность на государство – участника Конвенции, которое ее проводит, если, например, это лицо на самом деле подвергнется пытке или жестокому обращению либо серьезной угрозе их применения. Ответственность государства-участника подчеркивается в докладе Комиссии, "будет основываться на том, что высланное или экстрадированное лицо будет в другой стране подвергаться опасности бесчеловечного или унижающего достоинство обращения"¹⁶⁶. Таким образом, Комиссия осталась

¹⁶² Cour européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, Série A, n° 25, p. 65, par. 162 ; см. также, в контексте экстрадиции и высылки, *Soering c. Royaume-Uni* (сноска 129, выше), p. 39, par. 100; *Cruz Varas et autres c. Suède* (сноска 152, выше), p. 31, par. 83.

¹⁶³ *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, Série A n° 161, par. 85.

¹⁶⁴ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (сноска 27, выше), p. 84 et 304; см. также F. Sudre, "Extradition et peine de mort: arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989", *Revue général de droit international public*, 1990, p. 108.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 109.

¹⁶⁶ *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, Requête n° 14038/88, rapport de la Commission du 19 janvier 1989, par. 96.

верна своим предыдущим решениям, о которых она, между прочим, напомнила в своем докладе¹⁶⁷.

110. Постановление по делу *Soering* нашло дальнейшее подтверждение в других постановлениях Суда¹⁶⁸, последним из которых является постановление от 26 июля 2005 года по делу *N. c. Finlande*, касающемуся высылки бывшего члена сил специального назначения Мобуту – в прошлом главы государства Заир, которое впоследствии стало Демократической Республикой Конго. Суд учел, что заинтересованное лицо принимало участие "в различных операциях по выявлению диссидентов, рассматриваемых как угроза" Мобуту, и что "есть все основания полагать, что заявитель может оказаться в худшем положении, чем большинство бывших сторонников Мобуту"; кроме того, исходя из вероятного "чувства мести" со стороны близких людей диссидентов, пострадавших от его действий, существуют "веские основания полагать, что заявителю угрожает реальная опасность подвергнуться обращению, запрещенному статьей 3 Европейской конвенции о правах человека (запрещение бесчеловечного обращения), если он будет выслан". Поэтому Суд призывает Финляндию не высылать заинтересованное лицо¹⁶⁹.

111. Подтвержденное таким образом обязательство опирается на аксиологические основы Конвенции. Как об этом писал бывший судья Европейского суда по правам человека: «Абсолютное запрещение пытки и наказаний или бесчеловечного или унижающего достоинство обращения в Европейской конвенции о правах человека закрепляет основные ценности демократического общества. Следовательно, государство-участник повело бы себя несовместимым с основополагающими ценностями образом, если бы оно сознательно выдало беглеца, какими бы одиозными ни были приписываемые ему преступления, государству, в котором заинтересованному лицу угрожает реальная опасность подвергнуться пытке [или жестокому обращению]"¹⁷⁰. Это мнение совпадает с выводом, к которому пришел Суд в деле *Soering*, решив, что, несмотря на отсутствие специального упоминания об этом в тексте статьи 3 Конвенции,

"имплицитное обязательство не экстрадировать распространяется на случай, когда беглецу в стране назначения угрожает опасность подвергнуться пыткам или бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения, запрещенным данной статьей"¹⁷¹.

¹⁶⁷ См. постановление от 3 мая 1983 года по делу *Altun c. république fédérale d'Allemagne*, requête n° 10308/83, *Décisions et rapports*, vol. 36, p. 209 à 235 ; постановление от 12 марта 1984 года по делу *Kirkwood c. Royaume-Uni*, requête n° 10479/83, *Décisions et rapports*, vol. 37, p. 156 à 91.

¹⁶⁸ См., например, дело *D. c. Royaume-Uni*, в котором Суд посчитал, что заявителю угрожала опасность подвергнуться бесчеловечному обращению (и следовательно, имело место нарушение статьи 3 Конвенции), если он будет выслан в Сент-Китс несмотря на критическое состояние его здоровья и отсутствие на острове соответствующего медицинского оборудования.

¹⁶⁹ Источник Agence France-Presse, 27 juillet 2005. См. Cour européenne des droits de l'homme, *N. v. Finland*, Application No. 38885/02, Judgment of 26 July 2005 (только на английском языке).

¹⁷⁰ Juan Antonio Carrillo-Salcedo, комментарий к статье 1 в L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme* (сноска 41, выше), p. 140.

¹⁷¹ *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, Série A n° 161, par. 88.

112. Норма предусматривает высылку¹⁷², причем постановление о высылке или экстрадиции может выполняться или не выполняться. Как заметил один из авторов: "вслед за Комиссией такое же решение по этому вопросу было принято в постановлении по делу *Soering* от 7 июля 1989 года (§ 90). Из постановлений по делам *Soering* (экстрадиция в Соединенные Штаты не состоялась), *Cruz-Varas* от 20 марта 1991 года (высылка в Чили состоялась; An°201, § 70) и *Vilvarajah* от 30 октября 1991 года (принудительное возвращение тамиллов в Шри-Ланку; An°215, § 102–103) четко вырисовывается следующий подход в европейском праве: как только принято решение о высылке, экстрадиции или принудительном возвращении, эти действия, будь они реальными или виртуальными, приравниваются к бесчеловечному или унижающему достоинство обращению"¹⁷³.

113. Иная ситуация складывается в тех случаях, когда никакие действия для возвращения лица на границу не были предприняты, как это, к примеру, следует из дела *Vijayanathan et Pusparajah c. France*¹⁷⁴. Действительно, когда контрольные органы Европейской конвенции о правах человека формируют судебную практику применения "неизбежного нарушения" в области высылки, они ограничивают ее случаем принятия мер по принудительному возвращению иностранцев, когда решение о высылке уже принято, но еще не приведено в исполнение¹⁷⁵.

114. А есть ли случаи, когда лицо высылается в государство, где ему угрожает насилие не со стороны государственных органов, а со стороны лиц, действующих в частном порядке?

115. Европейский суд по правам человека столкнулся с подобным случаем в деле *H.L.R. c. France* (1997). Подлежащий высылке в Колумбию заявитель выдвигал аргумент, что ему в этой стране будет угрожать опасность подвергнуться пыткам или бесчеловечному обращению со стороны частных групп, в данном случае, со стороны наркоторговцев, которые завербовали его в качестве перевозчика наркотиков. После дела *Soering* сфера действия статьи 3 Европейской конвенции о правах человека была расширена и распространялась на действия государственных органов, которые в третьем государстве могут привести к пытке в результате действий властей этого государства. В деле *H.L.R. c. France* Суд расширил ее сферу действия и включил в нее опасность, исходящую не от государства, а от частных лиц, допуская, что третье государство не в состоянии защитить заинтересованное лицо: он считает, что имеет место нарушение статьи 3 Конвенции 1950 года, если государство подвергает лицо реальной опасности бесчеловечного обращения со стороны лиц, действующих в частном порядке. Суд записал:

"Принимая во внимание абсолютный характер гарантированного права, Суд не исключает, что статья 3 Конвенции должна также применяться в тех случаях, когда опасность исходит от лиц или групп лиц, которые не

¹⁷² См. F. Sudre, комментарий к статье 3 Европейской конвенции в L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (сноска 41, выше), p. 163.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 173.

