



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
9 July 2010
Russian
Original: French

Комиссия международного права

Шестидесят вторая сессия

Женева, 3 мая — 4 июня и

5 июля — 6 августа 2010 года

Шестой доклад о высылке иностранцев

Подготовлен Специальным докладчиком Морисом Камто

Добавление

Содержание

	<i>Стр.</i>
III. Процессуальные нормы, применимые к иностранцам, находящимся на территории какого-либо государства на законных основаниях (<i>продолжение</i>)	
A. Замечания общего порядка	
B. Характер разбирательства	
C. Процессуальные гарантии	
1. Процессуальные гарантии в международном и внутреннем праве	
2. Процессуальные гарантии в рамках правопорядка, установленного Европейским сообществом	
D. Исполнение решения о высылке	4
1. Добровольное исполнение	4
2. Принудительное исполнение	4
3. Условия возвращения высылаемого лица	5
a) Сопроводительные меры в вопросе возвращения	5
b) Соблюдение основных прав высылаемого лица во время возвращения	7
Проект статьи D1. Возвращение подлежащего высылке иностранца в государство назначения	11

A/CN.4/625/Add.1



IV.	Средства защиты против решения о высылке	12
A.	Правооснование в международном праве и во внутреннем праве	12
B.	Последствия средств судебной защиты для решения о высылке	25
1.	Сроки рассмотрения средств защиты	25
2.	Приостановительное действие средств правовой защиты	25
C.	Способы правовой защиты против судебного решения о высылке	28
V.	Отношения между высялающим государством и государствами транзита и назначения	30
A.	Свобода принимать или не принимать высялаемого иностранца	30
1.	Принцип	30
2.	Ограничение: право каждого лица возвращаться в свою собственную страну	31
a)	Общее правило	31
b)	Особый случай беженцев	34
B.	Выбор государств назначения	36
1.	Свобода высялаемого лица выбирать государство назначения	36
2.	Осуществление выбора государства назначения высялающим государством вместо высялаемого лица	37
C.	Государство, способное принять высялаемого иностранца	39
1.	Формирование и закрепление концепции «безопасных стран»	39
2.	Государство назначения	42
a)	Государство гражданства	43
b)	Государство постоянного проживания	46
c)	Государство выдачи паспорта	46
d)	Государство посадки на борт	47
e)	Государство-участник договора	49
f)	Государства, соглашающиеся принять иностранцев, и другие государства	51
D.	Высылка иностранца в государство, которое не обязано его принимать	54
	Проект статьи E1. Государство назначения высялаемого иностранца	55
E.	Государство транзита	56
	Проект статьи F1. Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита	56

Часть третья. Юридические последствия высылки	57
VI. Права высланного иностранца	57
A. Защита права собственности и других сходных интересов высланного иностранца	57
1. Запрещение высылки в целях конфискации	57
2. Защита имущества иностранцев, даже высланных на законных основаниях	60
3. Права собственности и другие сходные интересы	62
Проект статьи G1. Защита имущества подлежащего высылке иностранца	68
B. Право на возвращение в случае незаконной высылки	68
Проект статьи H1. Право на возвращение в высялающее государство	71
VII. Ответственность высялающего государства за незаконную высылку	72
A. Подтверждение принципа ответственности высялающего государства	72
B. Право на дипломатическую защиту высялаемого лица	75
C. Доказывание незаконной высылки	78
D. Возмещение вреда, причиненного в результате незаконной высылки	79
1. Основание для возмещения	80
2. Формы возмещения	80
a) Реституция	80
b) Компенсация	81
i) Формы компенсируемого вреда	81
a. Материальный вред	81
b. Моральный вред	82
c. Возникновение особого случая причинения вреда в виде нарушения жизненных планов	83
ii) Форма компенсации	84
c) Сатисфакция	86
Проект статьи I1. Ответственность государства в случае неправомерной высылки	88
Проект статьи J1. Дипломатическая защита	88

III. Процессуальные нормы, применимые к иностранцам, находящимся на территории какого-либо государства на законных основаниях (продолжение)

D. Исполнение решения о высылке

1. Исполнение решений о высылке вызывает целый ряд проблем. Государства стремятся как обеспечить эффективность, так и необходимое соблюдение основных прав лица, в отношении которого вынесено решение о высылке, а также международных конвенций, участниками которых они являются. Если акт о высылке не будет отменен или оспорен в суде, соответствующее лицо в этом случае обязано покинуть территорию высылающего государства. Законодательство большинства государств добавляет к этому обязательству покинуть территорию запрет на нее возвращаться. В частности, речь идет о следующих государствах: Бельгия, Германия, Дания, Испания, Камерун, Соединенное Королевство¹.

1. Добровольное исполнение

2. Добровольное возвращение высылаемого иностранца позволяет оптимальным образом обеспечить уважение человеческого достоинства, и в административном плане является наиболее простой процедурой. Речь идет о процессе высылки, когда ее осуществление обсуждается между высылающим государством и иностранцем, на которого распространяется эта мера. В 2005 году Комитет министров Совета Европы подчеркнул желательность такого добровольного возвращения, указав, что «принимаящее государство должно осуществлять меры, стимулирующие добровольное возвращение, что предпочтительнее, чем возвращение силой»². В этой же связи Комиссия европейских сообществ в своем предложении по поводу директивы о возвращении от 1 сентября 2005 года отметила, что решение о возвращении должно предусматривать «надлежащий срок для добровольного отъезда продолжительностью до четырех недель, если только нет оснований полагать, что в течение установленного срока лицо может скрыться»³.

2. Принудительное исполнение

3. Принудительная высылка происходит в том случае, когда высылаемый иностранец отказывается покинуть территорию добровольно, например оказывая физическое сопротивление или выбирая неприемлемую страну назначения. Как заявила Парламентская ассамблея Совета Европы, принудительная высылка «может касаться лишь лиц, оказывающих открытое и упорное сопротивление и... ее можно избежать посредством проведения продуманной сопроводительной подготовительной работы для отъезда в контексте индивидуального

¹ Источник: Documents de travail du Sénat français (série législation comparée), *L'expulsion des étrangers en situation irrégulière*, n° LC 162, avril 2006.

² Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, 925^e réunion des délégués des ministres, 4 mai 2005, documents du Conseil des ministres, CM(2005) 40 final, 9 mai 2005.

³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005) 391 final.

подхода и последующих мер»⁴. Срыв возвращения может быть обусловлен не отказом соответствующего лица подчиниться приказу о высылке, а отказом государства назначения принять это лицо, в частности его государства происхождения осуществить реадмиссию. Для облегчения реадмиссии Европейский союз заключает двусторонние соглашения с третьими государствами. Кроме того, возвращение иногда требует сотрудничества со стороны одного или нескольких государств, называемых государствами транзита. В этой связи Союз пытается также принять свод норм в этой области.

4. В своих руководящих принципах относительно принудительного возвращения иностранцев с неурегулированным статусом, принятых в мае 2005 года, Комитет министров Совета Европы напомнил, что «если государством возвращения не является государство происхождения, решение о выдворении с территории должно приниматься лишь в том случае, когда власти принимающего государства в разумных пределах убеждены в том, что государство возвращения не вышлет это лицо в третье государство, где оно может подвергнуться настоящей опасности [смерти или плохого обращения]»⁵.

3. Условия возвращения высылаемого лица

5. Недостаточно просто того, чтобы решения о высылке, принимаемые в отношении иностранцев, были законными, необходимо также, чтобы они исполнялись при соблюдении определенных правил. Как уже отмечалось ранее, осуществление высылки может потребовать принятия «сопутствующих мер»⁶.

а) Сопроводительные меры в вопросе возвращения

6. Для обеспечения беспрепятственного возвращения высылаемого лица в страну назначения необходимо учитывать ряд положений. В большинстве случаев высылка осуществляется воздушным путем. Международные конвенции в области авиации содержат конкретные положения, которые могут применяться к ряду особых ситуаций или к определенной категории лиц, например к высылкаемым лицам. В приложении 9 к Чикагской конвенции о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 года⁷ содержатся положения о лицах без права на въезд и депортируемых лицах. В этих положениях установлены обязательства договаривающихся государств. Рейс, выбранный высылающим государством, по возможности должен быть прямым беспосадочным рейсом. До вылета это государство должно информировать высылкаемое лицо о государстве

⁴ Рекомендация № 1547 (2002) Парламентской ассамблеи Совета Европы от 22 января 2002 года относительно процедур выдворения, соответствующих требованиям прав человека и выполняемых с соблюдением норм безопасности и человеческого достоинства.

⁵ *Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé*, op. cit., principe n° 2. При принятии этого решения представитель Соединенного Королевства заявил, что его правительство сохраняет за собой право соблюдать или не соблюдать этот руководящий принцип.

⁶ A.-B. BA, *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, 1995, 930 pages, p. 610.

⁷ Текст имеется на официальном сайте Международной организации гражданской авиации: <http://www.icao.int/>. См. также издание "Convention on international civil aviation, signed at Chicago on 7 December 1944", S.I., coll. ICAO 7300, 49 p.; а также "Convention on international civil aviation: élaboration et coordination des annexes techniques à la Convention", S.I., coll. ICAO 7300, 1951.

назначения. Для безопасности полета высылающее государство должно определить, должно ли возвращение осуществляться с сопровождением или без такового. Для этих целей необходимо дать оценку тому, позволяет ли состояние здоровья и физическое и психическое состояние лица отправить его воздухом, соглашается или не соглашается это лицо с таким отправлением и оказывает или оказывало ли оно сопротивление. Высылающее государство должно предоставить авиакомпании-перевозчику эти сведения, а также указать фамилии и гражданство сопровождающих.

7. Во время полета должно соблюдаться достоинство высылаемого иностранца. В случае полета с остановками Чикагская конвенция потребует, чтобы договаривающиеся государства обеспечивали, чтобы сопровождающий оставался «при депортируемом лице вплоть до конечного пункта назначения, если полномочными органами и соответствующим эксплуатантом в месте транзита до прибытия не согласован приемлемый альтернативный план». Кроме того, государства должны выдавать проездные документы, необходимые для возвращения их собственных граждан, поскольку, если они откажутся это делать или если они иным образом будут возражать против возвращения, эти лица окажутся апатридами⁸. Положения Токийской конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, 1963 года⁹ применяются в случае, когда лицо, которое может быть высылаемым иностранцем, нарушает своими действиями безопасность полета¹⁰. Согласно этой конвенции, когда находящееся на борту лицо совершило или намеревается совершить преступление или деяние, которое может нарушить порядок или безопасность на борту воздушного судна или других пассажиров, командир может принимать в отношении такого лица ограничительные меры для обеспечения безопасности и дисциплины на борту судна¹¹. Он может также высадить такое лицо или передать его компетентным органам¹².

