



Комиссия международного права

Distr.: General
10 august 2006

Russian
Original: French

Комиссия международного права

Пятьдесят девятая сессия

Женева, 7 мая – 8 июня и

9 июля – 10 августа 2007 года

Третий доклад о высылке иностранцев, представленный Специальным докладчиком Морисом Камто

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Часть первая: Общие нормы (продолжение)		3
III. Общие принципы	1–133	3
A. Право на высылку	6–23	4
1. Неотъемлемое право	8–14	5
2. Неабсолютное право	15–22	9
a) Постановка проблемы	15–18	9
b) Ограничения, присущие международному правопорядку	19–22	10
– Проект статьи 3: Право на высылку	23	11
B. Право на осуществление с соблюдением основных норм международного права	24–133	12
1. Ограничения, касающиеся высылаемых лиц	29–133	13
a) Принцип невысылки своего гражданина	29–57	13
i) Принцип	34–49	14
ii) Исключения	50–56	20
– Проект статьи 4: Невысылка государством своего собственного гражданина	57	23



	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
b) Принцип невысылки беженца	58–81	23
i) Принцип.....	61–74	24
ii) Отступления.....	75–80	29
– Проект статьи 5: Невысылка беженцев.....	81	31
c) Принцип невысылки апатридов.....	82–96	31
– Проект статьи 6: Невысылка апатридов.....	96	35
d) Принцип коллективной невысылки	97–133	35
i) В мирное время.....	98–115	36
ii) В военное время.....	116–132	42
– Проект статьи 7: Коллективная невысылка.....	133	48

Часть первая: Общие нормы (продолжение)

III. Общие принципы

1. В своем втором докладе Специальный докладчик по вопросу о высылке иностранцев, рассмотрев недавние события, имеющие отношение к рассматриваемой теме, как в практике отдельных государств, так и в международной практике¹, постарался определить сферу охвата данной темы². В связи с этим в первой части исследования, посвященной "Общим нормам", применяемым в области высылки иностранцев, он уделил особое внимание определению "рамок рассматриваемой темы", которая оказалась главным пунктом дискуссии и даже камнем преткновения, как в Комиссии международного права, так и в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций. Затем Специальный докладчик дал более четкое, чем в своем предварительном докладе, определение основных понятий темы.

2. Настоящий доклад посвящен рассмотрению общих принципов международного права, регламентирующих вопросы высылки иностранцев. Споры о том, является или нет вопрос высылки иностранцев прерогативой международного права³, ушли в прошлое: право высылки составляет единое целое с принципом территориального суверенитета. Существование государства связано не только с наличием населения, признающего его суверенитет, но также, и главным образом, с наличием территории, на которой этот суверенитет осуществляется исключительно на фактическом и законном основании. Как отмечал Ролен-Жакминс в своем докладе о праве на высылку иностранцев, с которым он выступил в Институте международного права на сессии в Лозанне в 1888 году, этот суверенитет был бы поставлен под угрозу, если бы у лиц, которые не имеют "никаких политических связей с государством, в которое они въезжают...", родина которых, одним словом, находится в другом месте, имелась возможность проникать на территорию, обосновываться на ней и не считаться с местными властями, которые рассматривают их пребывание опасным и вредным для страны"⁴. В заключение он привел следующие слова:

"С точки зрения международного права, любое правительство суверенного государства, как правило, имеет право, если оно считает это необходимым в интересах данного государства, допускать или не допускать, высылать или не высылать иностранцев, которые хотят въехать на его территорию или находятся на ней, а также ставить в зависимость их прием или постоянное местожительство от условий, которые оно считает необходимым ввести в интересах обеспечения своего спокойствия либо своей внутренней или внешней безопасности, либо здоровья своих жителей"⁵.

¹ См. Второй доклад о высылке иностранцев, представленный Специальным докладчиком Морисом Камто Комиссии международного права (A/CN.4/573, 20 июля 2006 года, пункты 15–35).

² См. там же, пункты 36–41.

³ См., в частности, продолжительную дискуссию по этому вопросу в Институте международного права на заседании 8 сентября 1891 года, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, 1889-1891, session de Hambourg, pp. 397-320.

⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10, 1888-1889, session de Lausanne, p. 230.

⁵ Ibid., p. 235.

3. Подобное мнение соответствовало доминирующей теории того времени. Таким образом, согласно Дарю, именно в понятии суверенитета заключается "рациональная основа права высылки"⁶, права, универсальность которого подчеркивалась в тот же период⁷.

4. Высылка, с одной стороны, затрагивает основной в международном праве принцип суверенитета государства, на основании которого государство правомочно вводить внутренние нормы в соответствии со своей территориальной юрисдикцией, и, с другой стороны, основополагающие принципы, определяющие структуру международного правопорядка, а также основные права человека, соблюдение которых вменяется всем государствам нашего времени. В преамбуле к "Международным правилам приема и высылки иностранцев", принятым Институтом международного права на своей Женевской сессии 9 сентября 1892 года, по этому поводу было записано следующее:

"считая, что для каждого государства право допускать на свою территорию иностранцев или отказывать им во въезде, или же допускать их на определенных условиях, или же высылать их является логичным и необходимым последствием его суверенитета и независимости; полагая, однако, что гуманность и справедливость вынуждают государства осуществлять это право, лишь соблюдая, в той мере, которая совместима с их собственной безопасностью, права и свободы иностранцев, которые хотят проникнуть на вышеупомянутую территорию или уже находятся на ней; учитывая, что с этой международной точки зрения было бы целесообразным сформулировать в общем виде и на будущее некоторые имеющие прочную основу принципы, принятие которых не будет, в частности, сопрягаться с какой-либо оценкой деяний, совершенных в прошлом..."⁸.

5. В последующих исследованиях ставилась цель увязать между собой официальное удостоверение того, что право на высылку является принципом, установленным в международном праве, с одной стороны, и идею о том, что такое право должно осуществляться при соблюдении основных норм международного права, с другой стороны. Речь шла об установлении сбалансированного соотношения этих полярных понятий, приводящего в соответствие право высылающего государства и права высылаемого лица с тем, чтобы суверенное право государства осуществлялось при уважении человеческого достоинства.

A. Право на высылку

6. Право на высылку вызвало оживленную дискуссию в конце XIX века, о чем свидетельствуют, в частности, труды Института международного права по этой проблеме. Хотя в ходе этой дискуссии вопрос об обоснованности права на высылку специально не обсуждался, он, тем не менее, прямо или косвенно затрагивался. При этом утверждения о существовании такого права обязательно связывались с упоминанием его правовой основы в рамках международного права или, в случае необходимости, национального права. В первом приближении можно было предположить, что такая разрешительная норма, устанавливающая право и свободу

⁶ Joseph-André Darut, *L'expulsion des étrangers. Principe général – Application en France*, Thèse, Aix, 1902, pp. 16 et 20.

⁷ Alexis Martini, *L'expulsion des étrangers*, Thèse, Paris, 1909, p. 16.

⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894, session de Genève, pp. 218-219.

для государства высылать иностранца со своей территории, заимствована из общего международного права в его традиционном понимании, то есть из обычного права.

7. Исследование проблемы это не подтверждает: право высылать предоставляется государству не в соответствии с какими-либо нормами извне; это естественное право государства, вытекающее из самого его статуса суверенного юридического лица, наделенного полнотой юрисдикции на своей территории, которая в международном праве может ограничиваться только добровольными обязательствами государства либо определенными нормами *erga omnes*. Однако в данном случае речь идет лишь об ограничениях, а не об условии существования нормы. Другими словами, право на высылку является правом, неотъемлемым от (территориального) суверенитета государства; но речь не идет об абсолютном праве в той мере, в какой оно должно осуществляться в рамках, установленных международным правом.

1. Неотъемлемое право

8. Наличие у государства права высылать иностранца со своей территории не оспаривается международным правом⁹ и, кажется, никогда не ставилось под сомнение в теоретических трудах¹⁰. Практика государств это подтверждает¹¹. Данное право, к тому же, широко использовалось в международной арбитражной практике, в частности в конце XIX и в начале XX века, а также применялось в последних решениях и судебной практике региональных комиссий и судебных органов по правам человека. Так, в связи с делом *Боффоло* арбитр утверждает: "Обладание правительствами общим полномочием высылать иностранцев, по меньшей мере на определенном основании, не может подвергаться сомнению" [...] ¹²; Смешанная комиссия Бельгии и Венесуэлы по урегулированию требований высказывается аналогичным образом в связи с делом *Paquet*, заявляя,

⁹ См. Giorgio Gaja, "Expulsion of aliens: some old and new issues in international law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 295.

¹⁰ Некоторые авторы конца XIX века, в частности лорд Кейк, М. Сапей, Пинхейро – Феррейра, П. Фиоре и М. Кловис Хьюг, считали, руководствуясь гуманистическими идеалами того времени, что ничто не должно сковывать свободу человека и квалифицировали право высылки в качестве грубейшего нарушения неотъемлемых прав человека. (См. J.-A. Darut, *op. cit.*, pp. 8-9). Но ряд других авторов того же периода утверждали, что такой подход является неприемлемым не только в области права, но и в области политики (*ibid.*, pp. 10 et s.).

¹¹ В вышеуказанном курсе лекций М. Гайа приводит в этой связи три интересных примера, взятых из *Digest of International Law* de Whitemann (dir. publ.), Washington, 1967, pp. 851, 854, 861: напоминание Государственного секретаря США в 1939 году о своих указаниях Генеральному совету Соединенных Штатов Франции относительно того, чтобы эта страна "признала право государства высылать иностранцев, представляющих угрозу его безопасности, и не вмешивалась бы в подобных случаях"; заявление, сделанное 10 лет спустя министром Великобритании Мак Нейлом, в котором говорится: "[...] Вопрос о высылке из страны любого иностранца является, естественно, неотъемлемым правом правительства Венгрии и здесь, кажется, нет законных оснований для официального протеста"; письмо заместителя Государственного секретаря США Даттона, направленное одному из конгрессменов в 1961 году, в котором он пишет: "[...] следует отметить, что в соответствии с общепризнанными принципами международного права государство может выслать иностранца, когда оно пожелает, при условии что речь не идет о произвольном выдворении [...]".

¹² *Affaire Boffolo*, Commission mixte des réclamations Italie/Venezuela, 1903, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. X, p. 531. Оригинальный текст на английском языке выглядит следующим образом: "That a general power to expel foreigners, at least for cause, exists in governments cannot be doubted". Текст перевода на французский язык взят из *l'Etude du Secrétariat*, *op. cit.*, par. 188.

что "право высылать иностранцев с национальной территории или запрещать им въезд на такую территорию является общепризнанным"¹³.

9. Что касается решений и судебной практики региональных комиссий и судебных органов по правам человека, то в них также признается право на высылку иностранцев в целях сохранения общественного порядка в качестве нормы, установленной международным правом¹⁴. В связи с этим Европейский суд по правам человека в своей судебной практике постоянно ссылается на

"...стремление договаривающихся государств обеспечить общественный порядок, в частности при осуществлении, в соответствии с принципом международного права и без ущерба для их обязательств, вытекающих из договоров, их права контролировать въезд, пребывание и высылку иностранцев"¹⁵.

Он также всегда признавал за главами государств,

"право контролировать, строго в соответствии с принципом международного права, въезд, пребывание и высылку иностранцев"¹⁶.

10. Изучая Представление по делу, возбужденному против Анголы четырьмя неправительственными организациями в связи с массовой высылкой из этой страны в 1996 году уроженцев различных африканских государств, Африканская комиссия по правам человека и народов изложила следующую точку зрения по вопросу о праве государства на высылку:

"Комиссия не желает ставить под сомнение и не ставит под сомнение право любого государства предпринимать правовые действия в отношении нелегальных иммигрантов и депортировать их в страны их происхождения, если компетентные суды принимают решение об этом"¹⁷.

¹³ *Affaire Paquet*, Commission mixte des réclamations Belgique/Venezuela, 1903, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. IX, p. 325. Оригинальный текст на английском языке читается следующим образом: "the right to expel foreigners from or prohibit their entry into national territory is generally recognized [...]". Текст перевода на французский язык взят из *l'Etude du Secrétariat*, op. cit., par. 189.

¹⁴ См. *Высылка иностранцев*, Меморандум секретариата, документ A/CN.4/565 (здесь и далее: Меморандум секретариата), стр. 182.

¹⁵ *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 18 février 1991, par. 43. Voir aussi: *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt (sur le fond), 30 octobre 1991, par. 102; *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, par. 73; *Ahmed c. Austria*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, par. 38; *Boughamemi c. France*, arrêt (au principal), 24 avril 1996, par. 41; *Bouchelkia c. France*, arrêt (au principal), 29 janvier 1997, par. 48; et *H.L.R. c. France*, arrêt (au principal), 29 avril 1997, par. 33.

¹⁶ *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 28 mai 1985, par. 67.

¹⁷ *Communication n° 159/96*, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'Homme c. Angola. Решение, принятое на 22-й сессии, Банжул, Гамбия, 11 ноября 1997 года, пункт 19.

11. Следует заметить, что это общепризнанное право¹⁸ на самом деле уже давно закреплено в законодательствах стран Старого света¹⁹. В начале XX века один из авторов отмечал, что оно было закреплено в законодательстве большинства стран Европы и Северной Америки и во многих международных договорах²⁰ и не вызывает никакого сомнения, учитывая масштабы современной миграции, что это право войдет в законодательства всех государств наших дней²¹.

12. Вместе с тем право на высылку существует независимо от какого-либо специального положения национального или конвенционного права о предоставлении такого права высялающему государству, так как оно вытекает из самого международного права²². Именно в этом смысле Институт международного права заявляет, как было отмечено выше²³, что право на высылку "является логичным и необходимым последствием" суверенитета государства, одним из атрибутов которого оно является, или его независимости. В тот же период А.Х. Маршал отмечал в качестве очевидного факта: "Поскольку право на высылку несомненно присуще суверенитету каждого государства на его собственной территории, оно, естественно, получает полное признание в рамках *международного права*"²⁴. Другой автор в заключении своего исследования практики высылки и выдворения иностранцев в Латинской Америке в начале 1940-х годов отметил следующий факт: "В законодательствах государств нет ничего, что запрещает высылку иностранцев, имеющих домициль или проживающих в стране"²⁵. Говоря

¹⁸ См. A. Martini, op. cit., p. 16.

¹⁹ В Англии, например, до принятия 11 августа 1905 года Акта об иностранцах, см., в частности, Craies, *Jurisqueleur de droit international privé*, 1889, p. 357 et s.; во Франции право высылки было предоставлено правительству в 1849 году, но оно не было новым: в законе от 28 вандемьера года VI в статье 7 уже было записано следующее положение: "Все иностранцы, совершающие путешествие по Республике, или проживающие в ней, не выполняя в ней признанную Правительством миссию нейтральных или дружественных держав или не приобретя в ней титул гражданина, подвергаются специальному надзору со стороны Исполнительной дирекции, которая может изъять у них паспорта и предписать им покинуть французскую территорию, если она сочтет, что их присутствие может нарушить порядок и общественное спокойствие"; см. также, например, закон от 21 апреля 1832 года, который давал французскому правительству то же право в отношении беженцев-иностранцев. Читать по этой теме, в частности, Arthur Desjardins, "L'expulsion des étrangers", в *Questions sociales et politiques*, 1893, p. 107.

²⁰ См. Ch. De Boeck, "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 18, 1927-III, p. 480, и многочисленные примеры из законодательств того времени и международных договоров, которые он приводит на стр. 480-481.

²¹ Не представляет никакого смысла повторять здесь соответствующие положения законодательства каждой страны по данной теме. Представление об этом по европейским странам можно получить из следующих работ: Bruno Nacimbene (dir. publ.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries / L'éloignement et la détention des étrangers dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Milan, Giuffrè, 2001; и Elspeth Guild et Paul Minderhoud (dir. publ.), *Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 2001. По Соединенным Штатам Америки см., в частности, Louis B. Sohn and Thomas Buergenthal (dir. publ.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992. В более общем плане см. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

²² Ch. De Boeck, op. cit., p. 479.

²³ См. выше, пункт 4.

²⁴ A. H. Marsh, "Colonial expulsion of aliens: an answer", *American Law Review*, vol. 33, 1899, p. 90. Курсив автора.

²⁵ J. Irizarry y Puente, "Exclusion and expulsion of aliens in Latin America", *American Journal of International Law*, vol. 36, 1942, p. 270.

конкретно о практике, существующей в странах Латинской Америки, он писал: "Страны Латинской Америки, осуществляющие неотъемлемое право суверенитета, будут, если есть закон, а если такого закона нет, то в качестве меры по обеспечению правопорядка, высылать или выдворять иностранцев по причинам, связанным с защитой государства, общественной безопасности, личной безопасности или общественного порядка"²⁶.

13. Такое понимание права на высылку подкреплено рядом международных арбитражных решений. Так, в деле *Ben Tillet* арбитр Артур Дежардэн записал в пункте А своего решения, озаглавленного: "*О праве на высылку, рассматриваемом в его принципе*".

"Исходя из того, что нельзя оспаривать у государства право запретить иностранцам въезд на свою территорию, когда их происки или их присутствие, по его мнению, несут в себе угрозу его безопасности; – Необходимо, чтобы при осуществлении полноты своего суверенитета оно оценивало значение фактов, мотивирующих это запрещение [...]"²⁷.