¹⁷⁴ См. Requête n° 17550/90 et 17825/91, rapport de la Commission, 5 septembre 1991, et arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 août 1992, Série A n°241-B.

¹⁷⁵ См. Ronny Abraham, комментарий к статье 25 Европейской конвенции в L.-E. Pettiti et al. (сноска 41, выше), p. 588.

находятся на государственной службе. Но надо еще доказать, что опасность действительно существует и что органы власти государства назначения не в состоянии устранить ее путем обеспечения соответствующей защиты"¹⁷⁶.

116. Европейская судебная практика по вопросам запрещения высылки лица в государство, где ему угрожает опасность подвергнуться жестокому обращению, контролируется органами по наблюдению за применением универсальных международных документов по правам человека. Как говорилось выше, Комитет против пыток вынес постановление по делу *Мутомбо против Швейцарии* (1994 год) (*Mutombo c. Suisse*), в котором Суд счел, что существуют "серьезные основания полагать, что Мутомбо угрожает опасность подвергнуться пытке"¹⁷⁷. Что касается опасности подвергнуться жестокому обращению вообще, включая пытку и жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, то по этому вопросу Комитет по правам человека вынес постановление по делу *Альзери против Швеции* (*Alzery c. Suède*)¹⁷⁸.

117. Заявитель, преподаватель химии и физики Каирского университета, занимался активной деятельностью в одной оппозиционной исламистской организации. Используя поддельную визу, он проник на территорию Саудовской Аравии, прожил там какое-то время и затем выехал в Сирийскую Арабскую Республику. Он был вынужден покинуть эту страну после того, как она экстрадировала несколько египтян в их страну происхождения. Благодаря фальшивому датскому паспорту ему удалось въехать в Швецию, где он незамедлительно попросил убежища и признался в том, что для въезда в страну воспользовался фальшивым паспортом. Обосновывая свое заявление о предоставлении убежища, он утверждал, что в Египте он подвергался жестокому обращению и пыткам, что, по всей видимости, за ним была организована слежка и в его доме был проведен обыск; что после своего отъезда из Египта его искали в доме его родителей; он опасался, что по возвращении в Египет его будут судить военным трибуналом, арестуют и будут пытаться¹⁷⁹.

118. Первый вопрос по существу, на который должен был ответить Комитет, состоял в том, будет ли высылка заинтересованного лица из Швеции в Египет угрожать ему реальной опасностью подвергнуться пытке или другим видам жестокого обращения в государстве назначения, что в результате означало бы нарушение статьи 7 МПГПП:

"11.4 Комитет отмечает, что в данном случае само государство-участник признало существование опасности жестокого обращения и уже в силу одного этого обстоятельства высылка автора не могла быть осуществлена в соответствии с обязательствами в области прав человека (см. выше, пункт 3.6). Государство-участник на самом деле полагалось только на дипломатические гарантии в надежде, что опасность жестокого

¹⁷⁶ *Recueil*, 1997 – III, n° 36, par. 40 ; *Revue universelle des droits de l'homme*, 1997, p. 60.

¹⁷⁷ Решение от 27 апреля 1994 года, A/49/44, приложение V, разд. B, Сообщение № 13/1993, пункт 9.3.

¹⁷⁸ Решение от 25 октября 2006 года, сообщение № 1416/2005 a/62/40 (Vol. II) приложение VII, раздел II; *Revue universelle des droits de l'homme*, 2006, vol. 27, n° 9-12, p. 391 et s.

¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 3.2.

обращения была значительно уменьшена во избежание нарушения запрещения принудительного возвращения.

11.5 Комитет отмечает, что предоставленные гарантии не предусматривали механизма контроля за их применением. Кроме документа о самих гарантиях не было принято никаких мер, которые обеспечили бы их эффективное выполнение. Посещения посла государства-участника и его сотрудников начались через пять недель после возвращения, когда миновал самый опасный в плане причинения вреда период. Кроме того, процедуры посещений не соответствовали ключевым параметрам наилучшей международной практики, поскольку не была проявлена настойчивость в получении личного доступа к задержанному и проведении медицинской и судебной экспертизы даже после обоснованных заявлений о жестоком обращении. В свете этих факторов государство-участник не смогло доказать, что предоставленные дипломатические гарантии в данном случае оказались действительно достаточными для того, чтобы свести опасность жестокого обращения к уровню, отвечающему требованиям статьи 7 Конвенции. Таким образом, высылка автора является нарушением статьи 7 Конвенции"¹⁸⁰.

119. Специальный докладчик считает, что европейские страны попытались отразить суть развития данной судебной практики, в частности деятельности Европейского суда по правам человека, в статье 19 Хартии Европейского союза об основных правах под названием "Защита в случае ссылки, высылки и экстрадиции", пункт 2 которой гласит:

"Никто не может быть сослан, выслан или экстрадирован в государство, в котором существует серьезная опасность того, что этому лицу может быть вынесен смертный приговор, что оно может подвергнуться пыткам или другим видам бесчеловечного или унижающего достоинство человека обращения или наказания".

120. На основании проделанного выше анализа, касающегося вопроса о запрещении пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и вытекающего из этого обязательства государств защищать всех лиц, включая иностранцев-резидентов или высылаемых иностранцев, от всех этих видов ненадлежащего обращения, целесообразно предложить следующий проект статьи:

Проект статьи 11: Обязательство защищать высылаемое лицо от пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения

1. Государство не может на своей территории подвергать высылаемое лицо пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения.

2. Государство не может выслать лицо в страну, в которой существует серьезная опасность того, что оно может подвергнуться пыткам или другим видам жестокого,

¹⁸⁰ Ibid., p. 406 et 407, par. 11.4 et 11.5.

бесчеловечного или унижающего достоинство человека обращения.

3. Положения пункта 2 настоящей статьи также применяются в тех случаях, когда угроза исходит от лиц или группы лиц, действующих в частном порядке.

ii. Особый случай в отношении детей

121. Последний аспект защиты высылаемого иностранца от опасности жестокого обращения касается защиты детей. Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 года, вступившая в силу 2 сентября 1990 года, определяет общие рамки данных прав, включая опасность подвергнуться вышеупомянутым видам ненадлежащего обращения. Статья 2 Конвенции гласит:

"1. Государства-участники уважают и обеспечивают все права, предусмотренные настоящей Конвенцией, за каждым ребенком, находящимся в пределах их юрисдикции, без какой-либо дискриминации, независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного положения, состояния здоровья и рождения ребенка, его родителей или законных опекунов или каких-либо иных обстоятельств.