8. До посадки воздушного судна, перевозящего высылаемое лицо, на территории какого-либо государства командир должен предупредить указанное государство о присутствии на борту такого лица. Договаривающиеся государства должны дать разрешение и оказать помощь командиру воздушного судна, зарегистрированного в другом договаривающемся государстве, в вопросе высадки

⁸ Следует отметить, что число незаконных иммигрантов по-прежнему не облегчает состояние дел. Они перемещаются без удостоверений личности и проездных документов (паспортов) и не позволяют высылающему государству с точностью определить их государство гражданства; или же они указывают государство, которое предпочитают, однако с которым у них нет никакой связи в виде гражданства, ставя в затруднительное положение указанное государство, которое в этой связи оказывается обязанным принимать лиц, которые не являются его гражданами и которые не удовлетворяют условиям для въезда и пребывания на его территории.

⁹ Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, подписанная в Токио 14 сентября 1963 года. На французском языке эта конвенция была опубликована в 1963 году: “Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963”, Montréal, Québec: OACI, 1963, 13 pages. По поводу этой конвенции см. P. Richard, *La Convention de Tokyo. Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, Lausanne, Pont frères, 1971, 240 pages.

¹⁰ Эта конвенция не применяется к воздушным судам, используемым на военной, таможенной или полицейской службах.

¹¹ Пункт 1 статьи 6 Токийской конвенции.

¹² Там же.

такого лица. Однако договаривающееся государство может в силу своего законодательства, касающегося въезда и допуска на его территорию иностранцев, отказать такому лицу во въезде на свою территорию¹³.

9. В Европейском союзе Совет и Европейский парламент в 2002 году приняли регламент, касающийся введения общих правил в области безопасности гражданской авиации¹⁴. Этот регламент предусматривает проведение мер безопасности в отношении пассажиров, которые могут причинить беспокойство, при этом определение таким пассажирам не дается. В целях упрощения, согласования и уточнения таких правил и повышения уровня безопасности Совет в 2006 году предложил отменить указанный регламент¹⁵. Без ущерба для положений Токийской конвенции 1963 года новый текст должен был, в частности, касаться «мер безопасности, применимых на борту воздушных судов, или во время полета авиаперевозчиков Сообщества». «Пассажиром, который может причинить беспокойство», считается пассажир, который является либо высылаемым лицом, которое считается иммиграционными властями лицом, не имеющим права на въезд, или же лицом, в отношении которого имеется судебное постановление¹⁶. При этом уточняется, что в отношении таких пассажиров должны быть приняты надлежащие меры безопасности до отправления воздушного судна и во время полета¹⁷.

в) Соблюдение основных прав высылаемого лица во время возвращения

10. Во время переезда в государство назначения должны соблюдаться основные права и достоинство высылаемых лиц. Нередки случаи, когда во время возвращения люди умирали. В докладе, опубликованном 10 сентября 2001 года, Комиссия по вопросам миграции, беженцев и демографии Совета Европы сообщила о случаях насилия, плохого обращения и смерти, которые имели место применительно к многочисленным иностранцам в ходе их высылки из европейских стран¹⁸. То же самое, в частности, касается введения медицинских препаратов и избиения, жертвами которых становятся высылаемые

¹³ Пункт 2 статьи 15 Токийской конвенции.

¹⁴ Регламент (СЕ) № 2320/2002 Европейского парламента и Совета от 16 декабря 2002 года о введении общих правил в области безопасности гражданской авиации, *Journal officiel des communautés européennes*, n° L 355 du 30 décembre 2002, p. 1. Этот регламент был принят после преступных деяний, совершенных в Соединенных Штатах 11 сентября 2001 года. В него были внесены изменения регламентом (СЕ) № 849/2004 Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года, изменяющим регламент (СЕ) № 2320/2002 о введении общих правил в области безопасности и гражданской авиации, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 158 du 30 avril 2004, p. 1; rectificatif au *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 229 du 29 juin 2004, p. 3.

¹⁵ Общая позиция (СЕ) № 3/2007, установленная Советом 11 декабря 2006 года с целью принятия регламента (СЕ) Европейского парламента и Совета о введении общих правил в области безопасности гражданской авиации и отменяющая регламент (СЕ) № 2320/2002, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 70E du 27 mars 2007, p. 21.

¹⁶ Для целей пункта 18 статьи 3 проекта регламента.

¹⁷ В отношении правил перевозки в Европе см. например, L. Grard (dir.), *L'Europe des transports*, actes du Colloque d'Agén, 7-8 octobre 2004, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Paris, *La documentation française*, 2005, 857 pages.

¹⁸ Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, document 9196.

лица¹⁹. В период с 1998 по 2001 год в результате такого обращения погибли 10 иностранцев во время их высылки из Австрии, Бельгии, Германии, Италии, Франции и Швейцарии²⁰. Получив сообщения о таком положении от целого ряда неправительственных организаций, включая организацию «Международная амнистия», Парламентская ассамблея Совета Европы обратила внимание на такое состояние дел государств — членов Совета Европы²¹. Судя по всему, эти серьезные инциденты обусловлены применением насильственных и опасных методов со стороны лиц, ответственных за исполнение решений о высылке²² и персонала компаний-перевозчиков. Так, как отметила Ассамблея Европейского союза, риск плохого обращения существует не только, когда иностранцы ожидают высылки²³, он также возможен в ходе осуществления этой меры во время транспортировки на самолете или судне, а также по прибытии в государство назначения²⁴. Европейский суд признал «огромные трудности, с которыми сталкиваются в наше время государства для защиты своего населения от террористического насилия»²⁵, однако считает, что применение физической силы «должно быть строго обусловлено соответствующим поведением» подозреваемого или обвиняемого в таком деянии лица²⁶. В 2001 году Комиссар по правам человека рекомендовал, чтобы «сотрудники служб иммиграции или сопровождения проходили надлежащую подготовку с целью сведения к минимуму риска насилия»²⁷.

11. Парламентская ассамблея также отметила, что полицейские силы и силы безопасности, как правило, не имеют подготовки для выполнения этих обязан-

¹⁹ Н. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, p. 34.

²⁰ Рекомендация 1547/2002 Парламентской Ассамблеи Совета Европы от 22 января 2002 года относительно процедур выдворения, соответствующих требованиям прав человека и выполняемых с соблюдением норм безопасности и человеческого достоинства.

²¹ Там же, последующие события, согласно замечаниям и предложениям этой Парламентской ассамблеи, взяты из диссертации А.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., p. 395 et suiv.

²² На практике вопросами подготовки и осуществления высылки занимаются специализированные подразделения по поддержанию порядка: пограничная полиция в Германии и Франции, полиция по делам иностранцев в Греции и Нидерландах, силы безопасности в Австрии (источник: Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, op. cit.).

²³ Рекомендация № 1547 (2002) Парламентской Ассамблеи Совета Европы, указ. соч.

²⁴ Там же.

²⁵ Европейский суд по правам человека, решение от 12 мая 2005 года, *Окалан против Турции*, пункт 179. В данном случае заявитель был силой переправлен из Кении в Турцию на самолете. Во время полета ему ввели успокоительное, надели наручники и повязку на глаза.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche*, par. 38, série A, n° 336, cité par Н. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 34.

²⁷ Рекомендация Комиссара по правам человека Совета Европы от 19 сентября 2001 года относительно прав иностранцев, желающих въехать на территорию государств — членов Совета Европы, и исполнения решений о высылке, CommDH/Rec(2001) 1, point 16.

ностей²⁸. По ее мнению, сопровождающие лица, в частности, должны быть информированы о средствах принуждения, которые могут быть применены. В этой связи Ассамблея предложила Комитету министров Совета Европы учредить рабочую группу для разработки основных направлений надлежащего поведения в отношении процедур высылки, с тем чтобы сориентировать государства в плане принятия национальных норм в этой области. Совет министров принял 20 руководящих принципов по вопросу о принудительном возвращении²⁹. Хотя он не возражает против применения различных форм принуждения в отношении высланного лица, единственными приемлемыми формами он считает те, которые «строго соразмерны реальному сопротивлению» со стороны этого лица. Эти руководящие принципы были разработаны совместно с Европейским комитетом по предупреждению пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (КПП)³⁰. Этот комитет признает, что выдворение иностранца представляет собой «трудную задачу»³¹ и что применение силы иногда неизбежно. Вместе с тем он полагает, что «применяемая сила должна ограничиваться сугубо необходимым уровнем; конкретнее говоря, было бы совершенно неприемлемо, если бы лица, подлежащие выдворению, подвергались физическому воздействию, с тем чтобы заставить их подняться на борт транспортного средства или наказать их за то, что они этого не сделали»³². Что касается выдворения с территории воздушным путем, то КПП отметил, что явный риск плохого обращения связан не только «с подготовительным этапом выдворения», но также «с этапом собственно полета»³³. Он указал, что риск возникает в момент, когда высланый иностранец выходит из места содержания, поскольку бывает так, что сопровождающие лица применяют раздражающий газ или обездвиживают высланного, с тем чтобы надеть наручники. Кроме того, КПП отметил, что риск существует и в случае, когда иностранец, помещенный на борт самолета, отказывается садиться или оказывает сопротивление сопровождающим лицам. Поэтому было рекомендовано, чтобы сопровождающие лица выбирались «самым тщательным образом и обладали специальной соответствующей подготовкой, с тем чтобы свести к минимуму риск плохого обращения»³⁴. Кроме того, он предложил государствам установить системы контроля и/или наблюдения за этими действиями по принудительному выдворению. В этом случае необходимо будет регистрировать используемые средства принуждения и имевшие место инциденты³⁵.

²⁸ Рекомендация № 1547 (2002) Парламентской ассамблеи Совета Европы от 22 января 2002 года относительно процедур выдворения, соответствующих требованиям прав человека и выполняемых с соблюдением норм безопасности и человеческого достоинства.

²⁹ *Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé*, *op. cit.*

³⁰ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, quinzième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} août 2004 au 31 juillet 2005, 22 septembre 2005, CPT/Inf (2005) 17.

³¹ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, septième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996, 22 août 1997, CPT/Inf (97) 10 FR, par. 35.

³² *Ibid.*

³³ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, treizième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 juillet 2003, 10 septembre 2003, CPT/Inf (2003) 35, par. 31.

³⁴ *Ibid.*, par.42.

³⁵ *Ibid.*, par. 44 et 45.

12. Кроме того, Комиссар по правам человека выразил мнение, что должно быть запрещено применение средств, которые могут вызвать асфиксию, — подушек, пластырей, кляпов, противогазов и медицинских препаратов или уколов без разрешения врача³⁶. Комиссар также запрещает использование наручников при взлете и посадке, когда высылка осуществляется воздушным путем. В том же русле Комиссия европейских сообществ полагает, что, даже когда лицо оказывает физическое сопротивление в ходе его высылки, должна быть возможность его выдворения, и признает, что иногда без принудительных мер не обойтись³⁷. В то же время она считает, что принудительные меры должны применяться с учетом физической неприкосновенности, а также психического состояния иностранца. Она предложила использовать руководящие указания Международной ассоциации воздушного транспорта/Рабочей группы по контрольным органам (ИАТА/РГКО)³⁸. Цель ИАТА заключается в том, чтобы вооружить государства руководством по передовой практике в отношении высылки, осуществляемой на коммерческих рельсах, при соблюдении приложения 9 к Конвенции о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 года. В нем установлены правила сотрудничества между перевозчиками и соответствующими государствами³⁹. Кроме того, предпочтение отдается прямым перелетам, а в случае транзита рекомендуется, чтобы сопровождающий оставался с соответствующим лицом и чтобы время ожидания было максимально коротким⁴⁰. Кроме того, пилот, которому сообщают о присутствии одного или нескольких выслаемых и возможном сопровождении, может отказаться брать на борт определенных лиц, которые должны быть выдворены по причинам безопасности⁴¹. В частности, пилот должен объективно обосновать свое решение поведением этих лиц в момент, когда они осуществляли посадку или после посадки⁴².