В решении, вынесенном в 1903 году по делу *Maal*, арбитр Плюмлей более четко сформулировал мысль о том, что право на высылку носит неотъемлемый характер. Рассматривая вопрос в связи с осуществлением этого права правительством Венесуэлы, он писал:

"У арбитра нет сомнений, что правительство Венесуэлы надлежащим и законным образом может отказывать во въезде лицам, представляющим опасность для благосостояния страны, или, в случае необходимости, высылать таких лиц и может осуществлять обширные дискреционные полномочия в этом отношении. Страны различаются в плане методов и средств, посредством которых они решают эти проблемы, но право на высылку является неотъемлемым во всех суверенных державах и представляет собой один из атрибутов суверенитета, поскольку оно осуществляется правомерно только в порядке надлежащей защиты страны от какой-либо предполагаемой или фактической опасности"²⁸.

Аналогичным образом изложил свое мнение арбитр в связи с делом *Boffolo*:

"Правом высылать иностранцев в полной мере обладает каждое государство и оно вытекает из самого суверенитета этого государства"²⁹.

14. Вопрос в том виде, в каком он формулировался в конце XIX века, заключался в том, возможно ли ввести четкие правила вместо произвола, который царил в то время во многих государствах в том, что касается высылки³⁰. Исходя из современного международного права, право на высылку, при том что оно является

²⁶ Ibid.

²⁷ Решение от 21 августа 1896 года, в *Revue générale de droit international public*, 1989, p. 48.

²⁸ *Affaire Maal*, Commission mixte des réclamations Pays-Bas/Venezuela, 1^{er} juin 1903, в *Ralston's Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington, 1904, pp. 914-915; см. также *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. X, p. 731.

²⁹ *Affaire Boffolo*, Commission mixte des réclamations Italie/Venezuela, 1903, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. X, p. 528.

³⁰ См. выписку из протокола заседаний Института международного права от 8–9 сентября 1892 года под председательством заместителя председателя Института М. Алберика Робина, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894, session de Genève, p. 185.

суверенным правом государства, не понимается как ничем не ограниченное право, порождающее дискреционные полномочия вышлагающего государства.

2. Неабсолютное право

а) Постановка проблемы

15. Право на высылку иногда понималось как абсолютное право. Такое понимание было характерно особенно для XIX века, когда возникли споры по поводу права на высылку как права государства, заимствованного в основе своей из международного права. В уже упомянутом решении от 1893 года Верховный суд Соединенных Штатов Америки рассматривал "право государства высылать или депортировать иностранцев" "как абсолютное и неограниченное право, как право запрещать и предотвращать их въезд в страну", "являющееся неотъемлемым и неотчуждаемым правом"³¹. Такая постановка вопроса осознанно или неосознанно отражала традиционную теорию, согласно которой право на высылку, логическое и необходимое последствие суверенитета, является абсолютно дискреционным и не предполагает ни ограничений, ни контроля³². Ожесточенные споры по поводу признания за государством права на высылку были вызваны именно тем, что вследствие этой абсолютистской концепции данного права соответствующие лица, которые попадали под него, оказывались беззащитны перед произволом правительств.

16. В настоящее время в связи с полным отказом от традиционной теории такие споры прекратились. В этом вопросе международная практика опередила теорию, и сейчас, почти два века спустя, совершенно четко утверждается, "что свобода высылки не является абсолютной, что она имеет ограничения (...) "³³. Действительно, уже в первых трудах Института международного права по вопросу о высылке иностранцев отмечалось, что осуществление права на высылку связано с определенными ограничениями, к которым можно отнести положение о том, что "высылка должна осуществляться с большой осторожностью, как этого требуют соображения гуманности и соблюдение обретенных прав"³⁴. В этом плане разделялась точка зрения Ферро-Жиро, который в своем исследовании на эту тему указывал, что государство, применяя свое право на высылку, должно всегда, насколько это возможно, стремиться соизмерять свой долг по обеспечению порядка на своей территории и гарантий своей внутренней и внешней безопасности с необходимостью "соблюдать законы гуманности, неотъемлемые индивидуальные права каждого лица и принцип свободы в отношениях между государствами"³⁵. Докладчик Института по этому вопросу де Бар, признавая, что суверенное право государств в этой области является неоспоримым, тем не менее писал, что "как бы далеко мы ни заходили, это суверенное право не должно доходить до подавления всех индивидуальных прав иностранца"³⁶.

17. Угроза, создаваемая утверждением абсолютного и дискриминационного права на высылку, хорошо осознавалась, однако четкого правового ответа на это не находилось. Хотя данная угроза связана не только с посягательством на права

³¹ *Fong Yu Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893), pp. 707, 711 et 713.

³² См. Ch. De Boeck, op. cit., p. 472.

³³ Ibid., p. 473.

³⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10, 1888-1889, session de Lausanne, p. 236.

³⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, 1889-1892, session de Hambourg, p. 276.

³⁶ Ibid., p. 316.

человека, как теория, так и судебная практика наводит на мысль о том, что право на высылку, похоже, ограничивается, прежде всего, соображениями гуманности и только потом правами, относящимися к индивидууму и его имуществу. Разумеется, ссылаясь на "неотъемлемые права человека каждого индивидуума и принцип свободы в отношениях между государствами"³⁷, Институт международного права в 1891 году, по-видимому, сделал еще один шаг в этой области, но в каком направлении? Прежняя концепция не дает на это четкого ответа. Она, конечно, отмечает принятую в средние века теорию, которая проповедовала абсолютный суверенитет государства, признавая за ним право собственности на территорию, и противопоставляет ей весьма неопределенную точку зрения, согласно которой "из этого не следует, что право иностранца зависит от каприза государства"³⁸.

18. Вопрос, на который следует найти ответ, для того чтобы определить правило, устанавливающее полномочия или право на высылку, заключается в том, чтобы установить, в каких рамках должно рассматриваться право на высылку. Ответ на этот главный вопрос имеет два различных аспекта. Первый аспект связан с самой природой международного правопорядка, в соответствии с которой любое правило или любой принцип международного права должен соотноситься с основополагающими принципами данного правопорядка; речь идет о внутренних или неотъемлемых ограничениях самого правопорядка. Второй аспект касается принципов, при соблюдении которых должно осуществляться право на высылку; они представляют собой свод производных правил, поскольку они, по большей части, вырабатываются на основе существующего правопорядка в виде общих объективных правил, либо в виде норм, создаваемых субъектами международного права. Эта вторая категория ограничений будет рассмотрена отдельно в пункте В настоящей главы.

b) Ограничения, присущие международному правопорядку

19. В качестве права, применимого к равным суверенным образованиям, "имеющим одинаковые права на осуществление абсолютного суверенитета", международное право является необходимым регулятором сосуществования этих суверенных образований и в то же время необходимым последствием этого сосуществования³⁹. На самом деле в современном международном праве суверенность государства не может пониматься в абсолютном значении; она лишь означает, что государство не является подчиненным никакому другому государству, но при этом оно должно соблюдать минимальные правила, гарантирующие, с одной стороны, такую же привилегию всем другим государствам, и, с другой стороны, сохранение самого правопорядка. В этом отношении суверенитет государства ограничивается рядом принципов, присущих этому правопорядку, без соблюдения которых само существование международного права было бы поставлено под угрозу, а международное сообщество обречено на полную анархию.

20. Дискреционные полномочия высылать иностранцев ограничиваются общими принципами, регламентирующими действия государства в рамках международного правопорядка. В самом деле право на высылку в качестве права, неотъемлемого от суверенитета государства, естественно, конфронтирует с этими ограничительными рамками, представляющими совокупность фундаментальных принципов,

³⁷ См. предыдущий пункт.

³⁸ J.-A. Darut, op. cit, p. 19.

³⁹ См. также Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 7^e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 83.

образующих основу международной правовой системы. Эти ограничения существуют независимо от других ограничительных принципов, зависящих от таких специальных областей международного права, как международное право прав человека, международное беженское право, в частности право трудящихся-мигрантов. Они являются неотъемлемыми от международного правопорядка в той же степени, в какой право на высылку неотъемлемо от суверенитета. Поскольку суверенное право на высылку не является абсолютным правом, его законность определяется в свете обязательств государства в той степени, в какой последние вытекают из обычаев, договоров или общих принципов права⁴⁰. Как уже отмечалось выше, термин "дискреционный", квалифицирующий полномочия государства в плане высылки, как правило, подразумевает, что такое право не является "произвольностью" и, следовательно, государство не может злоупотреблять свободой действий, которая признается за ним в этой области. "Правила, таким образом, определяют как полномочия государства, так и пределы этих полномочий и обеспечивают защиту индивидуума от злоупотребления полномочиями"⁴¹.

21. Специальный докладчик вместе с тем полагает, что следует отличать ограничения, неотъемлемые от международного правопорядка, поскольку они являются частью тех условий, которые делают возможным этот правопорядок, от ограничений, вытекающих из специфических областей международного права и создающих условия осуществления права на высылку.

22. Этими внутренними принципами, ограничивающими право на высылку, в частности, являются: *Pacta sunt servanda*, добросовестность, требование соблюдения *jus cogens*, которое вводит принцип непротиворечия между любой нормой международного права и императивной нормой. Именно эти принципы позволяют говорить, что право на высылку является неоспоримым, не будучи при этом абсолютным правилом; они составляют другой аспект правила. Эти принципы общеизвестны и не требуют специального толкования в рамках настоящего доклада.

23. Изложенные выше рассуждения дают основания сформулировать проект статьи 3 в следующей редакции:

— **Проект статьи 3: Право высылку**

1. Государство имеет право высылать иностранца [иностранцев] со своей территории.

2. Вместе с тем высылка должна осуществляться с соблюдением основополагающих принципов международного права. В частности, государство должно действовать добросовестно и с соблюдением своих международных обязательств.

⁴⁰ См. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 21; см. также B.O. Iluyomade, "The scope and content of a complaint of abuse of right in international law", *Harvard International Law Journal*, vol. 16, n° 1, 1975, pp. 82-83; et *Etude du Secrétariat*, op. cit., par. 198-200.

⁴¹ Louis B. Sohn et Thomas Buergenthal (dir. publ.), op. cit., pp. IX-X; et *Etude du Secrétariat*, op. cit., pars. 201-239.

В. Право на осуществление с соблюдением основных норм международного права

24. Внутренние и неотъемлемые принципы международного правопорядка, которые можно представить в виде оборотной стороны медали, лицевой стороной которой будет право на высылку, должны отличаться от принципов, касающихся условий осуществления права на высылку. Последние принципы являются внешними по отношению к норме и определяют ее правовой режим. В данном случае уместно применить введенное Гербертом Хартом известное в международном праве различие между "первичными нормами" и "вторичными нормами". Так, право на высылку и его внутренние ограничения составляют первичные нормы, а принципы, регламентирующие осуществление этого права, составляют вторичные нормы; их кодификация находится в компетенции Комиссии международного права.

25. Международно-правовые нормы, регламентирующие право на высылку иностранцев государством, включают как материальные, так и процессуальные нормы, соблюдение которых обуславливает законность высылки. Как об этом писал один из авторов:

"Во всех этих отношениях право на высылку является типичным полномочием, которым обладают государства в отношении въезда и проживания иностранцев. Эти полномочия, которые прежде рассматривались как аспект абсолютной свободы действий государства, в настоящее время регулируются и контролируются по существу и по форме системой научно разработанных и связанных правил, которые впоследствии были описаны в виде международного закона о миграции⁴².

26. Некоторые из этих норм вначале являлись нормами национального законодательства и впоследствии приобрели статус международно-правовых норм либо в качестве "общих принципов права, признанных цивилизованными государствами", либо в качестве норм, вытекающих из практики государств и ставших предметом судебных решений.

27. Можно выделить три категории ограничений: ограничения, связанные с высылаемыми (*ratione personae*), ограничения, связанные с основными правами высылаемых (*ratione materiae*), и ограничения, связанные с процедурами высылки (*ratione prosequi*).

28. Исследование национальной и международной конвенциональной и судебной практики, в частности практики региональных судебных органов по правам человека, позволяет выделить следующие общие принципы, всеми признаваемые как принципы, применяемые в области высылки иностранцев: принцип невысылки гражданина, принцип невысылки беженцев, принцип невысылки апатрида, принцип коллективной невысылки, принцип запрещения дискриминации, принцип соблюдения основных прав высылаемого, принцип запрещения произвольной высылки, обязательство информировать, обязательство высылающего государства соблюдать свое собственное право (*Patere legem quam fecisti*) и процедуры, предписанные действующим правом.

⁴² Richard Plender, *International Migration Law*, 2^e éd. revue, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 477.

1. Ограничения, касающиеся высылаемых лиц

а) Принцип невысылки своего гражданина

29. Термин "гражданин" обозначает лицо, которое связано с данным государством узами гражданства. Оно обладает в отношении этого государства действующим правом гражданства: можно сказать, что оно имеет гражданство данного государства, которое, следовательно, является его национальным государством или государством национальной принадлежности. В этом плане "гражданин" отличается от "иностранца", который во Втором докладе в рамках настоящей темы понимается как "гражданин государства иного, чем территориальное государство или высылающее государство"⁴³.

30. Как уже указывал Специальный докладчик в своем Втором докладе⁴⁴, он, по-прежнему, считает, что желательно не вдаваться в исследование вопроса о гражданстве не только потому, что условия предоставления гражданства являются прерогативой законодательства каждого государств, но еще и в связи с тем, что гражданство представляется ограничительным и недостаточным критерием, по отношению к которому можно было ограничить понятие термина "иностранец". Тем не менее, определение гражданства лица является вопросом международного права. Особенно если одно и то же лицо в соответствии с законодательствами двух или нескольких государств имеет одновременно гражданство этих государств. В связи с делом *Arata* г-н Урибари, который выступал арбитром в разбирательстве спора Италии и Перу 25 ноября 1899 года, писал по этому поводу: "Без сомнения, когда законы двух государств предписывают одному и тому же лицу различное гражданство, суды каждого из этих двух государств применяют свой собственный закон; однако дело обстоит иначе, когда вопрос решается в арбитражном суде, который выносит решение в соответствии с принципами международного права"⁴⁵.

31. Именно так поступил арбитражный суд под председательством Луи Рено в деле *Canevaro*. В этом деле граф Раффаэле Каневаро, уроженец Перу итальянского происхождения, на момент своего рождения являлся гражданином Перу согласно закону Перу *jure soli* и Италии в соответствии с законом Италии *jure sanguinis*. Вопрос, который надлежало решить арбитражному суду, созданному на основании соглашения между Италией и Перу об арбитраже от 25 апреля 1910 года, заключался в том, чтобы дать ответ на вопрос о том, является или нет Каневаро "итальянским истцом". Суд, выразив одинаковое уважение законодательству обеих стран, стал искать иные признаки, связывающие Каневаро с одним из двух государств. Суд отдал предпочтение тому, что в теории получило название "*действительное гражданство*", то есть гражданство, которое является *фактическим и законным*, за которое говорило явное и настойчивое волеизъявление заинтересованного лица"⁴⁶. В самом деле арбитражный суд посчитал, что фактически Каневаро неоднократно выступал в роли гражданина Перу: когда он выставил свою кандидатуру в Сенат, куда избираются только граждане Перу и где он выступал во время предвыборной кампании, и особенно, когда он согласился занять должность генерального консула

⁴³ Цитируется по документу A/CN.4/573, пункт 194.

⁴⁴ Там же, пункты 128–129.

⁴⁵ Решение от 30 сентября 1901 года, в Baron Descamps et Louis Renault, *Recueil international des traités du XX^e siècle*, Paris, Rousseau, t. I, p. 709.

⁴⁶ Ch. De Boeck, op. cit., p. 459 (курсив автора); а также: "La sentence arbitrale dans l'affaire Canevaro, 3 mai 1912", *Revue générale de droit international public*, 1913, vol. 20, pp. 348-349.

Перу в Голландии, получив на это разрешение правительства, а затем и Конгресса Перу.

"На основании этого Постоянный арбитражный суд в Гааге решил, что с учетом этих обстоятельств, каким бы ни было положение Раффаэле Каневаро в Италии в плане его гражданства, правительство Перу имеет право рассматривать его в качестве гражданина Перу и не признавать за ним статус итальянского истца"⁴⁷.

32. Подготовленное арбитражной судебной практикой и теорий данное решение, как известно, оказало влияние на Постоянный международный суд⁴⁸, а в еще большей степени на судебную практику Международного Суда, в частности в деле *Nottebohm*⁴⁹.