2. Государства-участники принимают все необходимые меры для обеспечения защиты ребенка от всех форм дискриминации или наказания на основе статуса, деятельности, выражаемых взглядов или убеждений ребенка, родителей ребенка, законных опекунов или иных членов семьи".

В пункте 1 статьи 3, как бы в дополнение к цитируемой выше статье 2, прописана норма, в которой сформулирована конечная идея, предусматривающая выполнение всех обязательств государств в соответствии с Конвенцией:

"Во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка".

В статье 37 уточняется:

"Государства-участники обеспечивают, чтобы:

а) ни один ребенок не был подвергнут пыткам или другим жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания. Ни смертная казнь, ни пожизненное тюремное заключение, не предусматривающее возможности освобождения, не назначаются за преступления, совершенные лицами моложе 18 лет;

b) ни один ребенок не был лишен свободы незаконным или произвольным образом. Арест, задержание или тюремное заключение ребенка осуществляются согласно закону и используются лишь в качестве крайней меры и в течение как можно более короткого соответствующего периода времени;

c) каждый лишенный свободы ребенок пользовался гуманным обращением и уважением неотъемлемого достоинства его личности с учетом потребностей лиц его возраста. В частности, каждый лишенный свободы ребенок должен быть отделен от взрослых, если только не считается, что в наилучших интересах ребенка этого делать не следует, и иметь право поддерживать связь со своей семьей путем переписки и свиданий, за исключением особых обстоятельств;

d) каждый лишенный свободы ребенок имел право на незамедлительный доступ к правовой и другой соответствующей помощи, а также право оспаривать законность лишения его свободы перед судом или другим компетентным, независимым и беспристрастным органом и право на безотлагательное принятие ими решения в отношении любого такого процессуального действия".

122. В плане судебной практики, Европейский суд по правам человека дает расширенное толкование защиты, предоставляемой согласно статье 3 Европейской конвенции о правах человека: с одной стороны, эта защита приобретает, как об этом напомнила палата Совета Брюссельского исправительного суда в деле *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamara c. Belgique*, "абсолютный характер, который не допускает никакого исключения, даже когда это касается достойного осуждения отношения иностранца, о котором идет речь"; с другой стороны, она распространяется на любое лицо, будь то взрослый или ребенок. В деле *Cajamarca Arizaga Ana et sa fille Loja Cajamara Angelica* заявительницы по обстоятельствам дела выдвинули аргумент, что арест и содержание под стражей нанесли 11-летней дочери Анхелике тяжелую травму. Они сослались на "грубые нарушения" Европейской конвенции о правах человека и Конвенции о правах ребенка. Действительно, заявительницы были задержаны и содержались под стражей в центре временного содержания для незаконных иммигрантов, расположенном неподалеку от международного аэропорта. Г-жа Кахамарка заявила, что ей надели наручники и отделили от нее дочь, что еще больше усугубило психологическую травму последней. Несмотря на разрешение Бюро по делам иностранцев, полиция категорически запретила ее адвокату и врачу встретиться с заявительницами.

123. С юридической точки зрения, заявительницы настаивали на том, что ненадлежащее обращение с ними является составляющей жестокого и унижающего достоинство обращения и даже пытки, в частности в отношении Анхелики, ввиду ее юного возраста и чрезвычайной уязвимости; что право на физическую неприкосновенность является основным правом человека и его нарушение должно немедленно прекратиться, что судья может, следовательно, в обязательном порядке использовать императивное право для обеспечения ее защиты, не дожидаясь, пока одна сторона в процессе сошлется на него сама.

124. В этом отношении в постановлении по делу *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, на которое ссылался вышеупомянутый Бельгийский исправительный суд, Европейский суд по правам человека осудил Бельгию за бесчеловечное и унижающее достоинство обращение в связи с тем, что один пятилетний ребенок в течение двух месяцев содержался в центре №127. Суд также пришел к выводу, что содержание ребенка в таких же условиях, в каких содержатся взрослые, в закрытом центре, первоначально предназначенном для содержания взрослых, и, следовательно, не приспособленном к потребностям его возраста, означает бесчеловечное и унижающее достоинство обращение, что противоречит статье 3 Европейской конвенции о правах человека. Суд подчеркнул чрезвычайную уязвимость детей и отметил, что Бельгийское государство должно защищать их и заботиться о них, принимая необходимые меры в соответствии со своими обязательствами, вытекающими из вышеуказанной статьи 3¹⁸¹. Он уточнил, что эта уязвимость детей "важнее, чем их административный статус"¹⁸². Суд приводит следующие аргументы:

"учитывая абсолютный запрет, предусмотренный в статье 3 Конвенции, следует иметь в виду, что этот элемент [чрезвычайно уязвимое положение ребенка] является определяющим и доминирует над статусом нелегально проживающего иностранца"¹⁸³.

125. Палата Совета Брюссельского исправительного суда делает из этого следующий вывод: "Детей следует рассматривать, защищать и обращаться с ними как с детьми, каким бы ни был статус их проживания"¹⁸⁴. Это квинтэссенция судебной практики Европейского суда по правам человека по данному вопросу, которая расширяет толкование статьи 3 Европейской конвенции о правах человека и в то же время косвенно разъясняет положения вышеупомянутой статьи 37 Конвенции о правах ребенка.

126. Можно сказать, что такая формулировка выражает на данный момент норму обычного права и свидетельствует о неоднозначной тенденции в этой области. В конечном счете правомерно предположить, что защитительная философия, которая подразумевается в Конвенции о правах ребенка и находит отражение в региональных инструментах, например Африканской хартии прав и благосостояния ребенка, не будет встречать явного противодействия.

127. На основании этих соображений следует предусмотреть специальную норму, касающуюся защиты детей от опасности подвергнуться пыткам и жестокому, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению, причем эта защитительная норма должна применяться независимо от статуса их проживания.

¹⁸¹ Суд решительно отклонил искивые требования Бельгии, обвинившей семью ребенка в том, что она является первопричиной и, следовательно, несет ответственность за причиненный ущерб. Это решение Европейского суда по правам человека было применено палатой Совета Брюссельского исправительного суда в решении от 4 июля 2007 года по делу *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*.

¹⁸² Формулировка палаты Совета Брюссельского исправительного суда.

¹⁸³ Cour européenne des droits de l'homme, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, arrêt du 12 octobre 2006, par. 55.

¹⁸⁴ См. сноску 181, выше.