13. Должно обеспечиваться соблюдение не только достоинства выслаемого лица. В ходе осуществления меры по выдворению выслаемого иностранца должна также быть обеспечена безопасность других пассажиров. Комитет министров Совета Европы по этому поводу заявил, что необходимо гарантировать «такой же уровень безопасности для других пассажиров и членов экипажа, что

³⁶ Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux droits de l'homme, op. cit., n° 1765, point 17.

³⁷ Сообщение Комиссии Совету и Европейскому парламенту от 14 октября 2002 года, указ. соч. См. также пункт 1 статьи 10 проекта директивы Европейского парламента и Совета от 1 сентября 2005 года относительно общих норм и процедур, применимых в государствах-членах. В целом см. A.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., p. 395 et 396.

³⁸ ИАТА/РГКО, руководящие указания по депортации и сопровождению, октябрь 1999 года, пересмотрены без изменений в мае 2003 года. В руководящих указаниях выдворяемое лицо определяется как лицо, которое законно или незаконно въехало на территорию какого-либо государства и которому власти этого государства приказали покинуть его территорию (пункт 2.1).

³⁹ Например, руководящие указания предусматривают, что выслаемое государство должно сообщить перевозчику фамилию, возраст, гражданство выслаемого лица; государство назначения и фамилии и гражданство сопровождающих (пункт 3.4).

⁴⁰ ИАТА/РГКО, руководящие указания по депортации и сопровождению, loc. cit., пункт 3.6, 4.6 и 8.7.

⁴¹ Ibid., par. 1.2 et 3.10.

⁴² Ibid., par. 8.5.

и для него самого»⁴³. В своих руководящих указаниях ИАТА/РГКО отмечает, что до применения к высылаемым мер физического усмирения эти лица должны быть самым тактичным образом посажены на борт⁴⁴.

14. Как было показано, меры, которые должны приниматься во время перевозки высылаемого иностранца в государство назначения, вытекают либо из Конвенции о международной гражданской авиации и Конвенции о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов, либо из предложений, сделанных на Парламентской ассамблее Совета Европы на основе зафиксированных покушений на права человека и права высылаемого лица во время его выдворения, в частности покушений на его человеческое достоинство. Отмеченные в этой связи недостатки носят иногда весьма серьезный характер, поскольку в отдельных случаях приводят к гибели этих лиц. Между тем Специальный докладчик не считает, что есть нужда разрабатывать конкретный проект статьи, касающийся защиты прав человека соответствующих лиц на этой стадии процесса высылки, даже в порядке прогрессивного развития. Он полагает, что необходимая защита в данном случае охватывается общим обязательством обращаться с высылаемым иностранцем с достоинством и защищать его права человека, которое закреплено в проектах статей 8 и 9, первоначально предложенных в пятом докладе Комиссии (A/CN.4/611) и впоследствии отправленных Комиссией в Редакционный комитет в том виде, в каком они были заново сформулированы Специальным докладчиком в документе A/CN.4/617. Осуществление этого обязательства может потребовать, например, применения руководящих указаний по высылке и сопровождению, которые были разработаны ИАТА/РГКО и о которых говорилось выше. В то же время, учитывая, что этот вопрос заслуживает самого пристального внимания, поскольку именно на этой стадии высылки обычно имеет место насилие в отношении соответствующих лиц, ниже предлагается проект статьи общего характера в отношении условий возвращения высылаемого лица в государство назначения со ссылкой на соответствующие международные документы:

Проект статьи D1. Возвращение подлежащего высылке иностранца в государство назначения

1. **Высылающее государство способствует добровольному исполнению иностранцем, подлежащем высылке, решения о высылке.**
2. **В случае принудительного исполнения решения о высылке высылающее государство принимает необходимые меры для обеспечения, насколько это возможно, беспрепятственной перевозки подлежащего высылке иностранца в государство назначения при соблюдении норм международного права, в частности касающихся воздушной перевозки.**
3. **Во всех случаях высылающее государство предоставляет подлежащему высылке иностранцу соответствующий срок для подготовки к отъезду, за исключением случаев, когда есть основания полагать, что данный иностранец может в течение предоставленного срока скрыться.**

⁴³ Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit.

⁴⁴ IATA/CAWG, Guidelines on Deportation and Escort, loc. cit., par. 6.4.

15. Если положения пунктов 1 и 2 этого проекта статьи представляют собой кодификацию, поскольку вытекают, в частности, из универсальных международных документов в области воздушных перевозок, включая руководящие указания ИАТА/РГКО в вопросе высылки и сопровождения, то положения пункта 3 относятся к прогрессивному развитию международного права: с одной стороны, в них выражена забота о защите прав лица, подлежащего высылке, а с другой — они находят поддержку в директиве 2008/115/ЕС Европейского союза от 16 декабря 2008 года, при этом нельзя сказать, что она укоренилась в общем международном праве.

IV. Средства защиты против решения о высылке

A. Правооснование в международном праве и во внутреннем праве

16. В добавлении 1 к шестому докладу Специального докладчика (A/CN.4/625/Add.1) право подлежащего высылке иностранца на эффективные средства защиты как одна из процессуальных норм было кратко затронуто в рамках более широкого права — оспаривать решение о высылке. В настоящей главе мы более широко рассмотрим это право на средства защиты: с одной стороны, чтобы установить его правооснование как в международном праве, так и во внутреннем праве государств, а с другой — чтобы изучить его последствия для решения о высылке, а также те возможности, которые имеются у иностранца для его полной реализации.

17. В своем «Проекте регламента о высылке иностранцев», представленном Л.-Ж.-Д. Феро-Жиро в 1891 году на сессии Гамбургского института международного права, исследовательская комиссия, созданная для изучения права допуска и высылки иностранцев, указала, что «каждое государство... устанавливает гарантии и те средства защиты, которые распространяются на эту меру... [и] не может... отказаться от права на прямой иск, достаточный для удовлетворения справедливых притязаний, и тем самым освободиться от лежащей на нем ответственности согласно международному публичному праву удовлетворять эти притязания... Государство может обеспечивать действие актов о высылке посредством распространения на выслаемого, который с ним не согласен, преследований... и мер наказания, по истечении действия которых выслаемый будет силой принужден покинуть территорию»⁴⁵.

18. В общем иностранцы, подлежащие высылке, могут требовать для себя гарантий, предусмотренных в международных документах по защите прав человека. По этому поводу статья 8 Всеобщей декларации прав человека 1948 года гласит следующее: «Каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом». На эту же тему статья 13 Европейской конвенции о правах человека гласит: «Каждый человек, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены,

⁴⁵ Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 275 à 282, spécialement p. 279.

имеет право на эффективное средство правовой защиты перед государственным органом даже в том случае, если такое нарушение совершено лицами, действовавшими в официальном качестве».

19. Аналогичным образом, в статье 13 уже цитированного Международного пакта о гражданских и политических правах иностранцу, находящемуся на законных основаниях в высылающем государстве, предоставляется право на средства защиты от высылки, однако при этом не уточняется, какой орган должен заниматься этими средствами защиты. Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций напомнил, что право на правовую защиту и другие гарантии, предусмотренные в статье 13 Пакта, не могут быть отменены иначе как если этого требуют «императивные соображения государственной безопасности». Он также подчеркнул, что имеющиеся у высылаемого иностранца средства защиты должны быть эффективными:

«Иностранцу должны быть предоставлены все возможности использовать имеющиеся у него средства судебной защиты с целью воспрепятствовать его высылке, с тем чтобы во всех случаях это право имело действенный характер. Принципы, изложенные в статье 13 относительно средств защиты против решения о высылке и права на новое рассмотрение дела компетентным органом, могут не соблюдаться лишь в том случае, если этого требуют «императивные соображения государственной безопасности»⁴⁶.

20. При рассмотрении доклада Сирийской Арабской Республики в 2001 году Комитет по правам человека уточнил, что подача жалоб в дипломатические и консульские учреждения высылающего государства нельзя рассматривать как удовлетворительный способ разрешения проблемы по смыслу статьи 13 Пакта:

«По мнению Комитета, дискреционные полномочия министра внутренних дел относительно высылки из страны любого иностранца без каких бы то ни было гарантий в тех случаях, когда этого требуют интересы безопасности и общественные интересы, создают ряд проблем в контексте статьи 13 Пакта, в частности в том случае, если речь идет об иностранце, который въехал на территорию Сирии на законных основаниях и получил там вид на жительство. Подачу в этой связи высланными иностранцами жалоб в сирийские дипломатические и консульские учреждения нельзя рассматривать как удовлетворительный способ разрешения этой проблемы по смыслу положений Пакта»⁴⁷.

21. Статья 1 Дополнительного протокола 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод гласит, что «иностранец, на законных основаниях проживающий на территории какого-либо государства», должен иметь возможность «пересмотра своего дела». Кроме того, статья 83 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей и пункт 5

⁴⁶ Комитет по правам человека, замечание общего порядка № 15: положение иностранцев в соответствии с Пактом, 11 апреля 1986 года, пункт 10. В деле *Эрик Аммель против Мадагаскара* [сообщение № 155/1983, 3 апреля 1987 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок вторая сессия, Дополнение № 40 (A/42/40)*, приложение VIII, пункт 19 (2)], Комитет указал, что заявитель не имел возможности осуществить эффективное средство защиты против своей высылки.

⁴⁷ Заключительные замечания Комитета по правам человека: Сирийская Арабская Республика, 5 апреля 2001 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия, Дополнение № 40*, том I (A/56/40), пункт 81 (22), стр. 103.

статьи 9 Европейской конвенции о правовом положении трудящихся-мигрантов также требуют того, чтобы решение о высылке сопровождалось возможностью обжалования.

22. Это право на средства правовой защиты также было закреплено Генеральной Ассамблеей в аналогичных статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах выражениях в статье 7 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, содержащейся в приложении к ее резолюции 40/144⁴⁸:

«Иностранец, на законном основании находящийся на территории государства, может быть выслан с территории этого государства только во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом, и, если императивные соображения государственной безопасности не требуют иного, имеет право на представление доводов против своей высылки, на пересмотр своего дела компетентной властью или лицом или лицами, специально назначенными компетентной властью, и на то, чтобы быть представленным для этой цели перед этой властью лицом или лицами».

23. В своей общей рекомендации № 30 Комитет по ликвидации расовой дискриминации подчеркнул необходимость в эффективных средствах правовой защиты в случае высылки и рекомендовал государствам — участникам Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации «обеспечивать, чтобы неграждане имели равный доступ к эффективным средствам правовой защиты, включая право на оспаривание распоряжений о высылке, и имели возможность эффективно пользоваться такими средствами правовой защиты»⁴⁹.