33. Следовательно, международное право не устанавливает условия предоставления гражданства, это является прерогативой государства, а разрешает конфликтные проблемы в связи с гражданством, исходя непосредственно из критериев международного права. Эти критерии позволяют ему сказать, имеет ли лицо то гражданство, о котором оно заявляет, или, наоборот, не является ли государство, которое считает то или иное лицо не своим гражданином, на самом деле национальным государством данного лица.

i) Принцип

34. Международное право, будучи способным установить в конфликтных ситуациях, кто является гражданином какого государства, создает условия применения запрета для государства на высылку своего собственного гражданина. Вопрос заключается в том, имеется ли такая норма в международном праве. В Меморандуме секретариата Комиссии международного права приводятся в целом соответствующие элементы для ответа на этот вопрос:

"Хотя, как представляется, международное право, в общем не запрещает высылать граждан, способность государства принимать такие меры может ограничиваться международными стандартами в области прав человека. Во-первых, некоторые договоры о правах человека в ясно выраженной форме запрещают высылку лица с территории государства, гражданином которого оно является. Во-вторых, право гражданина на то, чтобы проживать или оставаться в своей собственной стране, может имплицитно ограничивать высылку граждан. В-третьих, обязанность государств принимать индивидов ограничивается их собственными гражданами. Таким образом, высылка граждан может осуществляться лишь с согласия принимающего государства. Действие ограничения на высылку граждан может распространяться на иностранцев, которые приобрели статус, аналогичный статусу граждан по национальному законодательству государства территориальной юрисдикции. В-четвертых, национальное законодательство ряда государств запрещает высылку граждан (примечания опущены)⁵⁰.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ См., в частности, C.P.J.I., *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif du 7 février 1923, série B, n° 4.

⁴⁹ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

⁵⁰ Меморандум секретариата, пункт 36, и очень развернутые примечания, приведенные на этой же странице, в частности перечень положений международных конвенций по правам человека, в которых в ясно выраженной форме запрещается высылка своего гражданина государством:

35. Что касается международно-правовых документов по правам человека, следует отметить Американскую конвенцию о правах человека, пункт 5 статьи 22 которой гласит:

"Никто не может быть выслан с территории государства, гражданином которого он является, или лишен права въезда в него".

Межамериканская комиссия по правам человека констатировала нарушение этого положения в деле о высылке гаитян из Доминиканской Республики: высланные лица, рубщики сахарного тростника, были собраны вместе и высланы без какого-либо разбирательства, хотя среди них находились несколько человек, которые родились в Доминиканской Республике и имели на этом основании гражданство этой страны⁵¹.

36. Когда речь идет о национальных правах, следует отметить, что помимо многих примеров национальных законодательств, запрещающих высылку своих граждан, цитируемых в *Меморандуме секретариата*⁵², во французском праве, например, уже давно утвержден принцип запрещения высылки французов из Франции. Было признано, что постановление о высылке, вынесенное префектом в отношении француза, не является обязательным для последнего. Этот способ использования статуса француза рассматривался во многих судебных решениях и постановлениях: при этом в тех случаях, когда делалась ссылка на статус француза, прокуратура должна была доказать его правовое положение иностранца⁵³. Мартини писал в начале XIX века:

"стоит ли говорить о том, что натурализованные иностранцы, ставшие французами, не могут быть высланы, и что, напротив, французы, утерьявшие свой статус, могут быть высланы из Франции?"⁵⁴.

37. Эта точка зрения возобладала в решении Шамберийского суда от 21 мая 1908 года по делу *Solari*, отменившего приговор Сен-Жюльенского исправительного суда от 30 января 1908 года: речь шла о французском гражданине, который дезертировал из французской армии, хотя срок его добровольного семилетнего контракта еще не истек; он уехал из Франции и стал проживать в Женеве, где 8 февраля 1861 года ему было предоставлено швейцарское гражданство; затем он вернулся во Францию, полагая, что он не утерял французское гражданство в связи с фактом его натурализации в Швейцарии, поскольку на 8 февраля 1861 года он был еще связан своим вторым военным контрактом, в нарушение которого он действовал; заинтересованное лицо считало, что французское правительство рассудило таким же образом, поскольку во время амнистии от 14 августа 1869 года Генеральный консул Франции в Швейцарии специально применил к нему положение об амнистии, разрешив ему "вернуться домой" без преследования в

пункт 5 статьи 22 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября 1969 года и пункт 1 статьи 3 Протокола № 4 к Европейской конвенции по правам человека.

⁵¹ См. Voir Rapport d'activité du Bureau du Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille (chapitre II (a), par. 9), в *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme de 1999*, O.E.A/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev, 13 avril 2000, chapitre VI.

⁵² Меморандум секретариата, пункт 36, сноска 60.

⁵³ См. Tribunal civil de Nice, 6 janvier 1893, *Dalloz périodique*, 1893, 3, p. 245 et la note de M. Dupuis; Cour de cassation, 28 mai, *Journal de droit international (Clunet)*, 1904, p. 689; Tribunal civil de Paris, 30 juin 1905, *ibid.*, 1907, p. 730; voir aussi, J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 207; A. Martini, *op. cit.*, pp. 155-156; et Ch. De Boeck, *op. cit.*, p. 590.

⁵⁴ A. Martini, *op. cit.*, p. 26.

судебном порядке за факт его предыдущего дезертирства. Суд принял эту аргументацию

"и сказал, что поскольку Солари сохранил статус француза, решение о его высылке было принято ошибочно"⁵⁵.

Продолжая рассмотрение вопроса о лицах, которые могут быть высланы, Мартини далее писал:

"В конечном счете только французы не могут быть высланы из страны. Для них проживание во Франции является правом, которого их может лишить только уголовное наказание в виде изгнания за пределы страны"⁵⁶.

38. Оставаясь в том же круге понятий, но рассуждая от противного, один из авторов отмечал в начале XX века, что индивидуум, родившийся на французской земле от неизвестных родителей, который возвращается во Францию и таким образом нарушает принятое ранее постановление суда о его выдворении, может, когда он находится под уголовной юрисдикцией и считает себя гражданином Франции, быть осужден только в том случае, когда доказан его правовой статус иностранца⁵⁷. В заключение своего анализа он приводит следующие слова:

"Следовательно, если принять принцип, сформулированный Институтом международного права, а именно, что государство обладает правом на высылку только в отношении тех, кто не имеет действующего права гражданства, мы будем вынуждены сделать неукоснительный вывод о том, что индивидуум, за которым закон признает способность получить статус гражданина Франции, освобождается от обращения, применимого к иностранцу с того момента, когда он считается соответствующим этому закону, с того момента, когда его право перестает быть эвентуальным и становится действующим"⁵⁸.

39. С точки зрения упоминавшейся выше богатой национальной и международной практики и старой теории, преобладающей в данном вопросе, следует, по крайней мере, проявлять сдержанность в отношении утверждения, согласно которому: "Общего правила международного обычного права, запрещающего высылку граждан, не существует"⁵⁹. На самом деле *принцип* запрещения высылки государством своего гражданина не оспаривается в рамках международного права, даже если он, как большинство принципов, сопровождается, как мы увидим ниже, некоторыми исключениями. Пусть в виде нормы обычного права или общего принципа права, но такой принцип существует в международном праве. Такого мнения, вероятно, придерживался Институт международного права в рамках рассмотрения "Права приема и высылки иностранцев", как видно, в частности, из его работы по данному вопросу на его женевской сессии в 1892 году. Статья 2 его Международных правил допуска и высылки иностранцев, принятых на этой сессии, гласит:

⁵⁵ Решение суда было воспроизведено А. Martini, op. cit., pp. 27-28.

⁵⁶ Ibid., p. 30; et dans le même sens, voir notamment René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 2^e éd., Paris, Larose & Forcel, 1898-1902, n°178, p. 333; Larcher, note sous Alger, 3 décembre 1903, *Revue algérienne*, 1906, 2, p. 17.

⁵⁷ См. J.-A. Darut, op. cit., p. 75.

⁵⁸ Ibid., p. 94.

⁵⁹ Karl Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", in Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, vol. I, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, p. 110.

"В принципе государство не должно запрещать доступ на свою территорию или пребывание на ней ни своим подданным, ни тем, кто, утратив свое гражданство в вышеупомянутом государстве, не приобрели никакого иного гражданства"⁶⁰.

40. Выражение "в принципе", фигурирующее в начале этой статьи, было предложено Дежарденом в ответ на обеспокоенность Прадье-Фодере, который считал "несколько амбициозной"⁶¹ формулировку де Бара, который предложил следующую редакции данной статьи:

"Международное право противоречит любому акту, который запрещает гражданам доступ на территорию государства, к которому они принадлежат, или пребывание на ней. Это относится также к тем лицам, которые, утратив свое гражданство, не приобрели другого гражданства"⁶².

41. Данная формулировка была несколько категоричной. В самом деле весьма непросто заявить, что международное право противоречит чему-либо абсолютным образом. Это видно на примере права на высылку. Такая формулировка подходит для запрещения высылки, в том числе и граждан. Однако уже тогда принцип невысылки государством своих граждан распространялся на определенные категории индивидуумов, которые четко обозначались иностранцами или неиностранными в законодательствах некоторых государств. Так, согласно статьи 2 *in fine* закона Бельгии от 12 февраля 1897 года – повторяющей статью 9 Гражданского кодекса Бельгии, которая была изложена в той же формулировке, что статья 9 Гражданского кодекса Франции, – не могли быть подвергнуты высылке:

"1. Иностранец, получивший разрешение избрать своим местом жительства Королевство.

2. Иностранец, женившийся на гражданке Бельгии, от которой он имел одного или нескольких детей, родившихся в Бельгии во время его проживания в стране.

3. Иностранец, женившийся на гражданке Бельгии, проживающий в Бельгии более пяти лет и продолжающий проживать здесь на постоянной основе.

4. Лицо, родившееся в Бельгии от иностранца и проживающее здесь, которое находится здесь в течение срока выбора гражданства, предусмотренного статьей 9 Гражданского кодекса"⁶³.

42. Так же люксембургский закон от 30 декабря 1893 года гласил, что ребенок, подающий заявление о выборе гражданства, "не может быть выслан до истечения срока выбора гражданства"⁶⁴. В законодательстве Голландии того времени также было записано, что "не может быть выслан иностранец, который, проживая в стране, женился на голландке и имеет несколько детей, родившихся в Королевстве"⁶⁵.

⁶⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894, session de Genève, p. 219.

⁶¹ *Ibid.*, p. 188.

⁶² *Ibid.*, p. 187.

⁶³ См. текст этого закона в *Annuaire de législations étrangères*, t. 27, 1898, p. 514.

⁶⁴ См. текст этого закона в Ruppert, *Code pénal, Code d'instruction criminel et lois spéciales en matière répressives*, p. 467.

⁶⁵ См. Jitta, "Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas", *Journal du droit international privé*, 1902, p. 69.

Бразильский закон от 7 января 1907 года "о высылке иностранцев с национальной территории" гласил, что "иностранец не может быть выслан, если он проживает на территории Республики два года подряд или даже в течение меньшего срока, если он, кроме того: а) женат на гражданке Бразилии, б) или является вдовцом с ребенком – гражданином Бразилии"⁶⁶. Эти положения статьи 3 указанного закона были применены в двух судебных решениях: в решении Верховного федерального суда от 30 января 1907 года и в Федеральном суде второй инстанции от 11 февраля 1907 года⁶⁷. В Венесуэле, в соответствии со статьей 6 закона от 16 апреля 1903 года, "проживающие на постоянной основе иностранцы" не только не могли, в отличие от иностранцев, "проживающих на временной основе", быть высланы, но к тому же утрачивали свой статус иностранца и *ipso facto*, "должны были брать на себя ответственность, обязанности и обязательства, которые могли повлечь для граждан политические риски"⁶⁸. Наряду с другими самыми свежими примерами можно привести современное итальянское законодательство: оно включает в категорию иностранцев, которые не могут быть высланы с национальной территории и поэтому пользуются статусом, сопоставимым со статусом граждан Италии, несовершеннолетних детей (за некоторым исключением), беременных женщин, преследуемых лиц, беженцев и ходатайствующих об убежище, иностранцев, живущих с родителями в четвертом поколении, лиц, имеющих вид на жительство⁶⁹. Анализ этих законодательств позволяет сделать вывод о том, что существует ряд государств, из которых не могут быть высланы, в частности, "иностранцы, получившие статус гражданина на основании предоставляемых законом льгот, то есть, в частности, иностранцы, родившиеся в стране иностранных родителей, для которых закон предоставляет льготную натурализацию"⁷⁰.

43. Принцип невысылки граждан должен в широком смысле пониматься как принцип, распространяющийся на граждан государства, определение которых было дано Специальным докладчиком в его Втором докладе, то есть как на граждан, под которыми понимаются лица, имеющие гражданство соответствующего государства, так и на некоторых "иностранцев", имеющих статус, подобный статусу граждан, в соответствии с законодательством принимающего государства или отношениями, которые связывают их с этим государством. Комитет по правам человека высказался в том же смысле в деле *Stewart v. Canada*. Анализируя это дело Гаха писал:

«Пункт 4 статьи 12 Пакта Организации Объединенных Наций гласит, что "никто не может быть произвольно лишен права въезда в свою собственную страну". В деле *Stewart v. Canada*, которое касалось высланного из Канады гражданина Великобритании, Комитет по правам человека решил, что "если бы к виновному был применен пункт 4 статьи 12, то государство не смогло бы его депортировать". Увязав пункт 4 статьи 12 со статьей 13, которая касается высылки иностранцев, "законно проживающих на территории государства", Комитет заявил, что понятие "собственная страна" относится к индивидуумам, которые являются гражданами, а также к некоторым категориям индивидуумов, которые, не являясь формально гражданами, также не являются

⁶⁶ См. текст этого закона в *Journal du droit international privé*, 1907, pp. 1217 et s.; и в *la Revue du droit international privé*, 1908, pp. 855 et s.

⁶⁷ Решения, приведенные в *Revue de droit international privé*, 1908, pp. 822 et s.

⁶⁸ См. текст этого закона в *l'Annuaire de législations étrangères*, 1903, pp. 739 et s.

⁶⁹ См. Paolo Bonetti, "Italy", в Bruno Nascimbene (dir. publ.), op. cit., p. 339.

⁷⁰ A. Martini, op. cit., p. 49.

"иностранцами" в толковании статьи 13". Это будет зависеть от "специальных связей или претензий в отношении данной страны".

Комитет сослался на "граждан страны, которые были лишены гражданства в нарушение международного и личного права лиц, чья страна гражданства была включена или передана другому государственному образованию, чье гражданство не признается за ними". Комитет также выделил "другие категории лиц, длительное время проживающих в стране, в частности апатридов, произвольно лишенных права получить гражданство страны своего проживания". Напротив, иностранные иммигранты должны высылаться за исключением одной возможности, которая не применялась к рассматриваемому случаю: "когда страна иммиграции создает необоснованные препятствия для приобретения гражданства новыми иммигрантами"⁷¹.

44. Тем не менее автор считает, что речь идет о спорном вопросе, и трудность заключается в том, что

"пункт 4 статьи 12 допускает, что лицо может считать своей только одну страну, между тем как иностранные иммигранты, на которых ссылался Комитет, по-видимому хотели бы сохранить свое первоначальное гражданство и таким образом могли бы пользоваться своими правами для въезда, а не для того, чтобы быть высланными, имея в виду два различных государства: свое государство гражданства и государство проживания"⁷².

45. Случаи, перечисленные в решении Комитета, являются достаточно конкретными и не дают повода считать, что всякий иностранец-мигрант смог бы извлечь какую-либо выгоду для себя из расширенного толкования понятия "собственная страна", данного Комитетом.

46. Как бы то ни было, как теория, так и практика допускает, что некоторые категории лиц, которые не являются, в строгом понимании, ни гражданами государства, ни иностранцами по смыслу проекта статьи 1, предлагаемой во Втором докладе, могут на этом основании избежать высылки. Авторы Международного оппенгеймского договора в связи с этим писали: "Оно [государство] может приравнивать некоторых иностранцев к своим гражданам и таким образом в вопросах высылки рассматривать их полномочия через призму своих собственных законов"⁷³. Так, в деле *Italian South Tyrol Terrorism* Верховный суд Австрии решил, что итальянские граждане, родившиеся в Южном Тироле, не могут быть высланы из Австрии на основании закона этой страны, который требует, чтобы в связи с административными потребностями их рассматривали в качестве граждан⁷⁴.

47. В современном законодательстве некоторых государств закреплен принцип невысылки государством своих граждан. Он также содержится в положениях ряда международных конвенций, в частности региональных конвенций по правам человека. Так, в пункте 5 статьи 22 Американской конвенции о правах человека⁷⁵ недвусмысленно говорится: "Никто не может быть выслан с территории государства, гражданином которого он является, или лишен права въезда на него".

⁷¹ Мнения, изложенные 1 ноября 1996 года, Communication n° 538/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 4, 1997, pp. 419 à 429, paragraphes 12.3–12.5; см. G. Gaja, op. cit., pp. 292-293.

⁷² G. Gaja, op. cit., p. 293.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ См. Cour suprême, 8 octobre 1968, *International Law Reports*, vol. 71.

⁷⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n° 17955, p. 123.

В более развернутой, но тоже недвусмысленной редакции пункт 1 статьи 3 Протокола № 4 к Европейской конвенции⁷⁶ гласит: "Никто не может быть выслан, индивидуально или коллективно, из государства, гражданином которого он является". Можно предположить, *a contrario*, наличие такого запрещения также в пункте 4 статьи 12 Международного пакта о гражданских и политических правах⁷⁷, а также в пункте 2 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов⁷⁸.

48. Дело в том, что право гражданина жить в своей собственной стране обычно рассматривается как основной элемент отношений между государством и его гражданами⁷⁹. Кроме того, если известно, что высылка иностранца осуществляется в то государство, уроженцем которого он является, то в какое государство следует высылать гражданина⁸⁰? Поэтому совершенно справедливо было записать: "Государство обычно не в праве выслать своих собственных граждан, пока другое государство не возьмет обязательство принять их"⁸¹.