Проект статьи 12: Специальный случай защиты высланного ребенка

1. Высланного ребенка следует рассматривать, защищать и обращаться с ним как с ребенком, каким бы ни был статус его проживания.

2. Содержание ребенка в таких же условиях, в каких содержатся взрослые, или его длительное содержание под стражей является, специально по отношению к ребенку, жестоким, бесчеловечным и унижающим достоинство обращением.

3. Для целей настоящей статьи под ребенком понимается лицо в смысле статьи 1 Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 года.

iv) Уважение личной и семейной жизни высланного лица

128. Другим ограничением права государства на высылку является обязательство уважать право на личную и семейную жизнь лиц, включая подлежащих высылке иностранцев. Это право закреплено в универсальных международных документах, а также в региональных конвенциях о защите прав человека. Если говорить о международном уровне, то во Всеобщей декларации прав человека 1948 года этот вопрос не затрагивался, однако в статье 17 МПГПП устанавливается, что:

"1. Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь (...),

2. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств".

129. В том же смысле, по условиям подпункта 1b) статьи 5 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, иностранцы пользуются правом на "защиту от произвольного или незаконного вмешательства в личную и семейную жизнь и в отношении жилища или переписки".

130. На региональном уровне в пункте 1 статьи 8 Европейской конвенции о правах человека предусматривается, что "каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни (...) ". Статья 7 Хартии Европейского союза об основных правах полностью повторяет это положение. И если в Африканской хартии прав человека и народов, которая, кстати, придает большое значение защите семьи (см. статью 18), не содержится такого права, то в Американской конвенции по правам человека оно закреплено в пункте 2 статьи 11 в той же формулировке, что и в вышеупомянутой статье 17 МПГПП. Согласно пункту с) раздела III Протокола к Европейской конвенции об установлении¹⁸⁵, договаривающиеся государства, когда они принимают решение о высылке, должны, в частности, надлежащим образом учитывать

¹⁸⁵ Convention européenne d'établissement et Protocole, Paris, 13 décembre 1955, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 529 no 7660, p. 141.

семейные узы и продолжительность проживания на их территории рассматриваемых лиц.

131. Международная судебная практика внесла уточнения как в право на личную и семейную жизнь, так и в ограничения этого права. В деле *Канена против Канады (Canera c. Canada)* Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций внес критерий оценки посягательства на семейную жизнь. Он заявляет:

"Разлучение лица с его семьей посредством высылки может рассматриваться как произвольное вмешательство в дела семьи и нарушение статьи 17, если по обстоятельствам дела разлучение автора с его семьей и последствия такого решения были не пропорциональны целям выдворения"¹⁸⁶.

132. Таким образом, методом дедукции или рассуждения от противного, устанавливается соразмерность интересов высялающего государства, которыми в плане высылки являются защита общественного порядка и национальной безопасности, и интересов семьи, в данном случае необходимость сохранения семейной жизни подлежащего высылке лица. Еще более четко это следует из позиции, занятой Комитетом в предыдущем деле *Стюарт против Канады (Stewart c. Canada)*, который пришел к заключению, что:

"(...) вмешательство в семейные отношения г-на Стюарта, которое будет неизбежным следствием его высылки, не может рассматриваться как незаконное или противоправное, поскольку приказ о высылке был вынесен в соответствии с законом в целях обеспечения законных государственных интересов и семейные дела высялаемого лица были надлежащим образом приняты во внимание во время разбирательства по вопросу депортации"¹⁸⁷.

133. Судебная практика Европейского суда по правам человека, в рамках которой требование уважения семейной жизни приобретает все большее значение, развивается в этом же направлении. Если в 1985 году по делу *Abdulaziz et a.*, Суд постановил, что

"(...) именно в этой области Договаривающиеся Стороны имеют все возможности для разработки мер в целях обеспечения соблюдения Конвенции с учетом потребностей и ресурсов общества и отдельных лиц"¹⁸⁸,

то десять лет спустя, в 1996 году, в деле *C. c. Belgique* он решил, что главный вопрос заключался в том,

" (...) обеспечивает ли высылка, в конечном счете, баланс соответствующих интересов, а именно права заявителя на уважение

¹⁸⁶ Мнение от 3 апреля 1997 года, communication n° 558/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 5 (1998), p. 76, par. 11.4.

¹⁸⁷ Мнение от 1 ноября 1996 года, communication n° 538/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 4 (1997), p. 429, par. 12.10.

¹⁸⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 94, p. 33 et 34, par. 67.

своей личной и семейной жизни, с одной стороны, и предотвращения беспорядка или преступления, с другой стороны"¹⁸⁹.

134. Заинтересованность высылающего государства в обеспечении общественного порядка и безопасности, по всей видимости, является мерилем, при помощи которого суды определяют, было или не было допущено посягательство на личную или семейную жизнь. Исходя из этого критерия, в делах *Moustaquim*¹⁹⁰, *Beldjoudi*¹⁹¹ и *Nasri*¹⁹² Суд постановил, что, независимо от преступления, в котором обвинялось лицо, высылка была незаконной в том плане, что являлась посягательством на личную или семейную жизнь. В этом же смысле им было принято постановление по делу *Berrehab*. В этом деле вопрос заключался в том, является ли решение о высылке отца в Марокко, несмотря на его право видеться со своей 14-летней дочерью, воспитание и содержание которой было поручено его бывшей жене-голландке, нарушением его права на уважение семейной жизни. Принимая во внимание те трудности, с которыми заявитель столкнулся, чтобы добраться из Марокко в Нидерланды с целью осуществления своего права видеться с ребенком, Суд сделал из этого вывод, что мера высылки препятствует осуществлению этого права на практике и, следовательно, речь шла о нарушении Европейской конвенции о правах человека¹⁹³.

135. И, наоборот, в делах *Boughanemi*¹⁹⁴, *C. c. Belgique*¹⁹⁵, *Bouchelkia*¹⁹⁶ и *Boujlifa* Суд, проанализировав соотношение интересов семьи и интересов высылающего государства в вопросе обеспечения общественного порядка и национальной безопасности, кажется, придал решающее значение преступлениям, которые были совершены заявителями, когда он давал оценку решению о высылке. В деле *Boujlifa*, которое особенно поучительно в плане выявления определяющей тенденции в решениях Суда, заявитель, по происхождению марокканец, жил и воспитывался во Франции с 5-летнего возраста, там же жили его родители и восемь братьев и сестер. Он был осужден за кражу и вооруженный грабёж, и французские власти приняли решение о его высылке в Марокко. Несмотря на то что он долгое время жил во Франции и что там находилась вся его семья, Европейский суд по правам человека пришел к заключению, что "требования общественного порядка взяли верх над соображениями личного характера, которые побуждали к применению Конвенции"¹⁹⁷. Иными словами, всякое посягательство на уважение личной или

¹⁸⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 août 1996, *Décisions et rapports*, 1996 – III, p. 924, par. 32.