24. Статья 13 Европейской конвенции о правах человека закрепляет право на эффективные средства правовой защиты против нарушения любого права или любой свободы, предусмотренной Конвенцией, в частности в случае высылки⁵⁰. Она гласит: «Каждый человек, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективные средства правовой защиты перед государственным органом даже в том случае, если такое нарушение совершено лицами, действовавшими в официальном качестве». По мнению Европейского суда по правам человека, эта статья, таким образом, требует «наличия внутреннего средства правовой защиты, позволяющего компетентному национальному органу рассматривать содержание жалобы на основе Конвенции и предлагать надлежащий способ защиты, даже при том, что договаривающиеся государства пользуются определенной степенью свободы в решении вопроса о том, каким образом выполнять обязательства, которые на них возлагает это положение»⁵¹.

⁴⁸ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 53 (A/40/53), резолюция 40/144, приложение, статья 7.*

⁴⁹ Комитет по ликвидации расовой дискриминации, общая рекомендация № 30, пункт 25. См. также заключительные замечания Комитета в отношении Франции, 1 марта 1994 года (A/49/18), пункт 144 (о праве обжалования).

⁵⁰ В то же время применимость статьи 6 Европейской конвенции о правах человека в случае высылки представляется менее определенной; см. G. Gaja, «Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 à 314, spécialement p. 309 et 310.

⁵¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 octobre 1996, par. 145.

25. В рамках Совета Европы было уточнено, что средство правовой защиты должно быть доступным, то есть, в случае, если заинтересованное лицо не располагает достаточными ресурсами для использования услуг Совета, оно должно иметь возможность пользоваться ими бесплатно⁵².

26. В отношении приостановительного действия средств защиты Комитет министров Совета Европы указал, что в отсутствие такого действия, предусмотренного законом, «просьба о приостановлении исполнения решения о высылке должна быть должным образом рассмотрена с учетом соображений национальной безопасности»⁵³.

27. Средство правовой защиты может быть ограничено оценкой законности решения о высылке, исключая факты, на которых оно основано⁵⁴. В этой связи было проведено разграничение между заседанием, посвященным вопросам факта и права, и обжалованием, ограниченным вопросами права⁵⁵.

28. Что касается конкретно случая беженцев, то Конвенция о статусе беженцев устанавливает определенные условия в отношении формы высылки лиц, законно находящихся на территории государства: 1) решение о высылке должно соответствовать закону⁵⁶, о чем уже говорилось; 2) беженец имеет право представить доказательства, подтверждающие отсутствие его вины; 3) обжаловать в компетентном органе; 4) быть представленным с этой целью в компетентном органе. Как известно, эти процессуальные гарантии не действуют в ситуации, когда того требуют «императивные соображения государственной безопасности»⁵⁷.

29. В своем комментарии к Конвенции Н. Робинсон рассматривает вышеперечисленные условия в отношении формы. По поводу права беженца представлять доказательства в свое оправдание он пишет:

«Кроме того, он должен иметь право подавать жалобу и быть представленным адвокатом в органе, который в соответствии с внутренним правом компетентен рассматривать эти жалобы или который является вышестоя-

⁵² *Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé*, op. cit.

⁵³ См. la réponse du 4 décembre 2002 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe à la recommandation 1504 (2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la 820^e réunion des délégués des ministres, document 9633, 6 décembre 2002 et, en annexe, l'avis du Comité directeur pour les droits de l'homme sur la recommandation 1504 (2001) de l'Assemblée parlementaire, adopté lors de sa 54^e réunion, 1^{er}-4 octobre 2002, point 13.

⁵⁴ См. Guy S. Goodwin-Gill, «Mass Expulsion: The Legal Aspects», 1984 (*inédit*), p. 274 [citant l'affaire *Neer*, op. cit., p. 60 (1926)].

⁵⁵ *Ibid.*, p. 265.

⁵⁶ В деле *Цескович против министра по иммиграционным и этническим вопросам*, указ. соч., стр. 627–634, австралийский суд исследовал вопрос о том, должно ли выражение «вынесенных в судебном порядке», употребленное в статье 32, толковаться в свете права Соединенных Штатов Америки. Он заявил, что «определение» этого выражения, как представляется, согласуется с остальной частью указанного пункта (пункт 2 статьи 32) и что с учетом этого можно считать, что заявитель имел право на «соблюдение процедуры». Поэтому не было необходимости обращаться к другим определениям, поскольку текст Конвенции обеспечивал достаточно точное определение этого выражения в данном контексте.

⁵⁷ «В виде исключения это положение подлежит ограничительному толкованию». Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, par. 8.

щим по отношению к тому органу, который вынес решение; если решение, вынесенные этим органом, обжаловать невозможно, то должно быть проведено второе заседание. Указанный орган может назначить представителей для рассмотрения материалов дела. Однако он не может отступать от этих обязательств «по причинам национальной безопасности». Когда решение должно быть вынесено по причинам национальной безопасности в столь короткие сроки, что орган не может предоставить беженцу время, необходимое для сбора доказательств или их доставки в установленное место, или когда заседание может причинить ущерб интересам национальной безопасности (например, в случае шпионажа), там, где в пункте 2 говорится о «императивных» соображениях, эти соображения должны носить особо серьезный характер, и исключение из положения, изложенного в первом предложении, может использоваться лишь крайне редко в весьма исключительных случаях»⁵⁸.

30. В деле *Паоаго Галластеги* против министра внутренних дел государственный совет Франции следующим образом истолковал право беженца в связи с решением о высылке быть заслушанным и подавать апелляцию согласно соответствующему внутреннему законодательству:

«Независимо от средств защиты, которые допускаются против решения о высылке в условиях, предусмотренных законом от 25 июля 1952 года, беженец имеет право быть заслушанным до вынесения решения специальной комиссией, созданной при префекте в силу статьи 25 ордонанса от 2 ноября 1945 года; решение о высылке беженца по закону может быть принято в принципе только после соблюдения порядка, установленного статьей 3 декрета от 18 марта 1946 года с изменениями, внесенными декретом от 27 декабря 1950 года; при этом, однако, делается исключение из этого правила в силу статьи 25 ордонанса от 2 ноября 1945 года в том случае, когда обстоятельства абсолютно неотложного характера не позволяют отложить принятие решения о высылке до завершения формальностей, предусмотренных положениями вышеуказанных законов и постановлений»⁵⁹.

31. В отношении лиц, ищущих убежища, в 1998 году Комитет министров Совета Европы с учетом практики Европейского суда по правам человека в отношении применения статьи 13 совместно со статьей 3 Европейской конвенции о правах человека относительно, в частности, лиц, заявления которых были отклонены и которые подлежат высылке, принял рекомендацию о праве на эффективные средства защиты для таких лиц⁶⁰. Комитет рекомендовал государствам-членам при применении своих правил процедуры соблюдать ряд гаран-

⁵⁸ Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, Congrès juif mondial, 1953 (réimprimé en 1997 par la Division de la protection internationale du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés), p. 134 et 135. Voir aussi Atle Grahl-Madsen, op. cit., par. 7.

⁵⁹ *Pagoaga Gallastegui c. le Ministre de l'intérieur*, France, Conseil d'État, 27 mai 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (dir. publ.), op. cit., p. 430 à 444.

⁶⁰ Recommandation n° R (1998) 13 du 18 septembre 1998 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

тий «в законодательстве и практике»⁶¹, считая, что «любое средство защиты в национальном органе считается эффективным, когда... исполнение приказа о высылке приостанавливается» до тех пор, пока этот орган не вынесет решение по поводу средства защиты, используемого лицом, ищущим убежища, которому было отказано в просьбе о предоставлении убежища и которое «обоснованно ссылается на то, что оно будет подвергнуто пытке или другим бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания»⁶². В 2005 году он напомнил об этом приостановительном действии средств защиты⁶³.

32. Таким образом, право иностранца на то, чтобы решение о высылке было рассмотрено компетентным органом, закреплено в конвенционном праве, международной практике, внутреннем праве и доктрине⁶⁴. Было высказано мнение, согласно которому речь необязательно должна идти о судебном контроле. Было заявлено также, что во время процедуры контроля высылка должна быть приостановлена⁶⁵ и что иностранец должен быть информирован, как мы уже это видели, о его праве на средства защиты⁶⁶.

33. Касаясь случая иммигрантов с неурегулированным статусом, Африканская комиссия прав человека и народов также подчеркнула, что высылаемому иностранцу следует предоставить средства защиты:

«Комиссия не собирается ставить и не ставит под сомнение право, которое имеет каждое государство в отношении принятия судебных мер против иммигрантов с неурегулированным статусом и отправления их в страны происхождения, если компетентные органы примут такое решение. В то же время она считает неприемлемым, поскольку это противоречит духу и букве Хартии и международного права, факт депортации лиц без предоставления им возможности обращения в национальные органы, которые могут их заслушать»⁶⁷.

34. Кроме того, в отношении другого дела Комиссия заявила, что Замбия нарушила Африканскую хартию прав человека и народов, лишив лицо возможности оспорить постановление о высылке:

«36. Замбия нарушила статью 7 Хартии, не предоставив заявителю возможность использовать административные процедуры, имевшиеся в его распоряжении в силу закона о гражданстве.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit.

⁶⁴ См. исследование Секретариата о высылке иностранцев (A/CN.4/565 и Corr.1), пункты 658 и 687, и источники, указанные в сноске 1541: L. B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), op. cit., p. 91; R. Plender, op. cit., p. 472; E. Brochard, op. cit., p. 50, 52 et 55.

⁶⁵ См. также Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, septième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996, CPT/Inf (97) 10 [FR], 22 août 1997.

⁶⁶ См. M. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel Publisher, 1993, p. 231 (citant respectivement les affaires n^{os} 27/1978, par. 6 et 12 à 16, et 319/1988, par. 2.4).

⁶⁷ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n^o 159/96, op. cit., par. 20.

[...]

38. Положение Джона Чинула еще хуже. У него не было какой-либо возможности оспорить постановление о высылке. Правительство ни в каком случае не может заявлять, что в 1974 году по истечении вида на жительство Чинула скрылся из виду. Чинула, безусловно, был известным бизнесменом и политиком. Если правительство хотело принять против него меры, оно могло бы это сделать. То обстоятельство, что этого не произошло, не оправдывает произвольный характер его ареста и депортации, имевшей место 31 августа 1994 года. У него также было право на то, чтобы обратиться в суды Замбии. Таким образом, Замбия нарушила статью 7 Хартии»⁶⁸.

35. Затем, напомнив содержание подпункта (а) пункта 1 статьи 7, Комиссия сделала вывод:

«53. Отказав г-ну Чинуле в возможности подать апелляцию на постановление о его высылке, правительство Замбии лишило его права на заслушивание в нарушение всех законов Замбии и норм международного права прав человека»⁶⁹.

36. В свою очередь парламентская ассамблея Совета Европы рекомендовала, чтобы иностранец, высланный с территории одного государства-члена, имел право на средство правовой защиты с приостановительным действием, которое будет рассмотрено в течение трех месяцев с даты решения о высылке:

«Что касается высылки: [...] ii) любое решение о высылке иностранца с территории одного государства — члена Совета Европы должно сопровождаться правом на средства защиты с приостановительным действием; iii) в случае средства защиты от высылки процедура обжалования должна быть завершена в течение трех месяцев с момента принятия решения о высылке»⁷⁰.