49. Следовательно, международное право утверждает или признает принцип и вместе с тем не исключает возможность нарушить его.

ii) Исключения

50. Как сказано в цитируемом выше пункте 1 статьи 3 Протокола № 4 к Европейской конвенции о правах человека, правило невысылки своего гражданина является категорическим и не терпит исключений. Из основных положений проекта Протокола⁸² видно, что речь идет о выборе, сделанном составителями этого документа, которые посчитали, что в рамках Совета Европы возможно придать абсолютный характер запрещению высылки государством своих граждан, что было трудно предписать в рамках Организации Объединенных Наций⁸³.

51. Абсолютизм, который, похоже, вытекает из буквы этого положения, не совсем, однако, соответствует духу его составителей. Действительно, из пояснительного доклада Комитета экспертов, который разработал данный Протокол, следует, что право въезда индивидуума на территорию государства, гражданином которого он является, не может быть истолковано как предоставляющее ему абсолютное право пребывать на этой территории: в качестве примера в докладе приводится гипотеза о преступнике, который, будучи выданным государством, гражданином которого он

⁷⁶ См. текст этого Протокола в *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, vol. II, *Regional Instruments*, United Nations, ST/HR/1/Rev. 5 (Vol. II), p. 98.

⁷⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 4668, p. 171. Пункт 4 статьи 12 по данному вопросу гласит: "Никто не может быть произвольно лишен права въезда в свою собственную страну".

⁷⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, no 26363, p. 217.

⁷⁹ См. K. Doehring, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁰ Как писал об этом Гаха (*op. cit.*, p. 292): «Обоснование этого запрещения и соответствующего обязательства национального государства принимать своих собственных граждан, во-первых, дает индивидуумам основное право, которое позволяет им избежать участи капитана "Летучего голландца". Кроме того, запрещение высылать граждан и обязательство принимать их дает государствам, иным, чем государство гражданства, возможность осуществлять высылку».

⁸¹ См. Sir Robert Y. Jennings and Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. I – *Peace*, 9th ed., 1996, p. 940; см. также Джорджии Гаха, который пишет: "Было бы правильно сказать, что высылка граждан запрещена международным правом" (*op. cit.*, p. 292).

⁸² См. документ 1057 от 17 ноября 1959 года.

⁸³ См. Danièle Lochak, "Commentaire de l'article 3 du Protocole n° 4" в Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Teitgen (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 1054.

является, и, сбежав из тюрьмы государства-заявителя, не смог бы рассчитывать на то, что у него есть безусловное право найти убежище в своей стране⁸⁴.

52. Ко всему прочему следует понимать, что в прошлом принцип невысылки государством своего гражданина, в частности в конце XIX и в начале XX века, имел немало исключений, объяснявшихся в основном особенностями политической обстановки в некоторых странах.

53. Так, во Франции, в соответствии со статьями 2 и 3 закона от 14 марта 1872 года (отмененного впоследствии законом от 1 июля 1901 года), на основании которого вводился ряд наказаний в отношении членов Международной ассоциации трудящихся, право высылки могло применяться к французам, осужденным в связи со своим членством в организации⁸⁵. В этом же плане закон от 22 июня 1886 года, получивший название "закон принцев", запрещал въезд на территорию Французской Республики главам королевских семей, правивших во Франции, а также их прямым наследникам, и уполномочивал правительство запрещать въезд другим членам этих семей на основании декрета, принимаемого Советом министров. Хотя этот закон касался только четко определенной и достаточно ограниченной категории французоз, тем не менее французы, входившие в эту категорию, высылались из Франции⁸⁶. Кроме того, французоз можно было высылать из "стран протектората и христианского мира"⁸⁷. Их также можно было высылать из колоний до тех пор, пока не перестали действовать ордонансы, разрешающие подобную высылку. Декреты от 7 и 15 ноября 1879 года и от 26 февраля 1880 года, в частности, лишали губернаторов колоний права, которое давали им в этом вопросе указанные ордонансы⁸⁸.

⁸⁴ Ibid. О нарушении пункта 1 статьи 3 Протокола № 4 говорилось в ряде жалоб в Европейскую комиссию по правам человека, но ни одна жалоба не была удовлетворена: см., в частности, жалобу на Германию и Австрию со стороны гражданина Германии, осужденного на четыре года тюремного заключения в Австрии и временно высланного в Германию в рамках уголовного судопроизводства, и который заявлял, что его возвращение в Австрию для отбытия наказания противоречит пункту 1 статьи 3 (Req. N° 6189/73, RD vol. 46, p. 214); жалоба на Францию гражданина Турции и его жены, имеющей французское гражданство, которые доказывали, что высылка мужа с запрещением ему въезда на французскую территорию после его осуждения за нарушение французского законодательства о наркотиках автоматически влечет высылку его жены-французки из собственной страны (Req. N° 11939/86, Décision du 13 octobre 1987, *Kilicarslan c. France*); жалоба человека, разыскиваемого французской полицией по делу об убийстве, который, имея двойное гражданство (французское и израильское), нашел убежище в Израиле, считал, что его экстрадиция во Францию противоречит пункту 1 статьи 3 (Req. n° 13287/87, *Nakache c. France*, Décision du 15 octobre 1987).

⁸⁵ См. A. Martini, op. cit., p. 38.

⁸⁶ Ibid., p. 40.

⁸⁷ Ibid., p. 40. Статья 82 эдикта от июня 1778 года гласила: "Во всех случаях, касающихся политики и безопасности коммерческой деятельности наших подданных..., наши консулы могут арестовывать и отправлять во Францию судном нации любого француза, который вследствие своего плохого поведения или своих интриг, мог бы причинить вред общему благу". Это право высылки было подтверждено законом от 28 мая 1836 года. Таким образом, французы могли быть высланы из Турции, Египта и Болгарии на основании капитуляций и, в тех же условиях, из Китая и государств Имама Маската в соответствии с законом от 8 июля 1852 года, а также из Кореи и Сиам. Их также можно было высылать из Марокко в соответствии с договорами, заключенными между Марокко и западными державами; *ibid.*, pp. 40-42.

⁸⁸ Ibid., p. 42.

54. В настоящее время примеры из прошлого, касающиеся высылки граждан, которые относятся в общем к королевским семьям, а также других случаев выдворения, повторяются очень редко⁸⁹. Тем не менее формулировка пункта 2 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов, которая, по-видимому, касается как иностранцев, так и граждан, создает впечатление, что в некоторых случаях граждане могут получить отказ во въезде или в возвращении в свою страну (недопуск), а, в широком смысле, быть из нее высланными, если возникнет необходимость. Данная статья гласит: "Каждый человек имеет право покидать любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в эту страну. Это право может быть объектом только тех ограничений, которые установлены с целью охраны государственной безопасности, правопорядка, здоровья или нравственности населения".

55. Вполне возможно, что составители этой Хартии в связи с такими ограничениями имели в виду только иностранцев. Отсутствие работ, связанных с подготовкой этой Хартии, за исключением нескольких набросков, не позволяет с уверенностью установить подлинные намерения ее составителей. Во всяком случае не исключалось предположение, что государство могло в некоторых обстоятельствах и по причинам, которые зачастую были связаны с государственной политикой или национальной безопасностью, высылать своего гражданина; и это даже кроме тех довольно распространенных случаев, когда государственные органы власти вынуждают некоторых граждан данного государства отправляться в изгнание или становиться политическими беженцами. Высылка по договоренности в Нигерию Шарля Тэйлора, бывшего военачальника, ставшего главой государства Либерия, обвиненного в совершении многочисленных зверств в своей стране, является подтверждением этому. Естественно, отъезд Тэйлора из Либерии был согласован с ним самим, принимающим государством и некоторыми западными державами, особо заинтересованными в положении в Либерии; то есть это не было односторонним решением либерийских властей. Следовательно, учитывая какую-либо особую ситуацию в этой стране, любое новое правительство охотно приняло бы решение выслать соответствующее лицо, если бы только нашлась принимающая страна. В самом деле, единственным требованием для упразднения высылки гражданина является наличие принимающего государства. Другими словами, высылка государством своих граждан не может осуществляться без специального согласия принимающего государства⁹⁰.

56. Разумеется необходимо, чтобы высланное лицо имело право вернуться в свою собственную страну: высылающее государство в связи с этим обязано принять его в любой момент по требованию государства, которое пожелало его принять.

⁸⁹ Без сомнения, именно рассуждая таким образом об этих примерах из прошлого, авторы пункта 1 статьи 3 Протокола № 4 к Европейской конвенции о правах человека употребляли термин "изгнанный" (вместо "высланный") в первоначальном проекте этого положения, которое было составлено в следующей редакции: "Никто не может быть изгнан из государства, гражданином которого он является. Никто не может быть лишен права на въезд на территорию государства, гражданином которого он является". По сути, какой термин употребляется, не имеет значения: Специальный докладчик уже излагал в своем Втором докладе, что слово "высылка" понимается широко, как включающее любую меру или поведение, вынуждающее иностранца покинуть территорию государства, в котором он находится, причем независимо от того, на законном или на незаконном положении он находится. Именно в этом смысле Европейская комиссия по правам человека понимала этот термин в деле *Becker c. Denmark* (Req. n° 7011/75, décision du 3 octobre 1975, DR, vol. 4, p. 215).

⁹⁰ См. Меморандум секретариата, пункт 36, а также приводимые в сноске 58 цитаты.

Высылающее государство не может воспрепятствовать осуществлению данного права на возвращение, не поставив своего гражданина в положение, близкое к положению апатрида.

57. Исходя из вышеуказанного, имеется основание предложить следующий проект статьи:

– *Проект статьи 4: Невысылка государством своего собственного гражданина*

1. *Государство не может выслать своего собственного гражданина.*
2. *Однако, если по исключительным причинам оно должно это сделать, то высылка граждан может осуществляться лишь с согласия принимающего государства.*
3. *Гражданин, высланный из своей собственной страны, имеет право вернуться в нее в любой момент по требованию принимающего государства.*

b) Принцип невысылки беженца

58. В данном случае необходимо разъяснение в правовом отношении понятий "беженец" и "получатель убежища". Если говорить об административном понимании этих терминов, то в некоторых национальных законодательствах или даже в Шенгенской конвенции под выражением "лица, ходатайствующие о предоставлении убежища", в действительности понимаются кандидаты на получение статуса беженца⁹¹. Например, в статье I Шенгенской конвенции ходатайство о предоставлении убежища определяется как "просьба, представленная иностранцем о признании его беженцем согласно Женевской конвенции о статусе беженцев и направленная на получение в этом качестве права проживания". На самом деле кандидат на получение статуса беженца путем представления своей просьбы желает обрести территориальное государство, которое обеспечило бы ему защиту, разрешив ему находиться на своей территории, что сродни предоставлению территориального убежища.

59. При этом понятия убежища и территориального убежища отличаются друг от друга и разделяются в юридическом плане. Это различие прослеживается в статье 2 под названием "Убежище" Конвенции ОАЕ 1969 года о проблемах беженцев в Африке, регулирующей специфические аспекты проблемы беженцев в Африке. В ней говорится об обязательстве всех государств – членов ОАЕ "приложить все усилия в соответствии со своим внутренним законодательством, с тем чтобы принять беженцев и обеспечить устройство тех беженцев, которые по вполне обоснованным причинам не могут или не желают вернуться в страну своего происхождения или гражданской принадлежности". Из этого положения вытекает, что: i) не все беженцы обязательно должны становиться получателями убежища; ii) статус получателей убежища устанавливается национальным законодательством каждого государства, в отличие от статуса беженцев, который регламентируется международным правом. Другими словами, статус беженца вытекает из международного права, в то время как территориальное убежище является

⁹¹ См. Voir Catherine Teitgen-Colly, "Le droit d'asile: la fin des illusions", *L'Actualité juridique – Droit administratif*, 20 février 1994, p. 99.

прерогативой только внутреннего права⁹². Следовательно, исходя из вышесказанного, рассмотрение правил, применимых для высылки двух категорий лиц, будет проводиться раздельно тем более, что принцип невысылки получателей убежища не существует в международном праве.

60. В вопросе о невысылке беженцев прежде всего следует рассмотреть сам принцип, а затем рассмотреть исключения, разрешенные международными нормами и практикой.

i) Принцип

61. Как было сказано во Втором докладе о высылке иностранцев⁹³, определение понятия "беженец", данное в Женевской конвенции о статусе беженцев 1951 года, имеет ограничения и может исключать различные категории лиц, которые в международном региональном праве, в современной теории и практике рассматриваются в качестве беженцев. Исходя из определения в Конвенции 1951 года, которая была названа "евроцентристской по своему происхождению"⁹⁴ в том плане, что она ставила целью защиту политических беженцев, опасавшихся преследований в своих странах происхождения, и "индивидуалистской" по своей сути, так как статус беженца под ее влиянием присваивался только на индивидуальной основе, различные авторы предлагали более широкие определения понятия беженца⁹⁵. Региональные международно-правовые документы дали возможность устранить недостатки Конвенции 1951 года и Протокола 1966 года и встретить во всеоружии массовые потоки беженцев, которые имели место, в частности, в 1960-х и 1970-х годах в Африке и Центральной Америке.

⁹² Во Франции, например, территориальное убежище предоставляется на основании преамбулы Конституции 1946 года и законов, касающихся управления иммиграцией и условий въезда, приема и пребывания иностранцев во Франции, в частности закон от 24 августа 1993 года; см. *Journal officiel de la République française*, août 1993, p. 12196.

⁹³ См. документ A/CN.4/573, пункты 57–71.

⁹⁴ О. Касановас, "Международная защита беженцев и перемещенных лиц в вооруженных конфликтах", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 306, 2003, p. 35.

⁹⁵ Выдвигались идеи о том, чтобы определение включало лиц, оказавших сопротивление тираническим режимам, которые подавляли основные свободы в обществе (см. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leyde, A. X. Sijthoff, 1966, pp. 220–225); или, в более широком плане, чтобы оно защищало лиц, которые бежали из стран, где систематически нарушаются общепризнанные права человека (см. T. Alexander Aleinikoff, "The meaning of 'persecution' in United States asylum law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, pp. 12–13; J.C. Hathway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworth, 1991, pp. 106–112). Сторонники еще более широкого толкования считают, что в тех случаях, когда большое число беженцев бегут из-за внутренних конфликтов и гражданских беспорядков, не нужно требовать доказательства преследований, и что достаточно *презумпции* преследования, для того чтобы Конвенция 1951 года могла быть применена к лицу, ходатайствующему о предоставлении статуса беженца (см. D.J. Steinbock, "The refugee definition as law: Issues of interpretation", в *Refugee Rights and Realities, Evolving International Concepts and Regime*, F. Nicholson et P. Twomey (dir. publ.), Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 34–35).

62. Распространение или нераспространение статуса беженца на членов семьи беженца зависит от государств: одни законодательства позволяют это делать⁹⁶, другие имеют определенные ограничения⁹⁷. В любом случае, как только лицо получало статус беженца, его семья начинала пользоваться юридической защитой, основной принцип которой состоит в том, что семья беженца может быть выслана только на основании четких и имеющих определенные ограничения мотивов.

63. Вместе с тем принцип невысылки беженца формулируется с использованием отрицательной формы, что принижает его значение, изымая из него всякий абсолютный характер. Так, пункт 1 статьи 32 Женевской конвенции о статусе беженцев гласит:

"Договаривающиеся государства не будут высылать законно проживающих на их территории беженцев иначе, как по соображениям государственной безопасности или общественного порядка".

64. Из этого положения следует, что принцип невысылки беженцев может быть установлен, но дедуктивным путем. На самом деле, если внимательнее рассмотреть структуру данного положения, можно увидеть, что выражение "иначе, как" вводит предельное ограничение для принципа, означающего, что беженец не может быть выслан. Другими словами, в принципе беженцы не могут являться объектами высылки; они могут стать объектом высылки только в крайнем случае, то есть по двум несовокупным причинам: государственной безопасности или общественного порядка.

65. Конвенция ОАЕ 1969 года вводит понятие "добровольной репатриации", которое не существует в Конвенции 1951 года и в Протоколе к ней 1967 года. Если придерживаться этого понятия, которое является предметом статьи V Конвенции ОАЕ, можно сделать вывод о существовании абсолютного принципа невысылки

⁹⁶ В Камеруне, например, статья 5 закона № 2005/006 от 27 июля 2005 года о статусе беженцев гласит:

- "1) Члены семьи лица, считающегося беженцем в соответствии с вышеуказанными статьями 2–4, которые сопровождают его или присоединяются к нему, также считаются беженцами, за исключением тех случаев, когда они имеют иное гражданство, чем у беженца, и находятся под защитой страны, гражданами которой они являются.
- 2) Если после признания за главой семьи статуса беженца семейный союз распадается по причине развода, разделения или кончины главы семьи, члены его семьи, которые получили статус беженца в соответствии с вышеуказанным пунктом 1, продолжают им пользоваться на условиях, определенных в статье 4.
- 3) Для целей вышеуказанных пунктов 1) и 2) под членами семьи лица, считающегося беженцем, понимаются супруг или супруги, несовершеннолетние дети и иные члены семьи беженца, которые находятся на его иждивении.
- 4) Любое решение, принятое во исполнение положений статей 3 и 4 настоящего закона, будет автоматически распространяться на остальных членов семьи, как они определены в вышеуказанном пункте 3)".