¹⁹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 février 1991, Série A n° 193, p. 18 à 20, par. 41-46.

¹⁹¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mars 1992, Série A n° 234, p. 26 à 28, par. 71-80.

¹⁹² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 13 juillet 1995, Série A n° 320 B, p. 23 à 26, par. 34-46.

¹⁹³ *Berrehab c. Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, Série A n° 138, p. 16, par. 29 ; и примечания Карло Руссо, бывшего судьи Европейского суда по правам человека, в L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, (ссылка 41, выше), p. 318.

¹⁹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 avril 1996, *Reports of Judgements and Decisions* (1996-II), p. 610.

¹⁹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 août 1996 précité, pp. 924-925, par. 35.

¹⁹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 janvier 1997, *Reports of Judgements and Decisions* (1997-I), p. 63, par. 41.

¹⁹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 octobre 1997, *Reports of Judgements and Decisions* (1997-VI), p. 2265, par. 44.

семейной жизни лица, в данном случае высылаемого лица, должно быть соразмерно целям высылающего государства¹⁹⁸.

136. Суд пошел еще дальше в деле *Буганеми (Boughanemi)*, постановив, что высылка заявителя не противоречит статье 8 Европейской конвенции о правах человека, поскольку г-н Буганеми сохранил свое тунисское гражданство и, по всей видимости, не собирался стать французом; что он поддерживал связи с Тунисом помимо просто факта своего гражданства, как утверждало правительство высылающего государства; что в Европейской комиссии по правам человека он не заявлял, что не умеет говорить по-арабски, или что он порвал все связи со своей родиной, или что он туда не возвращался¹⁹⁹.

137. Следует ли из этого вывод, что иностранец должен порвать всякие родственные связи, все социальные и культурные контакты со своей страной, чтобы защитить себя от высылки? Анализ судебной практики Суда и его наиболее значимых решений, о которых говорилось выше, может помочь найти ответы на этот вопрос.

138. До постановления по делу *Ezzouhdi* (2001), к которому мы еще вернемся, в многочисленных комментариях по этому вопросу прослеживались два этапа в судебной практике Европейского суда по правам человека. Начало первому этапу положило постановление по делу *Moustaquim c. Belgique*²⁰⁰, в котором впервые высылка иностранца стала рассматриваться как нарушение статьи 8. После него последовали аналогичные по смыслу постановления по делу *Beldjoudi*²⁰¹ *c. France* и *Nasri*²⁰². В тот период Суд проявлял особую благосклонность к иммигрантам второго поколения, которые пользовались его защитой от высылки.

139. Второй этап изменений в судебной практике начался в 1996 году с постановления по вышеупомянутому делу *Boughanemi*, в котором исключается любое нарушение статьи 8 в связи с высылкой. За ним последовали аналогичные по смыслу постановления или решения по вопросам приемлемости в делах *Chorfi c. Belgique*²⁰³, *Boulchekia*²⁰⁴, *El Bouja*²⁰⁵, *Boujlifa*²⁰⁶,

¹⁹⁸ Назначенный на пост Председателя судья Брюссельского суда первой инстанции продемонстрировал искреннюю приверженность судебной практике Европейского суда по правам человека, подчеркнув в постановлении от 30 июля 2007 года по делу *Cajamarca Arizaga et sa fille*, "что любое посягательство на право на уважение личной и семейной жизни человека должно, в частности, быть необходимым в демократическом обществе, а именно быть соразмерным поставленным целям в соответствии со статьей 8 Европейской конвенции о правах человека". (R.R. n° 07/5726/B Req. Cajamarca Arizaga Ana.)

¹⁹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 avril 1996, (сноска 194, выше) p. 610, para. 44. См. также решение Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций по делу *Ngoc Si Truong c. Canada*, communication 743/1997: Canada 05/05/2003, CCPR/C/77/D/743, 1997 (Jurisprudence); и дело *Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nebol c. France*, Comité des droits de l'homme: communication 1179/2003: France 16/07/2004), в рамках которого нельзя было говорить о посягательстве на семейную жизнь, поскольку ее не было вообще, а заявитель представил фальшивое свидетельство о браке; поэтому заявление на воссоединение семьи не могло быть признано.

²⁰⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 février 1991 (сноска 190, выше).

²⁰¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mars 1992 (сноска 191, выше).

²⁰² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 13 juillet 1995 (сноска 192, выше).

²⁰³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 août 1996.

²⁰⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 janvier 1997.

*Dalia*²⁰⁷, *Benrachid*²⁰⁸, *Baghli*²⁰⁹, *Farah c. Suède*²¹⁰, *A. c. Norvège*²¹¹. Все они свидетельствуют об ужесточении позиции Суда. Однако следует отметить, что на фоне этой общей тенденции в применении права Суд включил в постановление по делу *Mehemi c. France* от 26 сентября 1997 года формулировку о нарушении статьи 8 в отношении жалобы иностранца, который родился во Франции, был женат и имел трех детей и был осужден к шести годам тюрьмы с запрещением последующего въезда в страну за торговлю гашишем. В данном деле Суд, вероятно, провел четкую грань между коноплей и гашишем, с одной стороны, и героином, который был предметом обвинения в упомянутых выше делах *El Bouja*, *Dalia*, *Baghli*, *Farah* и *A. c. Norvège*, с другой.

140. Постановление, вынесенное 13 февраля 2001 года по делу *Эззуди против Франции (Ezzouhdi c. France)*²¹², дало возможность Суду дополнить свою судебную практику по вопросу о высылке с уважением права на личную и семейную жизнь, при этом оно продемонстрировало последовательность в применении норм права, которая не была нарушена, как могло показаться, а состояла в нюансах²¹³. Г-н Эззуди – марокканец 1970 года рождения, проживал во Франции с 5-летнего возраста. До 16 лет учился, а затем оставил колледж. Его отец умер в 1995 году, но его мать и две сестры живут во Франции. В период 1993–1997 годов он трижды был осужден по уголовным делам, причем однажды за хранение, приобретение и употребление наркотиков, в частности конопли. В 1997 году он был приговорен Исправительным судом г. Бург-ан-Бресс к 18 месяцам тюремного заключения за приобретение и употребление героина, кокаина и гашиша с запрещением последующего въезда в страну. Апелляционный суд утвердил решение о запрещении въезда в страну и увеличил срок лишения свободы до двух лет. Г-н Эззуди подал кассационную жалобу, но получил отказ. Тогда он обратился в Европейский суд по правам человека с жалобой на нарушение Францией статьи 8 Европейской конвенции о правах человека.

141. В своем постановлении от 13 февраля 2001 года Суд принял решение по каждому из двух пунктов статьи 8.