37. Кроме того, в пункте 2 статьи 3 Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве предусмотрено следующее: за исключением случаев, когда императивные соображения национальной безопасности требуют иного, гражданин любой договаривающейся стороны, на законных основаниях про-

⁶⁸ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 212/98, op. cit.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Парламентская ассамблея Совета Европы, рекомендация 1624 (2003): общая политика в области иммиграции и убежища, 30 сентября 2003 года, пункт 9. Парламентская ассамблея к тому же признала это право на средства защиты за иностранцем с неурегулированным статусом: «не высылать с территории государства-члена иностранца, не имеющего действительного вида на жительство, иначе как при наличии четких оснований, не носящих политического или конфессионального характера. Предоставлять соответствующему лицу право и возможность обжаловать его в независимую апелляционную инстанцию до высылки, и предусмотреть предоставление ему наряду с этим или в качестве альтернативы право обращаться в суд. Информировать его о его правах. Если делом занимается суд или административный орган высокого уровня, высылка не должна осуществляться до вынесения решения. Не высылать с территории государства-члена лицо, имеющее действительный вид на жительство, иначе как на основании официального постановления о высылке, вынесенного судом». (Conseil de l'Europe, recommandation 769 (1975) relative au statut juridique des étrangers, op. cit., par. 9 et 10).

живающий на территории любой другой стороны более двух лет, не может быть выслан, не получив предварительно возможности изложить доводы против его высылки в компетентном органе либо лицу или лицам, специально назначенным данным компетентным органом, подать им апелляцию или быть представленным для этой цели в органе или перед лицами».

38. Право оспаривать высылку было также особо отмечено Специальным докладчиком Комиссии по правам человека по вопросу о предотвращении дискриминации в отношении неграждан Дэвидом Вайсбротом даже применительно к иностранцам, подозреваемым в терроризме:

«Неграждане, подозреваемые в терроризме, не должны высылаться из страны без предоставления им юридической возможности опротестовать решение об их высылке»⁷¹.

39. Комитет по рассмотрению жалоб на неисполнение Эфиопией Конвенции Международной организации труда (№ 111) о дискриминации в области труда и занятий 1958 года и Конвенции (№ 158) о прекращении трудовых отношений 1982 года сообщил, что Эфиопия отказала выслаемым работникам в праве на средства защиты в независимом органе:

«Обращаясь к вопросу о праве на апелляцию, предусмотренном в статье 4, Комитет отмечает, что существование права на апелляцию, хотя и представляет собой необходимое условие применения исключения из принципа этой Конвенции, само по себе является недостаточным. Нужно также, чтобы апелляционный орган, который отделен от административной или правительственной власти и который дает гарантию объективности и независимости для рассмотрения мотивов меры, давал лицу, о котором идет речь, возможность представить его или ее доводы. Комитет отмечает, что правительство сообщило депортируемому о том, что они могут использовать средства защиты в надзорном органе иммиграционной службы, однако подчеркивает, что речь идет о государственном органе. Комитет отмечает также, что, хотя правительство Эфиопии сообщило, что по крайней мере некоторые из заинтересованных лиц обжаловали постановление о депортации, не было предоставлено никакой информации относительно начала или результата разбирательств. В этой связи Комитет не может заключить, что депортированным лицам было предоставлено право на эффективные средства защиты по смыслу статьи 4 Конвенции»⁷².

40. Следует также отметить законодательство Европейского союза о высылке граждан Союза и граждан третьих стран. В отношении граждан Союза директива 2004/38/СЕ Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года в статье 31, посвященной процессуальным гарантиям, предусматривает следующее:

⁷¹ Комиссия по правам человека, Подкомиссия по поощрению и защите прав человека, Предупреждение дискриминации, «Права неграждан», окончательный доклад Специального докладчика г-н Дэвида Вайсброта, (E/CN.4/Sub.2/2003/23), пункт 28.

⁷² Международная организация труда, доклад Комитета по рассмотрению жалоб на неисполнение Эфиопией Конвенции (№ 111) о дискриминации в области труда и занятий 1958 года, Конвенции (№ 158) о прекращении трудовых отношений 1982 года, представленный Национальной конфедерацией эритрейских трудящихся в соответствии со статьей 24 Устава МОТ, 1998 год, пункт 37.

«1. Заинтересованные лица имеют доступ к судебным и в соответствующих случаях к административным средствам защиты в принимающем государстве-члене для оспаривания решения, принятого в их отношении по соображениям общественного порядка, общественной безопасности или общественного здоровья.

2. Когда средство защиты против решения о выдворении сопровождается ходатайством о приостановлении исполнения этого решения, фактическое выдворение с территории не может производиться до вынесения определения по данному ходатайству, кроме случаев:

- когда решение о выдворении основано на ранее вынесенном судебном решении; или
- когда соответствующие лица ранее уже имели доступ к судебным средствам защиты; или
- когда решение о выдворении основано на крайне важных мотивах общественной безопасности, предусмотренных в пункте 3 статьи 28.

3. Процедуры обжалования обеспечивают возможность рассмотрения законности решения, а также фактов и обстоятельств, обосновывающих намеченную меру. Они также обеспечивают, чтобы решение не было несоразмерным, в частности применительно к требованиям, установленным статьей 28.

4. Государства-члены могут отказать заинтересованному лицу в нахождении на своей территории в период рассмотрения жалобы, но не могут запрещать ему лично представлять доводы в свою защиту, кроме случаев, когда его появление может спровоцировать серьезные нарушения общественного порядка или общественной безопасности, либо когда предметом жалобы является отказ во въезде на территорию»⁷³.

41. В отношении граждан третьих стран следует процитировать статью 4 директивы 2001/40/CE Совета от 28 мая 2001 года, которая гласит:

«Государства-члены должны обеспечить, чтобы соответствующий гражданин третьей страны мог в соответствии с исполнительным законодательством государства-члена использовать средства правовой защиты против любой меры, указанной в пункте 2 статьи 1 [решение о выдворении]»⁷⁴,

а также пункт 4 статьи 12 директивы 2003/109/CE Совета от 25 ноября 2003 года, который гласит:

⁷³ Union européenne, rectificatif à la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 2/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *Journal officiel* n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 à 48.

⁷⁴ Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *Journal officiel* n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34 à 36, art. 4.

«4. Если принято решение о выдворении, проживающее в течение длительного времени лицо может использовать средства судебной защиты в соответствующем государстве-члене»⁷⁵.

42. В области доктрины Институт международного права еще в 1892 году подчеркнул, что высланный иностранец должен иметь возможность воспользоваться процедурой, позволяющей ему задействовать средства защиты в независимом органе, который компетентен давать оценку законности высылки. В то же время он выразил мнение, что высылка может быть осуществлена в предварительном порядке, несмотря на средства защиты, и что нет необходимости предоставлять средства защиты «иностранцам, которые во время войны или когда война неминуема, своим поведением ставят под угрозу безопасность государства» (пункт 10 статьи 28 правил, принятых Институтом):

«Высылаемое лицо имеет право, если оно заявляет, что является гражданином, или утверждает, что высылка нарушает закон или международное соглашение, которые запрещают или прямо исключают высылку, обратиться в высокий суд общей юрисдикции или в административный суд, который принимает решения независимо от правительства. Однако высылка может быть осуществлена в предварительном порядке, несмотря на средства защиты»⁷⁶.

43. Положения национальных законов⁷⁷ различаются в том отношении, что они либо разрешают⁷⁸ либо не разрешают⁷⁹ пересмотр решения о высылке.

⁷⁵ Directive 2003/109/CE du Conseil, op. cit., p. 44 à 53.

⁷⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 21.

⁷⁷ В последующем анализе национального законодательства и судебной практики воспроизводятся пункты 680–687 исследования Секретариата о высылке иностранцев, указ. соч.

⁷⁸ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 74–75, 77–81, 84–85; Австралия, Закон 1958 года, статьи 202(2)(с), (3)(с); Беларусь, Постановление Совета, статья 20, Закон 1998 года, статьи 15, 29; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 8(2), 21(2), 62(5), 76(6); Канада, Закон 2001 года, статьи 63(2)-(3), (5), 64, 66–67, 72–74; Чили, Декрет 1975 года, статья 90; Чешская Республика, Закон 1999 года, раздел 172; Франция, Кодекс, статьи L.213-2, L.513-3, L.514-1(2), L.524-2, L.524-4 и L.555-3; Греция, Закон 2001 года, статья 44(5); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 131; Венгрия, Закон 2001 года, статья 42(1); Иран, Закон 1931 года, статья 12, Положения 1973 года, статья 16; Италия, Закон 2005 года, статья 3(4), (5), Декрет-закон № 286 1998 года, статьи 13(3), (5bis), (8), (11), 13bis(1), (4), 14(6), Закон № 40 1998 года, статья 11(8)-(11), Декрет-закон 1996 года, статья 7(1), (3); Япония, Постановление 1951 года, статьи 10(9)-(10), 11(1), 48(8)-(9), 49; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 60(1), Декрет 1993 года, статьи 74, 75(1); Литва, Закон 2004 года, статья 136; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статьи 9(8), 33(2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 21(2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 86(1)-(2); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2), 23, 121; Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(1)-(2); Испания, Закон 2000 года, статья 26(2); Швеция, Закон 1989 года, разделы 7.1-8, 7.11-18; Швейцария, Постановление 1949 года, статья 20(2), Федеральный закон 1931 года, статья 20; и Соединенные Штаты, ЗИГ, разделы 210(е)(3), 235(б)(3), 238(а)(3)(А), (б)(3), (с)(3), 242(а)(1), (5), (б)(9), (с)-(g), 505. Такое право может быть предоставлено специально, когда: 1) иностранец якобы представляет угрозу национальной безопасности (Австралия, Закон 1958 года, статья 202(2)(с), (3)(с); Италия, Закон 2005 года, статья 3(4), (5); и Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 505); 2) решение касается претензии иностранца на статус покровительствуемого лица (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 76(6); и Швеция, Закон 1989 года, разделы 7.4-5); или 3) обжалуется решение об отклонении просьбы высланного иностранца о повторном въезде в государство (Беларусь, Закон 1998 года, статья 29; и Франция, Кодекс, статья L.524-2).

Государство может также: i) разрешить ходатайство о повторном рассмотрении дела или о пересмотре релевантного решения⁸⁰, в том числе в отношении вновь заявленной претензии на получение статуса покровительствуемого лица⁸¹; ii) прямо предоставить правительству право на обжалование⁸²; iii) запретить обжалование или определенные формы освобождения от депортации, если выслываемый иностранец угрожает общественному порядку государства или национальной безопасности или если он подозревается в причастности к терроризму⁸³; iv) разрешить подавать определенные апелляции только иностранцам, находящимся за пределами государства⁸⁴; v) предоставить специально право на апелляцию постоянным резидентам⁸⁵ или покровительствуемым лицам⁸⁶; или vi) зарезервировать пересмотр за внутренним судом, в том числе в отношении жалоб, поданных согласно условиям международных конвенций⁸⁷.