Последний пункт статьи означает, в частности, что потеря главой семьи статуса беженца или его высылка не влекут автоматически потерю указанного статуса или высылку членов его семьи.

⁹⁷ Так, во Франции, если закон от 2 августа 1989 года распространял льготы, предоставляемые обладателям удостоверения личности иностранца, на членов семьи беженца (супругу/супругу и несовершеннолетних детей беженца), то закон от 24 августа 1993 года, касающийся регулирования иммиграции и условий въезда, приема и пребывания иностранцев во Франции, а также соответствующие изменения к нему, стали в этом отношении шагом назад, поскольку в них требуется применение к семье беженца, как и к любому иностранцу, условий законного пребывания (пункт 1 статьи 15 закона от 24 августа 1993 года).

беженцев – в широком значении, в котором было дано определение понятия высылки во Втором докладе. Пункт 1 статьи V упомянутой Конвенции гласит:

"Ни один беженец не должен быть репатрирован против своей воли; добровольный характер репатриации должен уважаться во всех случаях".

Тем не менее не только Конвенция ОАЕ 1969 года – как и Картахенская декларация 1983 года для Центральной Америки – должна пониматься как дополнение к Женевской конвенции 1951 года, но следует также отметить, что "высылка" и "репатриация" являются двумя разными понятиями, которые подчиняются разным процедурам, применяющимся по разным причинам.

66. В статье 33 Конвенции 1951 года тоже устанавливается принцип невысылки, но он сразу становится ослабленным в результате того, что, с одной стороны, он имеет отношение к особому случаю, когда возможен риск нарушения некоторых основных прав беженца, и, с другой стороны, что высылка может иметь место по определенным и конкретным причинам. На самом деле эта статья с вводящим в заблуждение названием "Запрещение высылки беженцев или их принудительного возвращения" гласит:

"1. Договаривающиеся государства не будут никоим образом высылать или возвращать беженцев на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений.

2. Это постановление, однако, не может применяться к беженцам, рассматриваемым в силу уважительных причин как угроза безопасности страны, в которой они находятся, или осужденным, вошедшим в силу приговором в совершении особенно тяжкого преступления и представляющим общественную угрозу для страны".

67. Сходство между статьями 32 и 33, в частности их названий, дает основание считать *prima facie*, что в статье 32 говорится о разрешительной норме, а в статье 33 излагается запретительная норма. На самом деле это не так. Видно, что в них обоих содержатся одновременно как запрещение, так и разрешение. В пункте 2 статьи 33 расширяются рамки причин высылки беженцев, приведенных в пункте 1 статьи 32. В то время как в пункте 1 предусматриваются лишь такие причины, как "соображения государственной безопасности или общественного порядка", в пункте 2 статьи 33, где употребляется формулировка "...угроза безопасности страны или общественная угроза для страны", добавляется выражение "вошедшим в силу приговором в совершении особенно тяжкого преступления и представляющим общественную угрозу для страны". Можно констатировать, что эта последняя причина является особенно расплывчатой, если неизвестны возможные характер и тяжесть упомянутой "угрозы". К тому же, чем отличается эта причина от "соображений общественного порядка"? Во всяком случае, она еще больше укрепляет оценочное право высялающего государства в случае высылки беженца и, таким образом, предоставляет лазейку в четких ограничениях, которые устанавливаются пунктом 1 статьи 32. В отличие от пункта 2, пункт 1 статьи 33 укрепляет принцип невысылки указанием обстоятельств, которые порождают "запрещение", к тому же не абсолютное, если принять во внимание положения пункта 2, высылки беженцев или их принудительного возвращения.

68. По мнению Специального докладчика, принципом, таким образом, является не высылка, а невысылка, в то время как высылка рассматривается лишь как

исключение, которое, к тому же, возможно только по некоторым, очень ограниченным причинам.

69. В настоящее время в основном принято считать, что государство, принимающее беженцев – имея в виду не беженцев в строгом значении этого слова, а тех лиц, которые вынуждены покидать свои страны из-за "вооруженных конфликтов или событий, которые полностью или частично нарушают общественный порядок их стран происхождения, гражданства или постоянного проживания"⁹⁸, – должно допустить их на свою территорию и тщательно соблюдать основной принцип невозвращения на границу (*non-refoulement*)⁹⁹. Эта идея поддерживается путем презумпции, согласно которой любой член группы лиц, которые бежали из своей страны по вышеуказанным причинам, рассматривается, *prima facie*, как беженец, за отсутствием доказательств обратного. В этом же плане недавно отмечалось, что государства "имеют обязательства обычного характера" по невозвращению в отношении жертв вооруженных конфликтов или ситуаций повсеместного насилия¹⁰⁰. Здесь уже имеет место выход за пределы соответствующих принятых норм. Если такое обязательство существует, оно соотносительно включает обязательство невысылки указанной категории "беженцев", – то есть тех, кто еще не приобрел статус беженца и мог, таким образом, незаконно находиться на территории принимающей страны, – по крайней мере, до тех пор, пока их положение не будет рассмотрено компетентными национальными органами.

70. Эта научно обоснованная тенденция основывается на статье 31 Женевской конвенции о статусе беженцев под названием "Беженцы, незаконно находящиеся в стране, дающей им приют", которая гласит:

"1. Договаривающиеся государства не будут налагать взысканий за незаконный въезд или незаконное пребывание на их территории беженцев, которые, прибыв непосредственно из территории, на которой их жизни или свободе угрожала опасность, предусмотренная в статье 1, въезжают или находятся на территории этих государств без разрешения, при условии что такие беженцы без промедления сами явятся к властям и представят удовлетворительные объяснения своего незаконного въезда или пребывания".

71. Она также получила значительную поддержку в последних работах Всемирной комиссии по международной миграции (ВКММ), учрежденной в декабре 2003 года по инициативе Генерального секретаря Организации Объединенных Наций, действующего по поручению Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, которая в своей резолюции 58/208 от 23 декабря 2003 года решила посвятить свою шестьдесят первую сессию в 2006 году диалогу высокого уровня по вопросу о международной миграции и развитии¹⁰¹. Комиссия заявляет, что в своих усилиях

⁹⁸ См. декларацию, принятую в Севилье в феврале 1994 года в рамках дня по исследованию проблемы "Беженцы: права и солидарность", цитируется по Oriol Casanovas, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Conclusions du Comité exécutif*: N° 22 (XXXII), 1981, "Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivée massive" par. II A (1); et N° 19 (XXXI), 1980, "Asile temporaire", par. (b) 1. *Contra*, K. Hailbronner, "Non-refoulement and humanitarian refugees: customary international law or wishful legal thinking", *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1986, p. 857.

¹⁰⁰ Anne V. Egli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2002, p. 165.

¹⁰¹ См. "Международная миграция и развитие", доклад Генерального секретаря, Организация Объединенных Наций, Генеральная Ассамблея, документ A/60/205 от 8 августа 2005 года.

по сдерживанию незаконной миграции государства должны соблюдать свои существующие обязательства в соответствии с международным правом, касающимся прав человека мигрантов, организации убежища и принципам защиты беженцев¹⁰². В связи с этим Комиссия опирается на принцип, изложенный в "Программе по вопросу о защите", разработанной Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев, согласно которому организация убежища не должна не проводиться под предлогом борьбы против подпольной или незаконной иммиграции. Комиссия призывает все государства разработать быстрые, справедливые и эффективные процедуры для предоставления статуса беженца, с тем чтобы кандидаты на получение такого статуса могли быть быстро проинформированы о результатах рассмотрения их заявления. Комиссия, в частности, рекомендует:

"В условиях массового притока беженцев государства должны предусмотреть предоставление вновь прибывающим статус беженца *prima facie*, практика, которая уже в течение многих лет применяется с хорошими результатами в Африке и в развивающихся странах других регионов"¹⁰³.

72. Невысылка соответствующих лиц в период рассмотрения их ходатайства сродни "временной защите", которая отличается от "дополнительной защиты". В докладе Лаутерпахта и Бетлехема, подготовленном в рамках глобальных консультаций, проводимых под эгидой Верховного комиссариата по делам беженцев, говорится: "Временная защита, которая является специфическим и временным ответом в плане защиты на ситуации массового притока, обеспечивая срочную и немедленную защиту от принудительного возвращения, должна четко отличаться от других дополнительных форм защиты, предоставляемых после определения статуса и устанавливающих окончательный статус"¹⁰⁴. Она предоставляется лицам, которые входят в определенную группу на основании политического решения. Напротив, "дополнительная защита", которая, в частности, присутствует в законодательствах стран Европейского союза, представляет собой законно установленный статус, который предоставляется в индивидуальных случаях¹⁰⁵.

73. Внутренне право некоторых государств применяет такую временную защиту в отношении лиц, являющихся кандидатами на получение статуса беженца. В этом плане практика Франции представляет большой интерес. Так, в отличие от Женевской конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года, которая просто запрещает договаривающимся сторонам принудительное возвращение или высылку беженца "никоим образом [...] на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность", пункт 4 преамбулы Конституции Франции от 27 октября 1946 года, на который ссылается действующая Конституция от 4 октября 1958 года,

¹⁰² См. *Les migrations dans un monde interconnecté: nouvelles perspectives d'action*, Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales, octobre 2005, chapitre III, p. 44.

¹⁰³ Ibid., para. 44.

¹⁰⁴ Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, "Formes complémentaires de protection", HCRNU, *Consultations mondiales sur la protection internationale*, document EC/GC/01/18 du 4 septembre 2001, par. 11 g).

¹⁰⁵ См. Oriol Casanovas, op. cit., p. 127. Voir aussi Vincent Chetail, "Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le 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 traitements inhumains et dégradants", *Revue belge de droit international*, 2004, n° 1, pp. 155-210.

"подразумевает", согласно Конституционному совету Франции, "что обычно иностранец, который ходатайствует о праве убежища, получил разрешение временно проживать на территории до тех пор, пока не будет принято решение по его ходатайству"¹⁰⁶.

Это решение берет за основу непосредственно решение, закрепленное Ассамблеей Государственного совета Франции, который в двух случаях признал необходимость того, чтобы проситель убежища, претендующий на статус беженца, получил разрешение на временное проживание на французской территории до тех пор, пока французская Служба защиты беженцев и апатридов или, в соответствующих случаях, Комиссия по содействию беженцам не вынесут решение по его ходатайству¹⁰⁷.

74. Этот "принцип", повторяя термин, используемый автором¹⁰⁸, обосновывается Государственным советом и Конституционным советом по-разному: если в рамках Конституционного совета основанием для этого принципа является преамбула Конституции, то для Государственного совета основанием является как пункт 2 статьи 31 Женевской конвенции 1951 года, так и закон от 25 июля 1952 года о создании французской Службы защиты беженцев и апатридов. Как бы там ни было, его закрепление в судебной практике наталкивается на ряд ограничений. Действительно, в своих постановлениях Государственный совет допускает, что "в том случае, когда это заявление явно имеет цель не допустить назначения меры высылки, которая может быть применена в отношении иностранца, уже въехавшего на национальную территорию и находящегося на ней на незаконном положении", администрация не вправе выдавать документы, позволяющие просителям убежища находиться во Франции до принятия решения Французским бюро помощи беженцам и апатридам или, в случае апелляции, решения Комиссии по содействию беженцам¹⁰⁹.

ii) Отступления

75. Беженец может быть выслан с территории принимающего государства только по причинам, связанным с угрозой безопасности и общественному порядку. Как уже отмечалось, эти исключения, закрепленные на международном уровне в статье 31 Женевской конвенции 1951 года о статусе беженцев, приняты и давно применяются на практике во внутреннем праве. Поэтому нет никакой необходимости долго задерживаться на подтверждении их существования. Однако следует поставить ряд вопросов о точном содержании, а также о значении понятий посягательства на безопасность и угрозы или посягательства на общественный порядок. Это не просто, так как оценка ситуаций, которые могут быть квалифицированы тем или иным образом, может варьироваться в зависимости от государств, эпох или контекстов. Не вызывает сомнения, что право оценки таких посягательств или угроз принадлежит каждому государству и что в международно-правовых документах, как и во внутреннем праве государств это понимается таким же образом.

¹⁰⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Journal officiel*, 18 août 1993, pp. 11722 et s.

¹⁰⁷ См. Conseil d'Etat, Assemblée, 13 décembre 1991, *M. Nkodia et préfet de l'Hérault c. Dakoury*, in *Revue française de droit administratif*, janvier-février 1992, pp. 90-103.

¹⁰⁸ См. Véronique Fabre-Alibert, "Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France", *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1994, n° 2, p. 1184.

¹⁰⁹ Ibid.

76. Можно было бы включить в эти понятия безопасности и общественного порядка и, особенно, в понятие безопасности, явление, которое приобретает беспрецедентный размах в наше время и является источником обеспокоенности государств: это терроризм. Однако слепое насилие, которым отличается это явление, и его разрушительные последствия придают ему особый характер, оправдывающий специфическое отношение к нему. Такой же подход демонстрирует международное сообщество при рассмотрении действий, образующих состав этого явления, которое не является обычным преступлением.

77. Анализ резолюции 1373 (2001), принятой Советом Безопасности 28 сентября 2001 года¹¹⁰, позволяет сделать вывод о том, что беженец может быть выслан за совершение террористических актов или за связь с терроризмом. В пункте 2 d) этой резолюции Совет Безопасности "решает", что должны делать государства:

"не допускать, чтобы те, кто финансирует, планирует, оказывает содействие или совершает террористические акты, использовали свою территорию в этих целях против других государств или их граждан".

В пунктах 3 f) и g) он "призывает" все государства:

"f) принимать, до предоставления статуса беженца, надлежащие меры согласно соответствующим положениям внутригосударственного законодательства и международного права, включая международные стандарты в области прав человека, с целью удостовериться в том, что лица, ищущие убежища, не планировали террористических актов, не содействовали им и не участвовали в их совершении;

g) обеспечить, в соответствии с международным правом, чтобы исполнители и организаторы террористических актов или их пособники не злоупотребляли статусом беженца".

78. В свете этих положений фактический иностранный беженец, то есть тот, кто, опасаясь за свою жизнь, покинул свое государство происхождения, но еще не приобрел юридический статус беженца, мог бы быть высланным за террористическую деятельность или за действия, направленные на содействие террористическому акту. Вытекающее из этого обязательство отказывать в предоставлении приюта или убежища вводит право на высылку, когда принимающее государство оказывается в одной из ситуаций, описанных в вышеуказанных пунктах резолюции 1373 (2001).

79. В плане законодательной практики государств статья 22 закона Танзании от 2002 года о предотвращении терроризма являет собой пример документа, направленного на предотвращение использования территории страны в качестве убежища, откуда могли совершаться нападения на другие государства¹¹¹; эта статья

¹¹⁰ Резолюция, принятая Советом Безопасности Организации Объединенных Наций на его 4385-м заседании, документ S/RES/1373 (2001).

¹¹¹ В статье 22 определяются наказания за вербовку и/или вовлечение в террористическую группу и тренировку в Танзании с целью совершения действий, запрещенных пунктом а) данной статьи. Пунктом а) на территории Танзании запрещаются любые действия с целью осуществления или пособничества в осуществлении актов насилия за границей, независимо от того, были они осуществлены или нет. См. ONUDC, *La prévention des actes terroristes: une stratégie de justice pénale intégrant des normes de l'Etat de droit à la mise en œuvre des instruments des Nations Unies contre le terrorisme*, Document de travail pour l'assistance technique, Nations Unies, New York, 2006, p. 30.

в случае необходимости могла бы служить правовой основой для высылки иностранцев, в том числе беженцев.

80. Выделение терроризма и его учет в качестве одного из критериев исключения из принципа невысылки беженцев, без сомнения, в большей степени зависит от дальнейшего развития, чем от кодификации хорошо разработанной нормы обычного права. Важно, чтобы принятие такого критерия не было лишено поддержки как в международно-правовом арсенале, так и в законодательной практике государств. Тот факт, что подобный критерий может опираться на резолюцию Совета Безопасности, представляет определенный интерес, учитывая принцип законности, который подразумевается в решениях Совета Безопасности.

81. Сделанный выше анализ позволяет предложить следующий проект статьи:

– *Проект статьи 5: Невысылка беженцев*

1. Государство не может выслать беженца, законно находящегося на его территории, кроме как исходя из соображений государственной безопасности, общественного порядка [или по причине терроризма], либо когда соответствующее лицо, будучи осужденным вошедшим в силу приговором за совершение особенно тяжкого преступления или деяния, представляет угрозу для общества данного государства.

2. Положения пункта 1 настоящей статьи также применяются к любому лицу, которое, незаконно находясь на территории принимающего государства, ходатайствует о получении статуса беженца, если только это ходатайство явно не имеет цель не допустить назначения меры высылки, которая может быть применена в отношении него [в отношении данного лица].