142. Что касается пункта 1, то вопрос заключался в том, может ли заявитель пользоваться своим правом на личную и семейную жизнь, которой якобы был нанесен ущерб в результате принятия меры о запрещении въезда в страну. Суд дает на него положительный ответ, напомнив о том, когда г-н Эззуди прибыл в страну и сколько ему тогда было лет, о том, что он здесь учился и работал. В

²⁰⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 septembre 1997.

²⁰⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 octobre 1997.

²⁰⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 19 février 1998.

²⁰⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 8 décembre 1998.

²⁰⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 novembre 1999.

²¹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 août 1999.

²¹¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 mars 2000.

²¹² Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 471 160/99, arrêt du 13 février 2001.

²¹³ В отношении этого постановления см., в частности, замечания Брижит Жарро: Brigitte Jarreau, "L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français (arrêt Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001)", Centre de recherches et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, Actes de la huitième Session d'information, www.credho.org/cedh/session08/session08-06-01.htm, consulté le 16 mars 2009.

действительности на этой стадии французское правительство интересовал лишь один вопрос – была ли у бездетного холостяка семейная жизнь в смысле пункта 1 статьи 8. Иными словами, связана ли эта жалоба с посягательством на личную и семейную жизнь или только с посягательством на его личную жизнь? Суд посчитал, что его семейные связи с матерью, братьями и сестрами, которые живут во Франции, вполне достаточны для характеристики семейной жизни. Напомним, что, по определению Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций, термин "семья", согласно МПГПП,

"следует толковать в широком смысле как понятие, включающее всех лиц, образующих семью, как она понимается в соответствующем обществе. Отказ от защиты такой семьи не всегда может обосновываться отсутствием формальных брачных связей, особенно в тех случаях, когда существует местная практика заключения брака в соответствии с нормами обычного или общего права. Не обязательно также, что право на защиту семейной жизни исчезает в результате раздельного проживания, супружеской неверности или отсутствия брачных связей. Однако для защиты прежде всего необходимо наличие семейных уз"²¹⁴.

Не вызывает сомнения, что в данном случае такие семейные узы действительно существовали между заинтересованным лицом и его матерью, а также его братьями и сестрами.

143. Другой аргумент в пользу заявителя, который был принят во внимание Судом, – это отсутствие иных связей, кроме гражданства, между г-ном Эззуди и его родиной: он жил в Марокко только в детском возрасте, утверждает, что не говорит по-арабски, и правительство Франции не представило других доказательств его связей с этой страной.

144. Затем Суд провел оценку соразмерности, состоящую в том, чтобы установить, был ли при применении меры высылки соблюден справедливый баланс вступающих в противоречие интересов, то есть, с одной стороны, право заявителя на уважение личной или семейной жизни и, с другой стороны, обеспечение общественного порядка, предотвращение уголовных правонарушений и охрана здоровья. По мнению Суда, основным элементом оценки степени соразмерности является тяжесть правонарушений, совершенных заявителем. В данном деле тяжесть правонарушений, приписываемых г-ну Эззуди, минимальна, поскольку он был осужден за деяния, связанные с употреблением наркотиков, а не за их продажу за деньги. С точки зрения Суда эти деяния не представляют серьезную угрозу для общественного порядка, несмотря на установление рецидива. На основании этого Суд делает вывод о несоразмерности правонарушений, совершенных заявителем, и посягательством на его личную и семейную жизнь в случае применения меры высылки и приводит последний довод о том, что "окончательный характер запрещения представляется особенно суровой мерой".

145. Таким образом, принятое три года спустя постановление по делу *Эззуди*, после вышеупомянутого постановления по делу *Меми*, связало в одну цепочку судебную практику Европейского суда по правам человека, касающуюся

²¹⁴ *Affaire Benjamin Ngambi and Marie-Louise Nébol c. France*, communication N° 1179/2003 : France 16/07/2004, CCPR/C/81/D/1179/2003 (Jurisprudence).

нарушения статьи 8 Европейской конвенции о правах человека в связи с применением высылки. Вместе с тем нет никакой уверенности, что это постановление действительно означает эволюцию, и тем более перелом в судебной практике в пользу заявителей. По сути, тогда бы речь шла о "связи решения с предыдущими, разумеется, в противоположном смысле, но только потому, что этого требовали обстоятельства дела"²¹⁵. Требование Суда во всех случаях – будь то "законная" или "естественная" семья – состоит в том, чтобы соответствующая "семейная жизнь" независимо от степени интенсивности отношений действительно существовала до этого и характеризовалась реальными и достаточно тесными связями между ее членами²¹⁶. Эти отношения могут принимать форму совместного проживания, финансовой зависимости (например, в случае несовершеннолетних детей²¹⁷), регулярно осуществляемого права на свидание с детьми²¹⁸ или поддержания отношений между отцом и его незаконными детьми²¹⁹.

146. Что касается пункта 2 статьи 8, то ряд ученых²²⁰ и судей Суда, высказывая противоположное мнение, ставили вопрос о значении права на уважение личной жизни по сравнению с правом на семейную жизнь. В постановлении, вынесенном 21 октября 1997 года по вышеупомянутому делу *Boujlifa*, Суд специально рассматривал вопрос о праве на личную жизнь, хотя это и не принесло большой пользы для заявителя. Вопрос, таким образом, заключается в следующем: составляют ли личная жизнь и семейная жизнь единое целое или личная жизнь является частью семейной жизни? Постановление по делу *Ezzouhdi* подтвердило формулировку вышеупомянутого постановления по делу *Baghli*, хотя и не решило по-настоящему этот вопрос. Между тем, бесспорно, что личная жизнь и семейная жизнь не всегда совпадают: холостяк, к примеру, может вести личную жизнь отдельно от своей семейной жизни, которая существует, несмотря на целибат, как это показало дело *Ezzouhdi*. Поэтому следовало бы дать эквивалентное определение этим двум составляющим прав, предусмотренных пунктом 1 статьи 8, при оценке степени соразмерности в вопросах высылки.

147. По всей видимости, при современном состоянии международного права в области прав человека требование уважения личной жизни и семейной жизни в вопросе высылки нельзя рассматривать как норму обычного права. Проистекающее из права на личную и семейную жизнь, которое закреплено, как мы видели, в нескольких международных документах по правам человека, оно только начинает применяться в судебной практике Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций. В практике Европейского суда по правам человека оно находит более широкое применение в качестве обобщающего обязательства, сфера действия которого может охватывать

²¹⁵ В. Jarreau, (сноска 213, выше), p. 3.

²¹⁶ V. Carlo Russo, commentaire de l'article 8, par. 1, в L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (сноска 41, выше), p. 316.