44. Государство может потребовать, чтобы в сообщенном иностранцу решении он был проинформирован о всех имеющихся правах на апелляцию⁸⁸. Срок подачи жалобы может начинаться с момента принятия решения о высылке⁸⁹ или с момента вручения уведомления об обосновании решения⁹⁰. Государство

⁷⁹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 28(2), 44(1), 49(3), 71(6), 78(1), 84(2); Канада, Закон 2001 года, статья 64; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 33(2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 30(2); и Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 242(a)(2)-(3). В отдельных случаях контроль за решением о высылке прямо исключен, поскольку речь идет о решениях, касающихся признания статуса покровительствуемых лиц, или о выдаче разрешения по гуманитарным основаниям (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 49(3), 78(1), 84(2)), или о решении о высылке, или отказе во въезде по определенным основаниям (Канада, Закон 2001 года, статья 64; и Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 33(2)).

⁸⁰ Бразилия, Закон 1980 года, статья 71; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 130; и Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 240(b)(5)(C)-(D), (c)(6)-(7).

⁸¹ Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 240(c)(6)-(7).

⁸² Канада, Закон 2001 года, статьи 63(4), 70(1)-(2), 73; Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 20(2); и Соединенные Штаты, ЗИГ, разделы 235(b)(3), 238(c)(3)(A)(i), 505(c). Такое право может быть специально предоставлено в отношении претензий на статус покровительствуемого лица (Канада, Закон 2001 года, статья 73), или действий, касающихся иностранцев, подозреваемых в причастности к терроризму (Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 505(c)(1)).

⁸³ Канада, Закон 2001 года, статья 64(1); и Соединенные Штаты, ЗИГ, разделы 242(a)(1)(B)(ii), 504(k).

⁸⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статья 35; Франция, Кодекс, статья L.524-3. Такое обжалование может включать просьбу снять запрещение на повторный въезд иностранца (Франция, Кодекс, статьи L.541-2, L.541-4).

⁸⁵ Канада, Закон 2001 года, статья 63(2).

⁸⁶ Там же, статья 63(3).

⁸⁷ Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 242(a)(4)-(5).

⁸⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 8(2), 76(6); Франция, Кодекс, статья L.213-2; Япония, Постановление 1951 года, статьи 10(9), 48(8); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22(2), 120(2); Республика Корея, Декрет 1993 года, статья 74; Испания, Закон 2000 года, статьи 26(2), 57(9); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 19(2). Такое требование может быть установлено в отношении претензий на статус покровительствуемого лица (Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 75(6)).

⁸⁹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 35; и Соединенные Штаты, ЗИГ, разделы 238(b)(3), 240(b)(1).

⁹⁰ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 75, 84; Беларусь, Закон 1998 года, статья 15; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 21(2), 43(1), 62(5), 70(1); Канада, Закон 2001 года, статьи 72(2)(b), 169(f); Венгрия, Закон 2001 года, статья 42(1); Иран, Положения 1973 года, статья 16; и Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 86.

может приостановить⁹¹ или не приостанавливать⁹² приведение решения в исполнение впредь до разрешения апелляционной жалобы. Государство может предоставить отсрочку: i) если иностранец был выслан или, вероятно, будет выслан⁹³; или ii) по просьбе релевантного международного органа, если только не существует экстраординарных причин не разрешать отсрочки⁹⁴. Государство может лишить свободы должностное лицо за депортацию иностранца, если суд не принял окончательного и обязывающего решения о высылке иностранца⁹⁵. Государство может принять постановление о том, что, если до назначенного окончательного срока решение о пересмотре не было принято, можно считать, что апелляция была подразумеваемым образом отклонена⁹⁶.

45. Предметный охват рассмотрения апелляции может быть ограничен проверкой: i) надлежащей процедуры и обоснованности⁹⁷; ii) не является ли оспариваемое решение ошибочным в праве, факте или в том и другом⁹⁸; iii) была ли соблюдена естественная справедливость⁹⁹; iv) разумности возражения¹⁰⁰ или достаточной обоснованности его мотивации¹⁰¹; или v) не было ли допущено злоупотребление дискреционными полномочиями и явного несоответствия выводов решения закону или вполне определенным и убедительным фактам, изложенным в материалах дела¹⁰². Если иностранец подозревается в причастности к терроризму, суд может провести *de novo* пересмотр юридических вопросов и применить стандарт «очевидной ошибки» при пересмотре фактов¹⁰³. Государство может ограничить предметный охват рассмотрения апел-

⁹¹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 82; Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 20, Закон 1998 года, статья 31; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 43(2), 44(2), 49(4), 58(1), 78(2), 84(3)-(4); Канада, Закон 2001 года, статьи 49(1), 68, 70(1)-(2); Чили, Декрет 1975 года, статья 90; Франция, Кодекс, статья L.513-3; Иран, Закон 1931 года, статья 12; Италия, Декрет-закон № 86 1998 года, статья 16(7); Япония, Постановление 1951 года, статьи 11(1), 49(1); Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 33; Нигерия, Закон 1963 года, статья 21(2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 87; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 60(1); Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(2)(b); Швеция, Закон 1989 года, разделы 8.10, 11.4; и Соединенные Штаты, ЗИГ, разделы 101(a)(47)(B), 242(f). Отсрочка может быть предоставлена на определенных условиях [Канада, Закон 2001 года, статья 68; Франция, Кодекс, статья L.513-3; Иран, Закон 1931 года, статья 12; и Соединенные Штаты, ЗИГ, раздел 242(f). Отказ в просьбе об отсрочке может повлечь за собой отклонение связанной с ней апелляции (Канада, Закон 2001 года, статья 69(1)).

⁹² Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 21(3), 62(6), 70(2); Чешская Республика, Закон 1999 года, раздел 172(4); Италия, Закон 2005 года, статья 3(4)-(4*bis*), Декрет-закон № 286 1998 года, статья 13(5*bis*); Южная Африка, Закон 2002 года, статья 8(2)(a); и Швеция, Закон 1989 года, разделы 8.7-9. Такое запрещение может быть наложено специально, если иностранец подозревается в причастности к терроризму [Италия, Закон 2005 года, статья 3(4)-(4*bis*)].

⁹³ Австралия, Закон 1958 года, статьи 151, 153.

⁹⁴ Швеция, Закон 1989 года, раздел 8.10a.

⁹⁵ Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108, 110.

⁹⁶ Аргентина, Закон 2004 года, статья 76.

⁹⁷ Там же, статья 89.

⁹⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 67(1)(a).

⁹⁹ Там же, статьи 67(1)(b), 71.

¹⁰⁰ Япония, Постановление 1951 года, статьи 11(3), 49(3).

¹⁰¹ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 60(3).

¹⁰² Соединенные Штаты, ЗИГ, разделы 210(e)(3)(B), 240(b)(4)(C)-(D).

¹⁰³ Там же, раздел 505(a)(3), (c)(4)(C)-(D).

ляции, если иностранец уже покинул государство¹⁰⁴. Государство может ограничить право апелляционного органа применять гуманитарные соображения, если только иностранец не имеет специального права на такое обращение¹⁰⁵. Кроме того, государство может прямо разрешить оставить в силе решение о высылке, если впоследствии в период действия решения о запрете пребывания иностранца на территории государства не будет представлено никаких новых данных об обстоятельствах дела¹⁰⁶.

46. Многочисленные национальные суды признали право на процедуру пересмотра решения о высылке¹⁰⁷. Верховный суд Соединенных Штатов в деле *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr* постановил, что право иностранца обжаловать приказ о высылке защищено Конституцией Соединенных Штатов и что Закон о депортации не следует толковать как отрицающий это право. Суд заявил:

«Клаузула 2 в пункте 9 статьи I Конституции предусматривает: «Привилегия приказа о Habeas Corpus не должна приостанавливаться, если только в делах о мятеже или вторжении этого не потребует безопасность государства». Благодаря этой клаузуле «Конституция, безусловно, требует» определенного «судебного вмешательства в дела о депортации». *Heikkila v. Barber*, 345 U.S. 229, 235 (1953). [...] Из этого обязательно следует, что серьезный вопрос [относительно] Оговорки о приостановке был бы поставлен, если бы мы должны были согласиться с мнением СИН о том, что статута 1996 года изъяли это право у федеральных судей и не предоставили адекватной замены для ее осуществления... Более того, в данном контексте вывод о том, что приказ больше не действует, будет представлять отход от исторической практики в иммиграционном законодательстве»¹⁰⁸.

47. Однако некоторые национальные суды отметили, что предметный охват такого пересмотра зачастую весьма ограничен. Например, в Соединенном Королевстве:

«34. Пункт 1 раздела 19 требует, чтобы судья, рассматривающий апелляционную жалобу, принял эту жалобу, если он считает, что принятое решение «не соответствует закону или иммиграционным правилам, применимым к данному делу», или «что дискреционные полномочия должны были осуществляться иным способом», или в том случае, когда это решение затрагивает осуществление дискреционных полномочий Государственного секретаря. В противном случае в исках должно быть отказано»¹⁰⁹.

48. В некоторых национальных системах пределы судебного пересмотра решений о высылке бывают еще более ограниченными, когда решение основывается на соображениях национальной безопасности или общественного порядка

¹⁰⁴ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.57.

¹⁰⁵ Канада, Закон 2001 года, статьи 65, 67(1)(с).

¹⁰⁶ Польша, Закон № 1775 2003 года, статья 21(1)(7).

¹⁰⁷ См. национальную судебную практику Бельгии, Бразилии, Канады, России и Соединенных Штатов по этому вопросу в исследовании Секретариата о высылке иностранцев, указ. соч., сноска 1599.

¹⁰⁸ *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, Cour suprême des États-Unis, 25 juin 2001 (n° 00-767), 533 U.S. 289 (2001).

¹⁰⁹ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, op. cit., p. 540 (Lord Hoffman).

ка¹¹⁰. Однако в Соединенном Королевстве отказ в праве на обжалование, при том что высылка основывалась на соображениях национальной безопасности, был отменен во исполнение решения Европейского суда по правам человека по делу *Chahal*¹¹¹.

49. Таким образом, возможность использования отдельным лицом средств правовой защиты в связи с высылкой четко установилась в международном праве, в частности после второй мировой войны с появлением различных правозащитных органов, и считается, что сегодня она приобрела обычно правовой характер¹¹².

В. Последствия средств судебной защиты для решения о высылке

1. Сроки рассмотрения средств защиты

50. Суд, рассматривающий средство защиты, направленное на отмену высылки, должен в короткий срок определиться, с тем чтобы оперативно вынести свое решение. Что есть «короткий срок» определяется в каждом случае в отдельности с учетом обстоятельств каждого дела¹¹³. Европейский суд по правам человека в деле *Sanchez-Reisse* установил, что имело место нарушение обязательства вынести решение в короткий срок, поскольку судье потребовалось 46 дней, чтобы определиться в отношении законности задержания, осуществленного в рамках процедуры высылки¹¹⁴. Чаще всего суды выносят решения не по поводу формальной действительности решения о задержании, а по поводу «законности задержания с целью высылки»¹¹⁵. Однако нет такого юридического положения, которое позволяло бы национальным судам пересматривать административные решения относительно высылки некоторых иностранцев с национальной территории, в частности, когда затронуты вопросы национальной безопасности и общественного порядка.