с) **Принцип невысылки апатридов**

82. Хотя апатрид и беженец имеют разные правовые статусы, связанные с ними ситуации нередко вызваны одной и той же причиной: бегство определенных лиц в результате вооруженного конфликта или преследований по расовым или политическим мотивам. В резолюции "О правовом статусе апатридов и беженцев", принятой на Брюссельской сессии Института международного права в 1936 году, указывалось, что термин "апатрид" означает "любое лицо, которое не рассматривается в качестве гражданина никаким государством"¹¹². Таким образом, элемент гражданства в духе мыслителей XIX века, который был веком становления гражданства, является основным элементом, отправным критерием, по отношению к которому лицо считалось либо не считалось апатридом. Исходя из более современного и более открытого подхода, которого придерживается Специальный докладчик в своем Втором докладе о высылке иностранцев, в Нью-Йоркской конвенции о статусе апатридов от 28 сентября 1954 года критерий гражданства заменен термином "уроженец", который, очевидно, имеет более объемный характер. В пункте 1 статьи 1 данной Конвенции четко записано:

¹¹² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 39, t. II, 1936, session de Bruxelles, p. 294.

"Для целей настоящей Конвенции под термином "апатрид" подразумевается лицо, которое ни одно государство не считает *своим уроженцем на основании своего законодательства*"¹¹³.

83. Принцип невысылки апатридов в скрытой форме уже содержится в одной из статей Международных правил о приеме и высылке иностранца, принятых Институтом международного права 12 сентября 1892 года, которая гласит:

"В принципе государство не должно запрещать доступ или пребывание на своей территории будь то своим подданным, либо тем лицам, которые, потеряв свое гражданство в вышеуказанном государстве, не приобрели другое"¹¹⁴.

84. Разъяснения формулировки правила и его кодификация будут даны позднее. Используя схему Женевской конвенции о статусе беженцев 1951 года, Нью-Йоркская конвенция о статусе апатридов 1954 года подтверждает схожесть положения апатридов и положения беженцев. Когда речь идет конкретно о высылке, в этих конвенциях обнаруживается сходство правил, регламентирующих этот вопрос в обоих случаях. Повторяя слово в слово три пункта статьи 32 Конвенции 1951 года, статья 31 Конвенции 1954 года гласит:

"1. Договаривающиеся государства не будут высылать законно проживающих на их территории апатридов иначе, как по соображениям государственной безопасности или общественного порядка.

2. Высылка таких апатридов будет производиться только во исполнение решений, вынесенных в судебном порядке. За исключением случаев, когда этому препятствуют уважительные соображения государственной безопасности, апатриду будет дано право представления в свое оправдание доказательств и обжалования в надлежащих инстанциях или перед лицом или лицами, особо назначенными надлежащими инстанциями, а также право иметь для этой цели своих представителей.

3. Договаривающиеся государства будут предоставлять таким апатридам достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства сохраняют за собой право применять в течение этого срока такие меры внутреннего характера, которые они сочтут необходимыми".

85. Замечания, высказанные по поводу пункта 1 статьи 32 Конвенции 1951 года, применяются и к пункту 1 вышеуказанной статьи 31¹¹⁵.

86. Следует отметить, что, как и в случае с беженцами, эти статьи касаются законно проживающих апатридов. Естественно, вопрос об апатридах, находящихся незаконно на территории принимающего государства, является непростым, поскольку некоторые незаконные мигранты могут потребовать обманным путем статуса апатрида. А как же быть с истинными апатридами, проживающими тем не менее незаконно на территории государства? Может ли государство их выслать?

¹¹³ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 360, n° 5158, p. 117; курсив добавлен специально.

¹¹⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894, session de Genève, p. 219.

¹¹⁵ Заметим, что в соответствии со статьей 9 Конвенции 1954 года, высылка определенного лица может осуществляться в качестве "временных мер" во время войны или при наличии других чрезвычайных и исключительных обстоятельств до тех пор, пока Договаривающееся государство не установит, что данное лицо действительно является апатридом и что дальнейшее применение в отношении него таких мер необходимо в интересах государственной безопасности.

В какую страну? В страну последнего проживания? На каких условиях? На условиях, предусмотренных в пункте 3 статьи 31 для апатридов, законно проживающих на территории государства? Исходя из пункта 1 статьи 31 при рассмотрении этих вопросов может возникнуть сомнение в уместности проведения различия между апатридами, проживающими законно, и апатридами, проживающими незаконно. Тем более, что помимо лиц, которые становятся апатридами, когда они уже находятся на территории принимающего государства, большинство других могут проникнуть на нее только незаконно, потому что, как правило, у них нет официальных документов того или иного государства, необходимых для ходатайства о принятии на территории другой страны.

87. В пункте 2 вышеуказанной статьи 31 рассматриваются условия и процедуры высылки; мы к этому вернемся при рассмотрении данного вопроса.

88. Что касается пункта 3, то первое предложение в нем вызывает вопросы. Как конкретно в случае высылки апатрид будет искать новую принимающую страну? Будут ли его поиски ограничены странами, имеющими дипломатические миссии в высылающем государстве? Разве не будут ограничены его возможности добиться успеха в своих поисках, если в этом государстве мало иностранных дипломатических представительств? К тому же, даже если предположить, что высылающее государство окажется особенно щедрым в толковании понятия "достаточный срок" и предоставит данному лицу достаточно продолжительный период времени для поисков, что ждет апатрида по истечении этого срока в случае, если его попытки окажутся безуспешными? Сможет ли все-таки государство выслать его? Если да, то в какую страну?

89. Эти вопросы, в частности последний, вызывают беспокойство не только в теоретическом плане. Дело *John K. Modise c. Botswana*¹¹⁶, рассматриваемое в Африканской комиссии по правам человека и народов, показывает, что они могут возникать и на практике. Истец утверждал, что он был несправедливо лишен гражданства Ботсваны. Он доказывал свое гражданство на основании следующих обстоятельств: его отец, Самюэл Ремахой Модизе, ставший гражданином Ботсваны как бывший "британский подданный" Бечуаналенда (современная Ботсвана), иммигрировал в Южную Африку в поисках работы. Во время своего пребывания там он женился на Элизабет Икаменг Модизе, и от этого брака родился Джон Модизе. Его мать умерла, когда ему было три месяца, и отец отвез его в Протекторат Бечуаналенд и оставил на попечение своих родителей. Истец вырос в Протекторате и регулярно возвращался туда после каких-либо поездок.

90. В 1987 году Джон Модизе являлся одним из основателей и руководителей "Фронта национального освобождения Ботсваны". Он считает, что именно за свою политическую деятельность был объявлен правительством Ботсваны "нежелательным иммигрантом". 17 октября 1988 года он был арестован и выслан в Южную Африку, где без суда был передан полиции. Вернувшись в Ботсвану, он вновь был арестован и выслан без судебного решения в ту же страну. После третьей попытки вернуться ему было предъявлено обвинение, и он был осужден за нелегальный въезд и объявлен нежелательным иммигрантом. Он отбыл десятимесячный срок тюремного заключения и подал апелляционную жалобу, но был в четвертый раз выслан в Южную Африку до завершения производства по его

¹¹⁶ См. 97/93 *John K. Modise c. Botswana*, Communication présentée à la 28^e session ordinaire de la Commission en novembre 2000 à Cotonou, Bénin, décision du 6 novembre 2000.

делу. Комиссия отмечает, что "истец, не имеющий гражданства Южной Африки, был вынужден обосноваться в бантустане Бопутатсвана"¹¹⁷. Он прожил там семь лет, после чего правительство этого бантустана выдало ордер на его высылку, и он оказался на ничейной земле между бантустаном Бопутатсвана и Ботсваной, где находился в течение пяти недель до того, как его впустили в Ботсвану, основываясь на принципе гуманности: он получил разрешение на трехмесячное проживание с правом продления по усмотрению компетентного министерства до июня 1995 года¹¹⁸.

91. Здесь не стоит устраивать дискуссию по поводу основного спорного вопроса, поднятого государством-ответчиком: вопроса о том, мог ли Джон Модизе стать и стал ли гражданином Ботсваны по факту рождения на основании прежней Конституции этой страны, если известно, что он не являлся ни британским подданным, ни гражданином Соединенного Королевства и его колоний на момент получения Ботсваной независимости в 1966 году. Африканская комиссия по правам человека и народов вынесла постановление по этому вопросу: Джон Модизе имеет гражданство Ботсваны по факту рождения как сын своего отца – гражданина Ботсваны; правительство Ботсваны должно принять соответствующие меры, чтобы признать за ним это гражданство и выдать ему соответствующую компенсацию за весь ущерб, который он понес в результате нарушения его прав.

92. Главный интерес в этом деле в связи с вопросом о высылке апатридов заключается в том, что Ботсвана продолжала высылать Джона Модизе даже несмотря на то, что было доказано, что у него не было ни гражданства Южной Африки, ни гражданства Бопутатсваны, и что, не имея также и гражданства Ботсваны, которое на тот момент не признавалось за ним властями этой страны, он фактически оказался в положении апатрида. Следует отметить, что в этом деле выслать государство не сослалось ни на одну из причин высылки, предусмотренных статьей 31 Конвенции 1954 года: ни на государственную безопасность, ни на общественный порядок; высылаемое лицо не нашло принимающее государство, а высылающее государство ни разу его об этом не попросило. Одним словом, Ботсвана не вписала свои действия в рамки правил о высылке апатрида, хотя это был именно тот случай.

93. Как представляется, режим высылки апатридов был слишком легко скопирован с положения о высылке беженцев. Между тем, как уже отмечалось, положение беженца значительно отличается от положения апатрида. Беженец имеет установленное гражданство. Он, как правило, оказывается в бедственном положении по причине непреодолимого насилия, инициатором которого он сам, обычно, не является. Поэтому его положение жертвы вызывает определенное сочувствие или просто понимание, которое может ему открыть двери для въезда в принимающее государство. Совсем по-другому обстоит дело с апатридом. Лишенный гражданства апатрид не может выехать за границу, за исключением случаев, когда принимающее государство считает его лицом, имеющим права и обязательства, связанные с обладанием гражданством данного государства, и на этом основании выдает ему паспорт. В противном случае, любое принимающее государство – участник Нью-Йоркской конвенции о статусе апатридов от 28 сентября 1954 года обязано лишь предоставить им "положение, которым вообще пользуются иностранцы"¹¹⁹.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ См. статью 7 Конвенции.

Можно легко представить, с какими серьезными трудностями может столкнуться в поисках принимающего государства лицо, лишенное какого-либо гражданства и пользующееся в стране проживания, как правило, только правами, признанными за иностранцами; а если, тем более, оно является высланным лицом, ему придется еще труднее, поскольку подразумевается, что оно либо посягнуло на государственную безопасность высылающего государства или представляет угрозу этой безопасности, либо посягнуло на общественный порядок или представляет серьезную угрозу для него.

94. Если такое лицо не имеет хороших отношений с иностранной державой, которая, в принципе, будет готова его принять, то ему нелегко добиться того, чтобы "быть принятым на законном основании другим государством". По мнению Специального докладчика, вмешательство высылающего государства в поиски принимающего государства для апатрида может оказаться необходимым. Такое вмешательство может потребоваться в том случае, когда известно, что попытки апатрида быть принятым на законном основании другим государством оказались безуспешными. Защита прав высылаемого лица требует при этом, чтобы оно выразило свое согласие в отношении страны, куда оно будет выслано.

95. Тем не менее при крайне недостаточной практики государств в области высылки апатридов, такая идея вытекает только из анализа положений пункта 3 вышеуказанной статьи 31. Более того, она может быть предложена в целях последовательного развития международного права.

96. В обоснование вышеприведенных рассуждений, уместно предложить следующий проект статьи, пункт 1 которой воспроизводит суть пункта 1 статьи 31 Конвенции 1954 года с некоторыми изменениями по форме, а пункт 2 является новой редакцией первого предложения пункта 3, дополненного ранее высказанными соображениями.

— **Проект статьи 6: Невысылка апатридов**

1. Государство не может выслать апатрида, находящегося [законно] на его территории, за исключением соображений государственной безопасности или общественного порядка [или терроризма], или если заинтересованное лицо, будучи осужденным вошедшим в силу приговором за совершение особо тяжкого преступления или деяния, представляет угрозу для общества данного государства.

2. Государство, которое высылает апатрида в условиях, предусмотренных настоящими проектами статей, предоставляет ему срок, достаточный для того, чтобы он мог получить на законном основании право на въезд в другую страну. [При этом если по истечении этого срока окажется, что апатрид не смог получить право на въезд в принимающую страну, государство может [, по согласованию с ним,] выслать его в любое государство, которое согласно его принять.]

d) Принцип коллективной невысылки

97. Практика коллективной высылки явление не новое. В прошлом она была тесно связана с вооруженными конфликтами или серьезными кризисами между двумя государствами. Но так было не всегда, и такая высылка практиковалась как в мирное время, так и в период войны.

i) В мирное время

98. "Коллективная высылка не в военное время практиковалась правительством Соединенных Штатов Америки еще в XIX веке"¹²⁰. После предоставления на основании договора в 1863 году подданным Поднебесной империи такого же обращения, каким пользовались американцы, американское правительство, столкнувшись с все нарастающим потоком того, что пренебрежительно называлось "желтая иммиграция" или "желтая угроза", прекратило исполнение положений договора, а затем заключило с Китаем новое соглашение, Договор от 17 ноября 1880 года, который предоставлял ему право прекращать или ограничивать иммиграцию трудящихся, "когда оно сочтет это необходимым для защиты своих интересов". Два года спустя американским законодательством иммиграция была приостановлена на десять лет. Но еще до истечения этого срока правительство Соединенных Штатов добилось от "китайского министра в Вашингтоне" подписания договора от 12 марта 1888 года, которым запрещался въезд на их территорию "всех рабочих желтой расы" сроком на двадцать лет. Правительство Китая отказалось ратифицировать это соглашение, которое оно сочло не только невыгодным для интересов своих граждан, но и оскорбительным и содержащим слишком много ограничений в своих положениях. Получив такой отказ, Соединенные Штаты 1 октября 1888 года приняли закон, который запрещал въезд на территорию Соединенных Штатов китайским трудящимся, а затем и второй закон под названием "Закон об отчуждении китайцев", который устанавливал для китайских трудящихся крайне суровые условия проживания¹²¹ вплоть до коллективной высылки по усмотрению государства.

99. В Европе случаи коллективной высылки отмечались еще в XVII веке. Так, в Испании, "в нарушение принципа людского права"¹²² того времени, закон от 1703 года, который длительное время оставался в силе, предписывал массовую высылку всех подданных Англии и Голландии, которые не являлись католиками. Что касается России, следует вспомнить закон императора Павла I от 1793 года, который предписывал проживающим в России французам под страхом высылки отречься от безбожных и бунтарских законов своей страны происхождения¹²³.

100. Позднее, в XX веке, в результате многочисленных, серьезных и упорных споров между Германией и Польшей по поводу делимитации границ между двумя странами в соответствии с Версальским договором, Германия выслала "массово", как говорили в то время, польских рабочих, обосновавшихся на ее территории: в конце 1922 года из страны были высланы 25 тыс. человек¹²⁴. В качестве ответной меры в апреле 1923 года польское правительство, в свою очередь, выслало некоторое число уроженцев Германии, а затем в январе 1924 года выслало еще 14 немецких семей, на что правительство Баварии ответило высылкой 14 еврейских семей, имеющих польское гражданство. Впоследствии, несмотря на протест польского министра в Берлине, была проведена массовая высылка польских граждан с земли Мекленбург-Шверин в Германии. Тогда Польша в качестве ответной меры

¹²⁰ J.-A. Darut, op. cit., p. 46.

¹²¹ Ibid., pp. 47-48.

¹²² Ibid., p. 37, note 1.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ См. Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, t. I, 3^{ème} partie, Paix, Paris, A. Rousseau, 1926, p. 688.

выслала 150 немцев, обосновавшихся в Познаньском и Помераньском воеводствах¹²⁵.

101. Несмотря на политические протесты правительств, граждане стран которых стали жертвами "массовых" высылки, эти высылки не стали предметом обжалования, основанного на международном праве. Доктрина того времени не видела в этом ничего другого, как осуществление высылающими государствами "права на высылку иностранцев", которое признавало за ними международное право¹²⁶. Это четко прослеживается во взглядах ряда авторов того времени. Так, в результате аннексий и возвращения аннексированных территорий, закрепленных в мирных договорах, которые положили конец Первой мировой войне и которые дали повод для частого применения права на высылку, Франция столкнулась при возврате Эльзаса и части Лотарингии, отошедшей к Германии по Франкфуртскому договору, с вопросом о том, стоило ли ограничивать смену гражданства бывшим французам. В этих возвращенных департаментах проживали около 500 тыс. немцев, составлявших 28 процентов населения. Оставить их здесь означало, якобы, "опасность для Франции", туманно выражались по этому поводу. Что же тогда делать: выслать их в массовом порядке или принять их? Два очень известных автора того времени, Пийэ и Нибуайэ, ответили следующим образом:

"Массовая высылка во многом оказалась бы предпочтительным решением, если бы мы смогли обеспечить для Эльзаса и Лотарингии эквивалентное население. Между тем у нас и так слишком большая нехватка населения, чтобы рассматривать такой вариант"¹²⁷.

102. Другими словами, коллективная высылка иностранцев даже в мирное время тогда не запрещалась; в данном случае от нее отказались только по соображениям нецелесообразности.