²¹⁷ Requête n° 2991/66, *Alam e Klan c. Royaume-Uni*, *Annuaire* n°2 (1968), p. 789 ; requête n° 8244/78, *Singh Uppal c. Royaume-Uni*, *Décisions et rapports* 17, p. 149, et *Décisions et rapports* 20, p. 29.

²¹⁸ *Berrehab c. Pays-Bas*, décision du 8 mars 1985, rapport du 7 octobre 1986, arrêt du 21 juin 1988, Série A n° 138.

²¹⁹ Requête n° 3110/67 c. *République fédérale d'Allemagne*, *Décisions et rapports* 27, p. 77 à 91 ; requête n° 8924/80 c. *Suisse*, *Décisions et rapports* 24 ; requête n° 7289/76 c. *Suisse*, *Décisions et rapports* 9, p. 57.

²²⁰ См., например, C. Van Muyler, "Le droit au respect de la vie privée des étrangers", *Revue française de droit administratif*, juillet-août 2001, p. 797.

вопросы высылки. На этом основании и принимая во внимание вышесказанное, можно предложить следующий проект статьи:

Проект статьи 13: Обязательство уважать право на личную жизнь и на семейную жизнь

- 1. Высылающее государство уважает право на личную жизнь и на семейную жизнь высылаемого лица.**
- 2. Оно не может нарушать право, предусмотренное пунктом 1 настоящей статьи, за исключением случаев, предусмотренных законом, и при соблюдении справедливого баланса интересов государства и рассматриваемого лица.**

v) Принцип недопущения дискриминации

148. В отличие от вышеизложенных норм, принцип недопущения дискриминации "*не имеет корней в первичном ядре прав человека*"²²¹. Этот "принцип", присутствующий в различных областях международного права, различается по своим составным элементам и способам применения, в зависимости от того, используется ли он в отношениях между государствами, в отношениях государств с частными лицами или в отношениях частных лиц между собой. В случае высылки речь идет в основном об отношениях между государствами и частными лицами. В этой категории отношений принцип недопущения дискриминации сначала появился в мирных договорах в форме норм, предназначенных для защиты национальных меньшинств и населения подмандатных территорий. По этому поводу Постоянная Палата Международного Суда уточнила в своем консультативном заключении, касающемся *Колонистов немецкого происхождения в Польше (Colons d'origine allemande en Pologne)*, что "нужно обеспечить фактическое равенство, а не только формальное равенство в правах, в том смысле, что условия договора не предусматривают дифференцированное обращение"²²². Она разъяснила еще раз свою позицию в постановлении, вынесенном по делу *Миноритарные школы в Албании (Ecoles minoritaires en Albanie)*, добавив при этом, что "равноправие исключает всякую дискриминацию; зато фактическое равенство может сделать необходимым различные виды обращения, с тем чтобы добиться результата, который установил бы баланс между различными ситуациями"²²³.

149. В области прав человека и политических свобод правило недопущения дискриминации выступает как неизбежное следствие общего принципа равенства между людьми²²⁴, при том что между понятиями существуют

²²¹ Emmanuel Roucouas, "*Facteurs privés et droit international public*" *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye* 2002, vol. 299, p. 159.

²²² Cours permanente de justice internationale, Série B n° 6, avis consultatif du 10 septembre 1923, p. 24.

²²³ Cours permanente de justice internationale, Série A/B, arrêt du 6 avril 1935, p. 19.

²²⁴ См. Ph. Veglérís, "Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme", *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, vol. I, Bruxelles, 1972, p. 427 et s.; W. Mekean, *The Meaning of Discrimination Under International Law*, Oxford, 1983; E. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, La Haye, 1973; ainsi que E. Roucouas (сноска 221, выше), p. 160 et 161.

различия²²⁵. Норма о недопущении дискриминации закреплена в различных международно-правовых документах в области защиты прав человека. Так, статья 7 Всеобщей декларации прав человека гласит: "Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона. Все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации, нарушающей настоящую Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации". Пункт 1 статьи 2 МПГПП устанавливает, что каждое участвующее в Пакте государство "обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства". В таком же духе составлен пункт 1 статьи 2 Конвенции о правах ребенка, а пункт 2 этой же статьи устанавливает, что государства-участники "принимают все необходимые меры для обеспечения защиты ребенка от всех форм дискриминации или наказания на основе статуса, деятельности, выражаемых взглядов или убеждений ребенка, родителей ребенка, законных опекунов или иных членов семьи". Что касается Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин²²⁶, то в статье 2 оговаривается, что государства-участники "осуждают дискриминацию в отношении женщин во всех ее формах" и обязуются принять все необходимые меры для запрещения, ликвидации и наказания такой дискриминации. В статье 1 Конвенции понятие "дискриминация в отношении женщин" означает любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области". Остальные международно-правовые документы, направленные на защиту от дискриминации данных категорий населения, составлены в таком же духе: они направлены на то, чтобы предупредить действия или поступки, которые имеет целью или результатом дискриминацию. Это относится и к Декларации о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений²²⁷ и к Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации²²⁸.

150. Норма о недопущении дискриминации фигурирует также в основных региональных документах по вопросам защиты прав человека. Так, идея об этом содержится в статье 14 Европейской конвенции о правах человека, хотя само слово здесь прямо не употребляется. В Дополнительном протоколе № 12

²²⁵ См. D. Mc Rae, "The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law", *Recueil des cours de l'Académie de international de la Haye*, 1996 vol. 260 p. 166; T. Opsahl, *Law and Equality. Selected Articles on Human Rights*, Oslo, 1996, p. 171 et s.

²²⁶ Принята и открыта для подписания, ратификации и присоединения резолюцией 34/180 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1979 года; вступила в силу 3 сентября 1981 года.

²²⁷ Провозглашена Генеральной Ассамблей 25 ноября 1981 года (резолюция 36/55), статья 2.

²²⁸ Принята Генеральной Ассамблей 21 декабря 1965 года (резолюция 2106 (XX)), вступила в силу 4 января 1969 года, статья 2. Об этой Конвенции и о норме, касающейся недискриминации, см., в частности, E. Decaux (dir.), *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, et S. Fredman (dir.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, 2001.