2. Приостановительное действие средств правовой защиты

51. В 1892 году Институт международного права установил в пункте 1 статьи 21 Международных правил, касающихся допуска и высылки иностранцев,

¹¹⁰ См., например, *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, op. cit. «С другой стороны, пункт 4 предусматривает следующее: “Эта процедура не применима, если приказ о высылке основывается на основаниях, связанных с общественным порядком или государственной безопасностью, о которых могут судить только министр внутренних дел или префекты пограничных округов”». *In re Salom*, Conseil d’État, 3 avril 1940, *Recueil des arrêts du Conseil d’État*, 1939, p. 125.

¹¹¹ *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, op. cit., p. 531 et 532.

¹¹² По поводу значения обязанности судебной защиты см. А.-В. Ва, op. cit., p. 561 à 565.

¹¹³ Cour européenne des droits de l’homme, arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, par. 60, série A, n° 33. Dans l’affaire *Sanchez-Reisse*, loc. cit., la Cour a admis que la procédure pouvait être entièrement écrite.

¹¹⁴ Cour européenne des droits de l’homme, arrêt du 21 octobre 1986, *Sanchez-Reisse*, loc. cit., par. 55.

¹¹⁵ F. Sudre, « *Le contrôle des mesures d’expulsion et d’extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme* », dans D. Turpin (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, *Economica*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1989, 319 pages, p. 257.

что «высылка может осуществляться в предварительном порядке, невзирая на средства защиты»¹¹⁶. В общем и целом эффективное средство защиты не предполагает, что оно имеет приостановительное действие. Между тем пункт 4 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 года предусматривает, что до пересмотра решения о высылке «заинтересованные лица имеют право ходатайствовать о приостановлении решения о высылке». Комиссия как и Европейский суд по правам человека считает, что средство защиты является эффективным по смыслу этой статьи только в том случае, когда оно имеет приостановительное действие. В этом случае необязательно, что приостановление исполнения решения о выдворении имело непосредственную связь с опасностью пытки или иных видов плохого обращения, которым может быть подвергнут выдворяемый иностранец в случае, если решение будет выполнено¹¹⁷. Следовательно, как только задействуется средство защиты против выдворения, исполнение выдворения должно быть приостановлено до тех пор, пока задействованная национальная инстанция не вынесет своего решения¹¹⁸. Это требование тем более необходимо, когда подлежащий выдворению заявитель является лицом, ищущим убежища, и самый большой риск для него заключается в том, что он может подвергнуться плохому обращению на территории государства назначения. В своем решении по делу *Chahal* Европейский суд с учетом применимости статьи 13 Европейской конвенции о правах человека и обоснованности заявления в связи с нарушением статьи 3 подтвердил, что «поскольку ущерб, который может возникнуть в случае, если опасность плохого обращения станет реальностью, носит необратимый характер... понятие эффективного средства правовой защиты по смыслу статьи 13 требует рассмотрения в условиях полной независимости довода, согласно которому существуют серьезные основания опасаться реального риска обращения, противоречащего статье 3»¹¹⁹. В деле *Jabari* Суд добавил, что «понятие эффективного средства правовой защиты по смыслу статьи 13 требует... наличия возможности приостановления исполнения [решения о высылке]»¹²⁰.

52. В 2001 году Комиссар по правам человека заявил государствам-членам Совета Европы, что необходимо «не только гарантировать, но и на практике

¹¹⁶ Institut de droit international, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, session de Genève, 9 septembre 1892, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, 1892-1894, p. 218 et suiv.

¹¹⁷ S. Sarolea, « Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, n° 37, p. 119 à 145, spécialement p. 136 à 140.

¹¹⁸ В течение длительного времени Страсбургский суд реализовал это правило лишь в тех случаях, когда делалась ссылка на статью 13 в поддержку статьи 3 Конвенции против пыток и других видов плохого обращения. См., например, в отношении статьи 3: Commission européenne des droits de l'homme, décision du 27 février 1991, *A. c. France*, requête n° 17262/90, чтобы провести различие с другими статьями, в отношении которых приостановительного действия средства защиты не требуется см., например, в отношении нарушения статьи 8 Европейской конвенции о правах человека, которое было заявлено, но не признано: Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*.

¹¹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, op. cit., point 151.

¹²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, point 50, recueil 2000-VIII. Дело касалось гражданки Ирана, которая утверждала, что в результате ее высылки в государство происхождения она может подвергнуться плохому обращению, запрещенному статьей 3 Европейской конвенции о правах человека.

обеспечивать право на использование средств судебной защиты по смыслу статьи 13 [Конвенции], когда соответствующее лицо заявляет, что компетентные органы нарушили или могут нарушить одно из прав, гарантированных [Конвенцией]. Это право на эффективные средства правовой защиты должно быть гарантировано всем, кто желает оспорить решение о принудительном возвращении или высылке с территории. Это средство правовой защиты должно иметь приостановительное действие в отношении исполнения решения о высылке, по крайней мере в тех случаях, когда речь идет о предполагаемом нарушении статей 2 и 3 [Конвенции]»¹²¹.

53. В решении по делу *Conka* от 5 февраля 2002 года Европейский суд по правам человека напомнил, что «эффективность средств правовой защиты, требуемых статьей 13, предполагает, что они могут воспрепятствовать осуществлению мер, которые противоречат Конвенции и последствия которых потенциально необратимы»¹²², и что «статья 13 препятствует [в этой связи] тому, чтобы подобные меры были осуществлены еще до завершения проверки национальными органами их совместимости с Конвенцией»¹²³. Он указал далее, что, хотя государства — участники Конвенции могут по своему усмотрению решать вопрос о том, каким образом обеспечивать соответствие обязательствам статьи 13, «нельзя исключать того, что в системе, где приостановление осуществляется по запросу в каждом случае в отдельности, в нем может быть неправомерно отказано, в частности, если впоследствии выяснится, что суд, принимавший решение по существу дела, должен ... отменить решение о высылке в связи с несоблюдением Конвенции, например, если заявитель подвергся плохому обращению в стране назначения или стал жертвой коллективной высылки»¹²⁴.

54. Эффективность способов правовой защиты может быть обеспечена только в том случае, если средства, используемые иностранцами, которым угрожает высылка, имеют приостановительное действие в отношении мер по выдворению. Речь идет не о приостановительном действии в полном смысле слова, а о действии, которое призвано гарантировать смысл продолжения этой процедуры вообще и которое позволяет избежать порой катастрофических результатов высылки, признанной незаконной национальной или международной инстанцией. В своем решении по делу *Mamakkuloo* 2005 года Европейский суд в более общем смысле подчеркнул «важность приостановительного действия средств правовой защиты в случаях высылки или выдачи»¹²⁵.

55. Как можно констатировать, приостановительное действие средств правовой защиты против решения о высылке по сути закреплено лишь в рамках толкования статьи 13 Европейской конвенции о правах человека. Международная конвенция о защите прав всех трудящихся мигрантов и членов их семей 1990 года дает лишь возможность высылаемому иностранному трудящемуся

¹²¹ Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, Comm.DH/Rec(2001) 1, point 11.

¹²² Ibid., Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 5 février 2002, *Conka*, op. cit., par. 79.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid., par. 82.

¹²⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, par. 124.

просить о приостановлении исполнения решения о высылке; она не устанавливает нормы относительно приостановительного действия такой просьбы. Насколько можно судить, даже доктрина не приветствует такое действие, как об этом свидетельствует, в частности, давнишняя позиция Института международного права. К тому же это означало бы нарушить равновесие, которое должно существовать в вопросе высылки между правом высылающего государства и правом соответствующего иностранца применительно к его правам человека, нежели закрепить принцип приостановительного действия средств правовой защиты. В самом деле, сформулировать общее правило о приостановительном действии средств правовой защиты против решения о высылке означало бы разрешить блокировать действия высылающего государства, что еще труднее допустить для большинства государств, если мотивом высылки является публичный порядок и тем более соображения национальной безопасности. В силу всех этих причин Специальный докладчик сомневается в обоснованности предложения по проекту статьи по этому вопросу.

С. Способы правовой защиты против судебного решения о высылке

56. Судебное решение о высылке представляет собой юридическую санкцию, которая влечет выдворение иностранца с территории и не дает ему возможности возвращаться в течение определенного времени. Это наказание назначается либо в качестве основного, либо в качестве дополнительного исправительного наказания в виде тюремного заключения и/или штрафа. Такое решение, как правило, принимается в виде дополнения к наказанию, назначенному иностранцу, который совершил правонарушение в высылающем государстве.

57. Законодательство большинства государств позволяет обжаловать судебное решение о высылке. Например, во Франции существует три вида средств защиты против судебного решения о высылке:

а) иностранец, в отношении которого принято судебное решение о высылке, может подать апелляцию в течение двух месяцев с момента уведомления о решении в секретариат апелляционного суда;

б) кроме того, иностранец, в отношении которого принято судебное решение о высылке, может подать ходатайство об отмене, попросив уголовный суд (исправительный или апелляционный суд), который вынес решение о высылке, отменить эту меру. Однако ходатайство об отмене может быть принято только в том случае, если высылка назначена в виде основного наказания. Ходатайство должно быть направлено курьером или через адвоката и может быть подано лишь в течение шести месяцев с момента принятия карательного решения;

в) президентское помилование: если рассматривающий дело орган отклоняет просьбу о снятии запрета на пребывание на территории, иностранец имеет возможность обратиться к президенту Республики с просьбой о помиловании.

58. В Швейцарии, где в отношении подавляющего большинства находящихся в тюрьмах иностранцев принято решение о высылке¹²⁶, бывшая статья 55 Уголовного кодекса гласила следующее: «Судья может выслать с территории Швейцарии на срок от 3 до 15 лет иностранца, приговоренного к лишению свободы или тюремному заключению. В случае повторения высылка может быть применена пожизненно». Однако в новом уголовном кодексе, вступившем в силу 1 января 2007 года, эта форма высылки была устранена. Тем не менее подпункт (а) пункта 1 статьи 10 федерального закона от 26 марта 1931 года о пребывании и проживании иностранцев по-прежнему предусматривает, что иностранец может быть выслан из Швейцарии или ее кантона органами, осуществляющими надзорные функции в отношении иностранцев (см. статью 15), если он был осужден судебным органом за преступление или деликт. За защитой против судебного решения о высылке можно также обратиться в региональный суд по защите прав человека после того, как будут исчерпаны внутренние средства защиты. В деле *Emre c. Suisse* Европейский суд в разделе фактов указывает, что «13 августа 2002 года полицейский трибунал округа Нёвшатель приговорил [лицо] к пяти месяцам строгого тюремного заключения за нарушение общественного порядка и законодательства об оружии, совершенного 5 марта 2000 года. Было также принято решение об отмене отсрочки, предоставленной 10 ноября 1999 года. Кроме того, трибунал распорядился о высылке этого лица с территории Швейцарии без отсрочки на срок продолжительностью 7 лет. Данное решение было подтверждено 6 марта 2003 года Кассационным уголовным судом кантона Нёвшатель»¹²⁷. В данном случае полицейский трибунал, а также Кассационный уголовный суд кантона Нёвшатель распорядился выслать заявителя на семилетний срок, хотя административное решение о высылке никаких ограничений по срокам не содержало. Однако, поскольку заявление было направлено против административного решения о высылке, а не против судебного решения о высылке, суд не принял решения по вопросу о сроке высылки, которое в данном случае выглядело как двойное наказание.