103. Такого рода высылки были запрещены гораздо позднее, да и то, чтобы восполнить пробел в одном региональном правовом документе о защите прав человека, в котором ничего не было сказано по этому вопросу: речь идет о Протоколе № 4¹²⁸, в котором признавались некоторые иные права и свободы, помимо уже включенных в Европейскую конвенцию о правах человека и в Протокол № 4 к ней. Статья 4 вышеуказанного Протокола № 4 в лаконичной форме гласит:

"Коллективная высылка иностранцев запрещена".

Подобное положение содержится в Американской конвенции о правах человека, называемой "Пакт Сан-Хосе", пункт 9 статьи 22 которой гласит:

"Коллективная высылка иностранцев запрещена".

В Африканской хартии прав человека и народов это положение в аналогичной форме приводится в пункте 5 статьи 12:

"Запрещается массовая высылка иностранцев...".

¹²⁵ Ibid., pp. 688-689.

¹²⁶ См. Ch. De Boeck, op. cit., p. 471.

¹²⁷ Antoine Pillet et Jean-Paulin Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, n°170, p. 213.

¹²⁸ Протокол № 4 подписан в 1963 году в Страсбурге, вступил в силу в 1968 году.

104. По мнению Комитета экспертов, которому было поручено разработать проект Протокола № 4 к этой Европейской конвенции, нужно было включить это отсутствовавшее в первоначальном проекте положение, для того чтобы не допустить повторения массовых высылков, "наподобие тех, которые произошли в недавнем прошлом", как указывалось в записке Управления по правам человека Совета Европы¹²⁹.

105. Ряд жалоб, поданных в Европейскую комиссию по правам человека на государства, участвующие в Протоколе № 4, за нарушение статьи 4 указанного Протокола, не были удовлетворены по различным причинам, изложенным Комиссией в своих соответствующих решениях¹³⁰. Европейский суд по правам человека заявил о нарушении статьи 4 указанного Протокола в деле *Čonka et autres c. Belgique*. Истцами по делу были Ян Сонка, его супруга и двое их детей. Будучи словаками, проживающими в Бельгии, где они попросили убежища, они подпали под решение о высылке Министерства внутренних дел от 18 июня 1999 года, которое отклонило их просьбу о предоставлении убежища и предписало им покинуть территорию страны в пятидневный срок. Суд отметил, что решение о высылке было принято

"[...] с единственной ссылкой на персональное положение заинтересованных лиц, заключающейся в том, что срок их пребывания в Бельгии превысил три месяца. В частности, в документе не приводится никакой ссылки ни на заявление истцов о получении убежища, ни на решения от 3 марта и 18 июня 1999 года, принятые по этому делу. [...] В этих условиях и принимая во внимание большое число лиц того же происхождения, которых постигла участь истцов, Суд считает, что принятые меры не исключают подозрения относительно коллективного характера данной критикуемой высылки"¹³¹.

106. Высказанные Судом сомнения были подкреплены рядом факторов: во-первых, еще до высылки указанных лиц политические органы власти Бельгии объявили о том, что будут проведены соответствующие действия по задержанию иностранцев и дали соответствующие указания компетентным органам о проведении таких

¹²⁹ Direction des droits de l'homme DH/exp, (61) 37 du 27 novembre 1961, édition ronéotypée du *Recueil des Travaux préparatoires du Protocole n° 4*, p. 446.

¹³⁰ Г-жа Лошак отмечает, что эти уточнения вынудили Комиссию оставить некоторые жалобы без удовлетворения, в частности жалобу выходцев из Суринама, которые бежали в Нидерланды после государственного переворота в 1982 году; правительство Нидерландов толерантно относилось к их пребыванию в стране, но при этом не выдавало разрешение на проживание до 1988 года, а затем, посчитав, что Суринам встал на путь демократии, оно письменно уведомило их в индивидуальном порядке о решениях, предписывающих им покинуть Нидерланды, откуда в конечном счете они и были высланы (жалоба № 14209/88, *Alibabs et autres c. Pays-Bas*, решение от 16 декабря 1988 года; жалоба № 14457/88, *B. et autres c. Pays-Bas*, решение от 16 декабря 1988 года); жалоба семи членов сайентологической церкви, имеющих швейцарское гражданство, проживающих в Копенгагене, которые были высланы в связи с отказом в продлении их разрешения на проживание. Комиссия не стала выносить решение по существу дела, мотивом решения послужил тот факт, что истцы не до конца использовали внутригосударственные средства обжалования и поэтому их жалоба не подлежит рассмотрению (жалоба № 12097/86, *Künzi-Brenzikofer et autres c. Danemark*, решение от 13 июля 1987 года). Однако не вызывает сомнения, что такая жалоба не могла рассматриваться по существу на том основании, что разрешение на проживание носит индивидуальный характер и истечение срока его действия является индивидуальной проблемой, поэтому высылка одновременно нескольких лиц, оказавшихся в такой ситуации, не может считаться коллективной высылкой.

¹³¹ *Čonka c. Belgique*, arrêt, 5 février 2002, par. 61.

операций; во-вторых, всем иностранцам, которых это касалось, было предписано явиться в полицейские участки в одно и то же время; в третьих, ордонансы, на основании которых им предписывалось покинуть территорию, имели одинаковую формулировку; в четвертых, заинтересованным лицам чинились препятствия при установлении ими контактов со своими адвокатами; и, наконец, процедура с ходатайствами о получении убежища не была завершена. Одним словом, ни на одном этапе процедуры, начиная с письменного извещения заинтересованных лиц о явке в полицейский участок и кончая их высылкой, вышеуказанные лица не пользовались достаточными гарантиями,

"[...] свидетельствующими о реальном и дифференцированном учете персонального положения каждого из заинтересованных лиц. Вывод: имело место нарушение статьи 4 Протокола № 4 к Конвенции"¹³².

107. Коллективная высылка основана на том единственном факте, что высланные лица являются иностранцами¹³³, и именно с этим трудно примирится с позиции разума и морали. Европейская комиссия по правам человека дала интересное определение в связи с рассмотрением жалобы, поданной в связи с проектом правительства Дании о репатриации 199 вьетнамских детей, нашедших приют в Дании. По мнению Комиссии,

«под "коллективной высылкой" следует понимать любую меру компетентного органа власти, принуждающую иностранцев в составе целой группы покинуть страну, за исключением случаев, когда такая мера принимается по окончании и на основании тщательного и объективного изучения персонального положения каждого из иностранцев, которые образуют данную группу»¹³⁴.

108. Второе предложение пункта 5 статьи 12 Африканской хартии прав человека и народов вносит уточнение, указывая, какими могут быть эти группы:

"Под коллективной высылкой понимается в целом высылка национальных, расовых, этнических или религиозных групп".

Однако это уточнение ограничивает понятие группы. Поскольку коллективная высылка может касаться группы лиц, не входящих ни в одну из перечисленных выше групп. Например, принято говорить об "африканцах", — когда речь идет об уроженцах различных стран африканского континента, — а, стало быть, и о "незаконных африканских иммигрантах", как если бы Африка представляла собой одно государство, одну нацию. Вполне допустимо, что объектом коллективной высылки может стать группа африканцев, которая при этом не будет национальной и, тем более, не этнической, не религиозной. Следовательно, лучше придерживаться более свободного понятия группы, которое содержится в определении Европейской комиссии по правам человека.

109. Мысль о персональном рассмотрении дела каждого члена группы лиц, подпадающих под угрозу высылки, уже находила воплощение в некоторых делах о коллективной высылке в начале XX века. Например, когда правительство Франции приняло решение воспользоваться своим правом высылки в отношении граждан

¹³² Ibid., par. 63.

¹³³ См. Danièle Lochak, "Commentaire de l'article 4" du Protocole n° 4, dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 1057.

¹³⁴ Цитируется Д. Лошак, op. cit., p. 1058.

Германии после Первой мировой войны, "12 августа 1922 года 500 немцев, отобранных на основании поименных постановлений, были высланы из Эльзаса и Лотарингии"¹³⁵. Тем не менее можно действительно говорить в свете рассуждений Европейского суда по правам человека в вышеуказанном деле *Čonka et autres c. Belgique*, что речь не шла здесь о случае коллективной высылки? По этому поводу возникают сомнения, так как маловероятно, что французские власти глубоко и с требуемой объективностью изучили персональное положение каждого из этих 500 высланных лиц.

110. Следует, тем не менее, указать, что требование отдельного изучения различных случаев и принятие индивидуальных мер в отношении каждого из них, необязательно подразумевает, что компетентные органы должны принять решения различного содержания. В действительности, тот факт, что решения о высылке были приняты в одинаковой формулировке, сам по себе не является достаточным, чтобы считать их коллективной высылкой по смыслу соответствующих международно-правовых документов, так как каждое из них предварялось тщательным изучением положения каждого члена группы указанных лиц¹³⁶.

111. Это правило об отдельном изучении положения каждого высылаемого лица, которое не вошло в статью 4 вышеуказанного Протокола № 4, но которое было четко сформулировано в юриспруденции Европейской комиссии по правам человека, как мы это видели, получило формальное закрепление в Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей¹³⁷. Пункт 1 статьи 22 этой Конвенции гласит:

"На трудящихся-мигрантов и членов их семей не распространяются меры коллективной высылки. Каждый случай высылки рассматривается и решается в индивидуальном порядке".

112. Можно констатировать, следовательно, что принцип коллективной невысылки иностранцев закреплён европейским, межамериканским и африканским позитивными региональными правами, а в международном плане пока ограничивается только трудящимися-мигрантами и членами их семей.

113. Означает ли это, что речь (пока) не идет о норме, имеющей универсальный характер, в основе которой лежит конвенционное или обычное право? Вопрос тем более заслуживает внимания, что практика государств в этой области различается. Весьма красноречивым в этом плане является ответ государств – членов Организации африканского единства (ОАЕ) на вопрос анкеты, составленной Канцелярией Специального докладчика, о положении трудящихся-мигрантов и членов их семей в североамериканском полушарии. На первый вопрос, заданный вышеуказанным государствам: "Может ли какая-нибудь группа трудящихся-мигрантов и членов их семей быть выслана из вашей страны как группа?", одни четко ответили отрицательно¹³⁸, другие ответили утвердительно¹³⁹ или воздержались от ответа¹⁴⁰.

¹³⁵ Ch. De Boeck, op. cit., p. 469.

¹³⁶ Voir D. Lochak, op. cit., p. 1058.

¹³⁷ Принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в ее резолюции 45/158 от 18 декабря 1990 года. Текст этой Конвенции, которая вступила в силу 1 июля 2003 года, приводится в: Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, No. 39481, p. 3.

¹³⁸ Откровенно сказали "НЕТ": Гренада, Доминиканская Республика, Канада, Мексика; см. Rapport d'activité du Bureau du Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille (chapitre IV (b) (5)), в *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme de 1999*, O.E.A/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev, 13 avril 2000, chapitre VI.

114. Здесь следует заметить, что в настоящее время многие государства продолжают практиковать коллективные высылки, в том числе в регионах мира, где они связаны международно-правовыми документами, запрещающими такие высылки: это имеет место не только в Африке¹⁴¹, но и в Южной Америке¹⁴², и нельзя утверждать, что такая практика не существует в Европе¹⁴³.

115. Кроме организованной репатриации беженцев (*de facto*), как правило, находящихся в "лагерях беженцев" под опекой Верховного комиссариата Организации Объединенных Наций по делам беженцев, не вызывает сомнения, что эти коллективные высылки идут вразрез с тремя вышеуказанными региональными конвенциями о защите прав человека. Более того, стоит напомнить о существовании в этой области общего принципа международного права, "признанного цивилизованными нациями", который запрещает коллективные высылки. Во-первых, данный принцип вытекает из того, что принятие иностранца является индивидуальным правом, поэтому лишение или отказ в этом праве может быть только индивидуальным актом. Во-вторых, это правило коллективной невысылки закреплено в трех региональных конвенциях по правам человека, участниками которых является подавляющее большинство государств – членов международного сообщества. В конце концов, статья 38 Статута Международного Суда не требует, чтобы общие принципы права признавались *всеми* "цивизованными нациями".

¹³⁹ Откровенно сказали "ДА": Гватемала, Гондурас, Колумбия, Эквадор (*ibid.*).

¹⁴⁰ Бразилия дала довольно пространственный ответ, чтобы завуалировать тот факт, что ее законодательство допускает коллективную высылку: "Следует различать высылку иностранца, который находится в стране законно или незаконно. Высылка применяется к иностранцу, который каким-либо образом несет угрозу государственной безопасности, политическому или общественному порядку, нравственным ценностям или национальной экономике, или действия которого противоречат национальным интересам. Она также применяется к тем, кто въехал или находится в Бразилии обманным путем или кто въехал на национальную территорию в нарушение законодательства, если они не покинули страну в предписанный срок и их депортация является нежелательной; и к тем, кто занимается бродяжничеством или попрошайничеством или игнорирует запреты, специально установленные законом, регламентирующим права иностранцев (Article 66 of Law No. 6,815/80, as amended by Law No. 6,965 of December 1981)" (*ibid.*).

¹⁴¹ См. примеры, приведенные Специальным докладчиком Морисом Камто в его предварительном докладе о высылке иностранцев, документ A/CN.4/554, 4 апреля 2005 года, пункт 4, сноска 6, и пункт 27, сноска 34.

¹⁴² Иллюстрацией может служить пример с высылкой в июне и сентябре 1999 года 60 тыс. гаитян из Доминиканской Республики; см. *Rapport d'activité du Bureau du Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille* (chapitre II (a), par. 9), в: *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme de 1999*, O.E.A/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev, 13 avril 2000, chapitre VI.

¹⁴³ Во Втором докладе о высылке иностранцев Специальный докладчик отметил, что министр внутренних дел Франции поставил своим службам задачу выслать в 2005 году не менее 23 тыс. иностранцев и подчеркнул, что за 8 месяцев могли бы быть высланы 12 849 человек (A/CN.4/573, пункт 20); что парламент Нидерландов 17 февраля 2005 года одобрил подавляющим большинством голосов решение правительства о высылке 26 тыс. иностранцев, находящихся на незаконном положении, и что Бельгия выслала 14 110 человек в 2003 году (*ibid.*, par. 22). Что касается этих цифр, следует задать себе вопрос о том, соответствуют ли эти массовые высылки статье 4 Протокола № 4 к Европейской конвенции о правах человека, а также судебной практике, о которой говорилось выше, Европейской комиссии по правам человека и Европейского суда по правам человека. Даже если предположить, что каждое из указанных лиц стало объектом индивидуального акта высылки, то разве это не является закамуфлированными коллективными высылками? Поскольку сомнительно, что каждый случай является или являлся предметом взвешенного и объективного изучения, как того требует судебная практика, о которой шла речь выше.

ii) В военное время

116. Вопрос заключается в том, может ли такой принцип применяться в условиях вооруженного конфликта. В прошедшие столетия практика коллективных высылки иностранцев в военное время была нередким явлением. В XVIII веке Утрехтский мир 1713 года и Англо-российский субсидный договор 1760 года предписывали подданным противника, проживающим на территории воюющих держав, покинуть ее, предоставляя им определенный срок для выезда. Таким же образом, в 1798 году президент Соединенных Штатов Америки получил от Конгресса право изгонять из страны граждан неприятельских государств на тех же условиях¹⁴⁴.

117. Во Франции Национальный конвент, который пришел к власти вскоре после Революции 1789 года и вел войну со всеми европейскими нациями, кроме Швейцарии, Швеции и Дании, стремился обеспечить свою внутреннюю безопасность от происков тех, кого называли "чужеземными заговорщиками", действующими заодно с "внешними врагами". С этой целью с самого начала военных действий конвент постановил декретом от 1 августа 1793 года арестовывать всех иностранцев – граждан тех стран, с которыми Республика находилась в состоянии войны, проживавших во Франции до 14 июля 1789 года. Закон от 11 июля 1795 года (23 мессидора III года Республики) предусматривал высылку всех иностранцев – граждан враждебных Франции держав и предписывал арестовывать тех из них, кто не выполнил постановление о высылке или отклонился от маршрута, указанного в выданных им паспортах (статья 4). Эти меры показались недостаточно суровыми, и закон от 2 августа 1795 года (15 термидора III года Республики) постановил, что "любой иностранец, который не будет придерживаться статей указанного закона, будет преследоваться как шпион и подвергаться наказанию как таковой", а наказанием за это в то время была смертная казнь. Эти законы можно было классифицировать как "законы гнева", объясняемые тем, что правительство пребывало в "состоянии экзальтации и исключило умеренность из своей программы"¹⁴⁵, так как эти законы противоречили принципам гуманности, торжество которых хотел утвердить конвент.

118. В следующем веке тенденция к коллективной высылке граждан неприятельских государств в случае вооруженного конфликта пошла на убыль. Как писал Ж.-А. Дарю:

"В XIX веке большинство государств, переживших невзгоды войны, не забывая о необходимости обеспечения безопасности страны, по мере возможности стараются смягчить суровость процедур по высылке за пределы своих границ всех индивидуумов, являющихся гражданами неприятельских государств"¹⁴⁶.

119. Так, во время Крымской войны в одном распоряжении, опубликованном в России в 1854 году, гражданам Франции и Англии, находящимся на российской территории, разрешалось жить на ней, как в довоенное время, и обеспечивалась такая же безопасность, какой они пользовались прежде, как для самих этих лиц, так и для их состояния, при условии что они будут соблюдать законы и мирно заниматься своими делами¹⁴⁷. В том же духе во время Итальянской войны 4 мая

¹⁴⁴ См. J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 37, note 1.