к Европейской конвенции о правах человека, открытом для подписания 11 ноября 2000 года, расширена сфера применения данной статьи 14. В Хартии Европейского союза об основных правах, в формулировке, отличной от формулировок Европейской конвенции о правах человека и Дополнительного протокола № 12 к ней, в которых закреплено право на пользование без дискриминации перечисленными правами и свободами, основной упор делается на идее запрещения дискриминации. В соответствии с пунктом 1 статьи 21, "запрещается дискриминация любого рода, в частности по признаку пола, расы, цвета кожи, этнического или социального происхождения, генетических характеристик, языка, религии или убеждений, политических и иных взглядов, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, происхождения, ограниченной трудоспособности, возраста или сексуальной ориентации". Что касается сексуальной ориентации, то следует отметить, что ее регламентированность правом в западных странах отнюдь не отражает общее положение²²⁹. И наконец, в Африканской хартии прав человека и народов принят оригинальный подход к вопросу недопущения дискриминации, в основе которого лежит скорее аксиологический, чем правовой принцип. В самом деле, статья 28 Хартии устанавливает, что "каждый человек обязан уважать и относиться к своему ближнему без дискриминации, а также поддерживать отношения, имеющие целью помощь, защиту и усиление взаимного уважения и терпимости". Это единственное из всех перечисленных выше положений, в котором четко и в позитивном плане дается указание на те меры, которые следует принять для обеспечения недопущения дискриминации. В этом смысле она представляет интерес в вопросах защиты прав человека, касающихся высылки иностранцев.

151. Вопрос состоит в том, каким образом норма о недопущении дискриминации может применяться в области высылки после того, как был принят принцип невысылки граждан. Нельзя исключать, что высылка иностранца может быть следствием дискриминации по признаку гражданства. Именно поэтому в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, "запрещается индивидуальная или коллективная высылка иностранцев [на законном основании находящихся на территории государства] на основании расовой принадлежности, цвета кожи, религии, культуры, родового, национального или этнического происхождения". Можно предположить, что в таком случае вопросы недопущения дискриминации должны также рассматриваться в отношении подлежащих высылке иностранцев. То есть смысл в том, что в вопросе высылки не должно быть дискриминации не только между иностранцами и гражданами, но также между различными категориями иностранцев, дискриминации без какого бы то ни было различия в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства" (МПГПП, пункт 1 статьи 2). В этот перечень в Европейской конвенции о правах человека добавлено, как мы уже

²²⁹ Следует отметить богатую судебную практику европейских и североамериканских судов, в частности Соединенных Штатов (см. по этому вопросу: Samuel M. Silvers, "The Exclusion and Expulsion of Homosexual Aliens", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15, 1983-1984, p. 295 à 332). С другой стороны, наряду с этим отмечается сохранение наказаний за гомосексуализм во многих странах Африки, в странах арабского мира и в Азии, где эта мера наказания уже существует, и даже введение этого наказания в ряде стран, где оно до этого не существовало, например в Бурунди, где в марте 2009 года был принят соответствующий закон.

видели, словосочетание "принадлежности к национальным меньшинствам" (статья 14 и пункт 1 статьи 1 Протокола № 12).

152. Поэтому в так называемом деле *мавританских женщин (Femmes mauriciennes)* Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций счел их высылку незаконной, мотивируя это тем, что в законодательстве содержалось положение о дискриминации по признаку пола, которое защищало от высылки мавританских женщин, но не мужей той же национальности²³⁰. Можно предположить, что недопущение дискриминации между иностранцами в вопросах высылки найдет соответствующее юридическое обоснование в различных вышеуказанных международно-правовых документах, которые закрепляют эту норму как один из элементов защиты, предоставляемой специальным категориям лиц.

153. Европейский суд по правам человека развил дальше позицию Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций в вышеупомянутом деле *Femmes mauriciennes* в своем постановлении, вынесенном 28 мая 1985 года по делу *Abdulaziz, Cabales et Balkandi*²³¹. Действительно, Суд единодушно отметил, что каждая из заявительниц подверглась дискриминации по признаку пола, что противоречит статье 14 Европейской конвенции о правах человека: в отличие от мужчин-мигрантов, обосновавшихся в Соединенном Королевстве, заявительницы не имели права, будучи в том же положении, получить для своих супругов-неграждан разрешение на въезд в страну пребывания или на то, чтобы остаться в ней. Отметив, что "продвижение к равенству между полами является сегодня важной задачей государств – членов Совета Европы", Суд постановил, что "только очень веские причины могли заставить сделать вывод о том, что различие по признаку пола совместимо с Конвенцией"²³². При этом Суд подчеркнул, что статья 14 направлена на то, чтобы "не допустить дискриминации в пользовании правами и свободами, гарантированными Конвенцией, там, где существуют различные способы следовать обязательствам, вытекающим из нее"²³³. С другой стороны, по мнению Суда, тот факт, что применяемые нормы затрагивали "меньше белых, чем других людей", не дает достаточных оснований, чтобы приписывать им расистский характер, поскольку они не содержали "положения, которое проводило бы различие между отдельными лицами или группами лиц на основе их расовой или этнической принадлежности"²³⁴.

154. Итак, принимая во внимание вышеизложенные соображения, можно сделать вывод о том что:

- норма о недопущении дискриминации широко закреплена в писаном праве в области прав человека и сами эти права должны применяться без дискриминации в отношении категорий соответствующих лиц;

²³⁰ Позиция, принятая 9 апреля 1981 года, communication n° R 9/35, частично воспроизведена в *Human Rights Law Journal*, vol. 2 (1981) p. 139, par. 9.2.

²³¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume Uni*, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 94 ; постановление, которое приводил в своих рассуждениях Марк Боссюит (Marc Bossuyt) в комментарии к статье 14 в L.- E. Pettiti, E. Decaux et P.- H. Imbert (сноска 41, выше), p. 482 et 483.

²³² *Ibid.*, par. 78.

²³³ *Ibid.*, par. 82.

²³⁴ *Ibid.*, par. 85.

- в области высылки она закреплена в судебной практике контрольных органов по применению международно-правовых документов в области прав человека, хотя эта судебная практика пока основывается на весьма ограниченном количестве дел;
- запрещение дискриминации в области прав человека в целом и в области высылки в частности "не существует независимо"²³⁵ в том смысле, что оно имеет значение только тогда, когда применяется на практике в рамках какого-либо изложенного права или свободы;
- рассмотренные международно-правовые документы и примеры из судебной практики не исчерпывают перечень различных элементов, которые могут служить основой для дискриминации.

155. И здесь тоже норма должна быть сформулирована не в отношении прав, которыми должны пользоваться без дискриминации все бенефициары, а в отношении взятого государством обязательства, не применять вышеупомянутые права в дискриминационных целях.

156. Принимая во внимание все вышеуказанные аналитические выкладки и замечания, есть основания предложить следующий проект статьи:

Проект статьи 14: Обязательство соблюдать принцип недопущения дискриминации

1. Государство осуществляет право высылки в отношении рассматриваемых лиц без какой бы то ни было дискриминации, в частности на основании расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

2. Принцип недопущения дискриминации также распространяется на пользование высылаемым лицом правами и свободами, предусмотренными как международными нормами в области прав человека, так и законодательством высылающего государства.

²³⁵ М. Bossuyt, в Л.- Е. Pettiti, E. Decaux et P.- H. Imbert (сноска 41, выше), p. 478.