¹⁴⁵ См. J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 40; et A. Martini, *op. cit.*, pp. 88 et 89.

¹⁴⁶ См. J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 40; et A. Martini, *op. cit.*, pp. 88 et 89.

¹⁴⁷ См. J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 43; et A. Martini, *op. cit.*, p. 89.

1959 года французское правительство разрешило австрийцам, проживающим во Франции, оставаться в ней до тех пор, пока их поведение "не будет вызывать никаких нареканий"¹⁴⁸. 21 мая 1870 года объявление такого же рода в отношении немцев было опубликовано в одном французском издании ("*Moniteur Officiel*")¹⁴⁹. В 1894 году во время китайско-японской войны правительство Японии разрешило проживающим в Японии китайским гражданам оставаться там на период военных действий, как и в прошлом; и Китай последовал примеру своего противника¹⁵⁰. Таким же образом, в 1897 году во время войны Греции против Османской империи за независимость Крита правительство Греции не приняло никаких мер, направленных на высылку турок, обосновавшихся в Греции, признавая за ними право продолжать проживать в Греции до тех пор, пока их поведение не будет вызывать каких-либо нареканий; однако Турция не поступила таким же образом: одновременно с объявлением войны 18 апреля 1897 года она известила греческое правительство относительно указа Султана о высылке в 15-дневный срок всех греков, проживающих на территории Османской империи¹⁵¹. Также следует отметить, что во время англо-трансваальской войны 1899–1902 годов Трансвааль объявил о решении выслать в течение 48 часов всех англичан, проживавших в Трансваале и в Оранжевом свободном государстве¹⁵².

120. Можно ли на основании этих случаев делать вывод о том, что позиция правительства Турции, в частности, ставила под вопрос общую тенденцию, соблюдаемую в практике государств того времени? Как пишет Мартини,

"несоблюдение Турцией в 1789 году правил международного публичного права вызвало протест посольств великих держав"¹⁵³.

121. Неизвестно, было ли в основе этого правила запрещение коллективных высылки или взаимность коллективной невысылки граждан одного государства, находившегося в состоянии войны против принимающего государства, так как в данном случае оказалось, что Греция соблюдала это правило, а Турция нет. Как бы там ни было, следует отметить, что несмотря на то, что тезис в защиту коллективной высылки иностранцев в случае войны с их страной казался доминирующим, в частности во Франции, стали раздаваться голоса с осуждением мер, носивших "характер мести невинным лицам, которым можно было вменить в вину только беспредметное обвинение в шпионаже"¹⁵⁴.

122. Кстати следует заметить, что во время русско-японской войны 1904–1905 годов, которая имела место позднее вышеуказанных случаев, Япония вела себя

¹⁴⁸ См. А. Мартини, *op. cit.*, p. 88.

¹⁴⁹ J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 43; et А. Мартини, *op. cit.*, p. 89.

¹⁵⁰ По поводу этого случая, связанного с китайско-японской войной XIX века, см. данные, опубликованные Н. Политисом в *Revue générale de droit international public*, 1897, p. 525 et s.; см. также А. Мартини, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵¹ См. J.-A. Darut, *op. cit.*, pp. 44 et 45; et А. Мартини, *op. cit.*, p. 93. Греки, которые не хотели быть высланными, могли остаться в Турции при условии, что они навсегда откажутся от своего греческого гражданства и примут гражданство Турции.

¹⁵² См. А. Мартини, *op. cit.*, p. 94. По поводу этого случая автор считает, что "не пристало осуждать это маленькое государство, которое сегодня уже не существует, которое сражалось с таким героизмом, что даже вызвало восхищение своих противников". Статья в защиту поведения буров в этой войне была опубликована Деспане в *Revue générale de droit international public*, 1900, p. 698.

¹⁵³ А. Мартини, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁴ Fiore, *Nouveau droit international public*, 2^e éd. (trad. de l'Italien par Antoine), t. 3, n° 12, cité par А. Мартини, *op. cit.*, p. 90, note n° 1.

так же, как и во время китайско-японской войны 1894 года по отношению к китайцам: 10 февраля 1904 года министр внутренних дел Японии направил циркуляр территориальным органам власти с предписанием не проявлять враждебности в отношении русских; русским было разрешено проживать на территории Империи, въезжать и выезжать из нее по своему усмотрению. Что касается России, то указом от 14/27 февраля 1904 года она также разрешила японцам мирно продолжать, под защитой законов, свое пребывание и занятие своей деятельностью на российской территории, "за исключением территорий Дальневосточного наместничества"¹⁵⁵.

123. Но следует отметить, что когда эта практика государств была в ходу, доктрина того времени почти единодушно считала обоснованной и соответствующей международному публичному праву коллективную высылку иностранцев, являющихся гражданами неприятельского государства. А. Мартини писал по этому поводу: "Подавляющее большинство авторов легко допускает, что массовая высылка иностранцев, принадлежащих неприятельской нации, является естественным следствием объявления войны"¹⁵⁶. Это, на самом деле, было время, когда с таким же успехом, как Пийе и Нибуайе, которые в большей степени были специалистами частного международного права, два знаменитых специалиста-международника Бонфис и Фоший указывали:

"Массовая высылка в случае войны это акт обороны, совершенно законная мера, имеющая неоспоримую правомочность. Избежать неоправданности от пребывания иностранцев, не допустить провокаций, стычек, которые их присутствие может вызвать среди населения, сделать невозможным занятие опасным и легким шпионажем — все это, естественно, входит в особые меры безопасности, которые государство должно принимать... Каждое государство может проводить массовую высылку подданных противника, хотя они обосновались на территории *bona fide*..."¹⁵⁷.

Пийе, который много писал на эту тему, читая цикл лекций о военном праве для офицерского состава в Гренобле в 1891–1892 годах, говорит, что государство, которое оказывает гостеприимство "значительному числу иностранцев"¹⁵⁸, "будет просто вынуждено уступить настоятельной необходимости выслать этих иностранцев в случае войны против своей родины. Только одно их присутствие само по себе представляет большую опасность"¹⁵⁹.

¹⁵⁵ О русско-японской войне см., в частности, Francis Rey, *La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*, Paris, Pedone, 1907, pp. 230-232; Henry Bonfils et Paul Fauchille, *Manuel de droit international public*, 5^e éd., Paris, Rousseau, 1908, n° 1055; и et A. Martini, op. cit., pp. 92-93.

¹⁵⁶ A. Martini, op. cit., 37.

¹⁵⁷ H. Bonfils et P. Fauchille, op. cit., n° 1055; см. также Bry, *Précis de droit international public*, 5^e éd., p. 515, n° 381; Robert Piédelièvre, *Précis de droit international public*, t. 2, Paris, Pichon, 1894-1895, n° 830; Moore, *Précis de droit international public*, t. 4, p. 68; et Alexandre G. Mérignhac, *Lois et coutumes de la guerre sur terre*, n°25.

¹⁵⁸ Здесь автор отмечает нюансы. По его мнению, имеет место иная ситуация, если речь идет о совсем небольшом числе иностранцев: "Было бы хорошо и без всякого риска, если государство, которое насчитывает у себя незначительное число иностранцев, воздержится от грубого обращения с ними в виде высылки, которая ничем не оправдана; и оно не должно слишком превозносить свое великодушие...": см. M. Pillet, *Le droit de la guerre*, t. 1, p. 97.

¹⁵⁹ Ibid.

124. В британской доктрине существовала аналогичная позиция, которая выражалась в более радикальной форме, как подчеркивалось Специальным докладчиком во Втором докладе о высылке иностранцев¹⁶⁰.

125. В последнее время в войне между Эфиопией и Эритреей в 1998 году также практиковалась высылка граждан неприятельского государства. Как уже отмечалось во Втором докладе, Комиссия по рассмотрению претензий двух стран, опираясь на доктрину, изложенную в курсе Л. Оппенгейма "Международное право", подчеркнула, что международное гуманитарное право дает воюющим сторонам большие полномочия в вопросе высылки граждан неприятельского государства со своей территории во время конфликта¹⁶¹. Комиссия вынесла следующее решение, не подлежащее обжалованию:

"Эфиопия могла на законном основании выслать этих лиц в качестве граждан неприятельской воюющей стороны, хотя она была обязана обеспечить им защиту в соответствии с четвертой Женевской конвенцией и другими действующими международными гуманитарными законами"¹⁶².

126. Следует подчеркнуть, что эта "норма" не четко прописана в обычном международном праве. В отличие от авторов, с необоснованной уверенностью говорящих "об обычном праве государства высылать всех граждан неприятельской стороны в начале конфликта"¹⁶³, надо хорошо понимать, что практика в этом вопросе весьма неоднозначна. К тому же она не может найти, вопреки тому, что можно было полагать, обоснование в международном гуманитарном праве. Кроме того, соответствующие положения Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 года¹⁶⁴, именуемой выше "Конвенция IV", утверждают обратное.

Во-первых, в пункте 1 статьи 27, открывающей часть I, озаглавленную "Положения, общие для территорий сторон, находящихся в конфликте, и для оккупированных территорий", говорится:

"Покровительствуемые лица имеют право при любых обстоятельствах на уважение к их личности, чести, семейным правам, религиозным убеждениям и обрядам, привычкам и обычаям. С ними будут всегда обращаться гуманно, и, в частности, они будут охраняться от любых актов насилия или запугивания, от оскорблений и любопытства толпы".

А гражданские лица входят в число покровительствуемых лиц в толковании Конвенции.

¹⁶⁰ См. документ A/CN.4/573, стр. 30, пункт 112.

¹⁶¹ Там же, pp. 35-36, par. 114.

¹⁶² См. решение от 17 декабря 2004 года Постоянного арбитражного суда в Гааге, Комиссия по рассмотрению претензий между Эритреей и Эфиопией, *Sentence partielle, Mauvais traitements des populations civiles, Réclamations de l'Erythrée* n^{os} 15, 16, 23 & 27-32, La Haye, 17 décembre 2004, par. 82.

¹⁶³ Комиссия по рассмотрению претензий между Эритреей и Эфиопией в примечании 27 (пункт 81) Решения от 17 декабря 2004 года (см. выше предыдущее примечание) ссылается в этом вопросе на: «Gerald Draper, THE RED CROSS CONVENTIONS, pp. 36-37 (1958), *quoted in* 10 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, p. 274 (Marjorie Whiteman ed., 1968) (citing "the customary right of a state to expel all enemy aliens at the outset of a conflict")».

¹⁶⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, no 973, p. 287.

Во-вторых, в части II под названием "Иностранцы на территории находящейся в конфликте стороны" статья 38 предписывает, что "положение покровительствуемых лиц будет в принципе продолжать регулироваться правилами, касающимися обращения с иностранцами в мирное время". В статье 40 уточняется, что если покровительствуемые лица "являются гражданами противника, их могут заставить выполнять только работу", — затем в статье приводится перечень этих работ, — "не имеющую непосредственного отношения к ведению военных действий". Будучи принужденными работать "только в той степени, что и" граждане находящейся в конфликте стороны, на территории которой они находятся, они, как и все прочие покровительствуемые лица, "приравниваются по условиям работы и гарантиям к рабочим данной страны".

127. Из этих положений можно сделать вывод, что правовой режим "гражданских покровительствуемых лиц в военное время" имеет общее и недискриминационное применение, защищая одинаковым образом гражданские лица данной страны и гражданские лица иностранного происхождения, независимо от того являются последние или нет гражданами неприятельского государства или третьего государства в вооруженном конфликте. Именно исходя из этого, проанализировав положения статьи 41 о принудительном поселении и интернировании, можно было записать "только качество гражданина неприятельского государства не может служить весомым критерием для обоснования интернирования"¹⁶⁵.

128. Не менее показательным, что в монументальном научном труде по международному обычному праву¹⁶⁶, выполненном под эгидой Международного комитета Красного Креста (МККК), из 160 перечисленных в нем правил нет ни одного правила о коллективной высылке иностранцев — граждан неприятельского государства в случае вооруженного конфликта. Если не считать Правило 103, которое гласит: "Коллективные наказания запрещены". Приравнивая *quod pop* высылку к "наказанию", или, точнее, к санкции, это положение можно было рассматривать как правило о коллективной невысылке иностранцев, о которых здесь идет речь.

129. Конечно, различие между высылкой в мирное время и высылкой в военное время кажется обоснованным, во всяком случае оно установлено как в теории, так и на практике, как утверждают авторы курса Л. Оппенгейма "Международное право". Но эти же авторы более конкретно ссылаются при этом на право государства "высылать всех граждан неприятельского государства, проживающих или временно находящихся на его территории"¹⁶⁷. Трудно сказать, что Комиссия по рассмотрению претензий между Эритреей и Эфиопией руководствовалась этим соображением. Вместе с тем эта идея вполне соответствует условию, связываемому в практике вышеуказанных государств в области коллективной высылки иностранцев — граждан неприятельского государства с мерой или декларацией о невысылке: соответствующие иностранные граждане могли продолжать жить в государстве, воюющем против их страны, и пользоваться необходимой защитой, при условии что они будут там жить мирно и не давать никакого повода для нареканий.

¹⁶⁵ См. Oji Umzurike, "Protection des victimes des conflits armés", in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pedone/Institut Henry Dunant/UNESCO, 1986, p. 224.

¹⁶⁶ См. Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I: Règles générales*, Bruylant/CICR, 2006.

¹⁶⁷ См. *Oppenheim's International Law*, op. cit., par. 413, pp. 940 et 941.

130. Суммируя как категоричные, так и более мягкие формулировки, высказываемые по этой проблеме, которая дебатруется начиная почти с XVIII века, можно с уверенностью сделать один вывод: надо подходить к ней с большой осторожностью, в свете развития международного права и современных основных принципов. В связи с этим возникает ряд вопросов: какой из интересов государства и интересов индивидуумов, даже граждан неприятельского государства, должен превалировать? Коллективный интерес воюющего государства в отношении своей безопасности или личный, но не менее важный, интерес иностранца, предполагаемого "врага" данного государства? Возможно ли примирить эти два внешне противоположные требования?

131. Именно на эти вопросы надо найти ответ в настоящее время, и совершенно верно, как считает Специальный докладчик, что право высылки граждан неприятельского государства сегодня может рассматриваться только в свете развития международного права и основополагающих принципов прав человека. Вместе с тем философия прав человека и современное международное право не позволяют коллективно подвергать иностранцев, составляющих группу граждан неприятельского государства, независимо от характера этой группы, суровым испытаниям ситуацией, к которой они не имеют никакого отношения, только по той причине, что они являются гражданами данного государства. Нельзя использовать высылку в качестве превентивного оружия против неприятельского государства или ответной меры за счет мирных иностранцев, далеких от целей войны, к которой они, порой, не испытывают никакой симпатии.

132. В общем, оказывается, что: i) никакая норма международного права не требует от воюющего государства позволять гражданам неприятельского государства оставаться на своей территории¹⁶⁸, но при этом никакая норма не налагает на данное государство обязательств высылать их; ii) коллективная высылка иностранцев — граждан неприятельского государства практикуется государствами, хотя и в разной степени, и находит поддержку в большинстве теоретических работ прошлого и современности; iii) как на практике, так и в теории принято считать, что такая высылка должна предприниматься только в отношении иностранцев, проявляющих враждебность к принимающему государству, воюющему против их страны. Из этого следует *a contrario*, что иностранцы — граждане неприятельского государства, которые мирно проживают в принимающем государстве и не дают последнему никаких оснований на них жаловаться, не могут быть объектами коллективной высылки; их высылка должна подчиняться общему праву высылки в мирное время, так как отсутствие враждебности с их стороны ставит их вне исключительного положения, создаваемого войной с государством, гражданами которого они являются. В данном случае трудно полностью разделить точку зрения, согласно которой "государство, тем не менее, может быть оправдано при высылке такой группы, несмотря на личное поведение ее членов, если безопасность и существование высылающего государства будут при этом поставлены под угрозу, например, ...во время состояния войны"¹⁶⁹. Такое положение кажется приемлемым, с точки зрения требований соблюдения в любых обстоятельствах индивидуальных прав индивида, только в том случае, если указанные иностранцы, как группа

¹⁶⁸ См. Lord Mc Nair et A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 76.

¹⁶⁹ Karl Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, vol. 8, p. 16.

в целом, занимаются деятельностью или демонстрируют поведение, враждебное или опасное для принимающего государства.

133. Проведенный выше анализ позволяет предложить следующий проект статьи:

– *Проект статьи 7: Коллективная невысылка*

1. Коллективная высылка иностранцев, в том числе трудящихся-мигрантов и членов их семей, запрещается. Вместе с тем государство может высылать по совокупности членов группы иностранцев при условии, что мера высылки будет приниматься после тщательного и объективного изучения индивидуального положения каждого из иностранцев, которые образуют группу.

2. Под коллективной высылкой понимается действие или поведение, которым государство принуждает группу иностранцев покинуть свою территорию.

3. Иностранцы – граждане государства, вовлеченного в вооруженный конфликт, не могут являться объектами мер коллективной высылки, если они, как группа в целом, не проявляют враждебности по отношению к принимающему государству.