59. В международном праве, как очевидно, не существует основы, на которой можно было бы создать некое правило относительно способов правовой защиты против решения о высылке, даже в порядке прогрессивного развития. Безусловно, здесь также можно отметить определенную специфику регионального европейского права прав человека, в котором подчеркивается необходимость использования возможности обжалования решения о высылке. Однако в общем и целом этот вопрос явно относится к внутреннему праву государств и не совсем понятно, как в международном праве можно было бы установить норму общего применения по вопросу, в котором законодательство разных стран, как было продемонстрировано, столь отличается друг от друга. Даже для целей всестороннего исследования всего комплекса законодательства разных стран и выявления доминирующей тенденции не представляется целесообразным, чтобы международное право вмешивалось в область, которая относится сугубо к судебным процедурам каждого государства, и только само это государство может дать оценку тому, насколько это целесообразно. В остальном же право на средства защиты против решения о высылке должно приниматься таким обра-

¹²⁶ E. Montero Pérez de Tudela, « L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse : La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène », *Crimiscope*, n° 41, mai 2009.

¹²⁷ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Emre c. Suisse*, arrêt du 28 mai 2008, par. 11.

зом, как оно закреплено в международной практике в области прав человека. Поэтому для него не требуется особого правила.

V. Отношения между высылающим государством и государствами транзита и назначения

60. Сотрудничество между высылающим государством и государствами назначения и возможно транзита является необходимым для полного осуществления высылки. Это сотрудничество в целом осуществляется посредством заключения двусторонних соглашений между соответствующими государствами. В этой связи Европейский союз, как мы увидим ниже, разработал систему административно-технического сотрудничества между своими государствами-членами для содействия осуществлению связанных с высылкой мер. С этой целью был принят ряд директив, направленных, в частности, на признание решения о высылке иностранца с территории одного государства-члена другими государствами.

A. Свобода принимать или не принимать высылаемого иностранца

1. Принцип

61. В деле *Ben Tillett* арбитраж прямо признал, как мы видели, право каждого государства отказывать во въезде на свою территорию иностранцу, который в соответствии с его суверенной оценкой фактов представляет угрозу национальной безопасности: «поскольку нельзя оспаривать право государства запрещать въезд на свою территорию иностранцу, чье поведение или присутствие рассматривается как угроза его безопасности; что оно к тому же обладает полным суверенитетом давать оценку фактам, послужившим основанием для этого запрета»¹²⁸.

62. Известно также, что Европейский суд по правам человека в различных делах указывал, что право государств контролировать въезд на свою территорию иностранцев является признанным принципом международного права:

«[...] забота договаривающихся государств об обеспечении общественного порядка, в частности, при осуществлении их права контролировать в силу общепризнанного принципа международного права и без ущерба для обязательств, вытекающих для них из договоров, въезд, пребывание и выдворение неграждан»¹²⁹.

¹²⁸ Affaire *Ben Tillett* (Royaume-Uni c. Belgique), sentence arbitrale du 26 décembre 1898, dans G. Fr. de Martens, Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux apports de droit international, deuxième série, t. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, p. 269.

¹²⁹ Affaire *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (fond et satisfaction équitable), 18 février 1991, requête n° 10313186, par. 43. Voir aussi affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., par. 102; affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, par. 73; affaire *Ahmed c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, requête n° 25964/94, par. 38; affaire *Bouchelkia c. France*, op. cit., par. 48; affaire *H. L. R. c. France*, op. cit., par. 33.

63. Еще в 1891 году Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что каждое суверенное государство в соответствии с международным правом имеет право решать, каких иностранцев допускать на свою территорию и на каких условиях: «в международном праве признан принцип, в соответствии с которым каждое суверенное государство имеет присущее его суверенитету и принципиально важное для его самосохранения право запрещать въезд иностранцев на свои территории и допускать их только в таких случаях и на таких условиях, которые оно сочтет нужным предписать»¹³⁰.

64. В 1906 году судебный комитет Тайного совета (предшественник Верховного суда Канады) признал в постановлении по делу *Attorney-General for Canada c. Cain* право государства допускать или не допускать иностранцев, даже тех, которые являются гражданами дружественных государств: «В каждом государстве одной из прерогатив верховной власти является полномочие отказывать иностранцам в разрешении на въезд на территорию, полномочие оговаривать разрешение на въезд такими условиями, которые ему угодны, и полномочие высылать или выдворять по своему усмотрению даже иностранца [являющегося гражданином дружественной страны], особенно если оно считает, что присутствие этого иностранца на своей территории направлено против мира, общественного порядка и общественных интересов и его социальных или материальных интересов»¹³¹.

2. Ограничение: право каждого лица возвращаться в свою собственную страну

а) Общее правило

65. Еще в 1892 году Институт международного права выступил с идеей о том, что государство не может отказывать в допуске на свою территорию своим бывшим гражданам, в том числе тем, которые стали апатридами. В статье 2 международных правил допуска и высылки иностранцев говорится следующее:

«В принципе государство не должно запрещать допуск на свою территорию или пребывание на ней ни своим подданным, ни тем, кто, утратив свое гражданство в вышеуказанном государстве, не приобрел никакого другого гражданства»¹³².

66. Как известно, право каждого лица въезжать в свою собственную страну или возвращаться в нее отныне закреплено в основных документах по защите прав человека универсального характера, в частности во Всеобщей декларации прав человека¹³³, Международном пакте о гражданских и политических пра-

¹³⁰ *Nishimura Ekiu c. United States et al.*, United States Supreme Court, 18 January 1892, 142 U.S. 651. Voir aussi *Chae Chan Ping c. United States*, Cour suprême des États-Unis, 13 mai 1889, 130 U.S. 581, 603, 604 («La faculté [d'exclure des étrangers] de son territoire est une prérogative de toute nation indépendante. Elle fait partie intégrante de son indépendance. Dans la mesure où une nation ne pourrait exclure des étrangers, elle serait soumise au contrôle d'une autre puissance») («Право [выдворять иностранцев] со своей территории является прерогативой любого независимого государства. Оно является неотъемлемым атрибутом его независимости. Если бы государство не могло выдворять иностранцев, оно бы подлежало контролю со стороны другой державы»).

¹³¹ [1906] A.C. 542, p. 546.

¹³² *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit.

¹³³ Резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи, Всеобщая декларация прав человека, 10 декабря 1948 года, статья 13, пункт 2.

вах¹³⁴ и Африканской хартии прав человека и народов¹³⁵. Это право закреплено в отношении государства гражданства в Протоколе № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹³⁶ и в Американской конвенции о правах человека¹³⁷.

67. Комитет по правам человека провел изучение смысла слов «своя собственная страна», употребленных в пункте 4 статьи 12 Пакта. В его замечании общего порядка № 27 указано, что смысл этого выражения является более широким, чем выражения «страна гражданства», поскольку оно распространяется на случаи, когда лицо, не имея гражданства данной страны, обладает «тесными долговременными связями» с этой страной¹³⁸:

«20. В формулировке пункта 4 статьи 12 не проводится различия между гражданами и иностранцами («никто»). Поэтому лица, имеющие возможность осуществлять это право, могут быть определены лишь благодаря толкованию значения выражения «свою собственную страну». Сфера охвата понятия «свою собственную страну» шире сферы охвата понятия «страну своего гражданства». Оно не ограничивается гражданством в формальном значении этого понятия, т.е. гражданством, приобретенным по рождению или в результате присвоения; оно распространяется, как минимум, на лиц, которые в силу своих особых связей с рассматриваемой страной или своих претензий в отношении этой страны не могут рассматриваться в качестве иностранцев. В таком положении могут находиться, например, граждане страны, которые были лишены в ней своего гражданства в нарушение международного права...

21. Ни при каких обстоятельствах никакое лицо не может быть произвольно лишено права на въезд в свою страну. Упоминание в этом контексте о понятии «произвольность» делается с целью подчеркнуть, что оно применяется к любым мерам, принимаемым государством, будь то законодательным, административным или судебным; этот принцип гарантирует, что даже вмешательство, предусмотренное законодательством, должно соответствовать положениям, целям и задачам Пакта и должно, в любом случае, являться разумным в соответствующих конкретных обстоятельствах. Комитет считает, что обстоятельства, при которых лишение права на въезд в свою страну могло бы являться разумным, являются весьма немногочисленными, если они существуют вообще. Лишая то или иное ли-

¹³⁴ Резолюция 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи, приложение, Международный пакт о гражданских и политических правах, 16 декабря 1966 года, статья 12, пункт 4.

¹³⁵ Африканская хартия прав человека и народов, статья 12, пункт 2.

¹³⁶ Протокол 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод об обеспечении некоторых иных прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и Протокол № 1 к ней, с поправками, внесенными Протоколом № 11, Страсбург, 16 сентября 1963 года, Европейский союз, *Recueil des Traités*, n° 46, art. 3, par. 2. По мнению Европейского суда: «в соответствии с принципом международного права государство не может отказывать своим собственным гражданам в праве на въезд или проживание». *Van Duyn c. Home Office*, affaire 4174, arrêt, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1974, 1337 [1975], *Common Market Law Reports* : n° 1, 18, 4 décembre 1974 (это дело касалось свободы передвижения, а не высылки).

¹³⁷ Американская конвенция о правах человека, «Пакт Сан-Хосе (Коста-Рика)», статья 22, пункт 5.

¹³⁸ Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 62 et 63.

цо гражданства или высылая его в третью страну, государство-участник не должно произвольно препятствовать возвращению этого лица в свою страну»¹³⁹.

68. Вопрос заключается в том, несет ли бывшее государство гражданства обязанность принимать своих бывших граждан. Право лица вернуться в его собственную страну, как это следует из соответствующих документов по правам человека, может толковаться широко как охватывающее бывшее государство гражданства. Кроме того, бывшее государство гражданства может быть обязано принять своих бывших граждан, с тем чтобы третье государство не было лишено его права высылать иностранцев со своей территории. Однако изучение практики государств, в частности их договорной практики, показывает, что обычное международное право не возлагает на бывшее государство гражданства обязанность в отношении реадмиссии. Это обнаружилось при обсуждении на Гаагской конференции по кодификации вопросов гражданства 1930 года¹⁴⁰ и этим объясняется существование договоров о репатриации (например, Конвенции между Бельгией и Нидерландами, касающейся помощи неимущим лицам в их репатриации, от 15 мая 1936 года¹⁴¹). Кроме того, лишение гражданства лица, которое находится на территории третьего государства, было названо злоупотреблением властью или превышением полномочий ввиду того бремени, которое ложится на государство, на территории которого продолжает находиться иностранец¹⁴².

69. Отказ бывшего государства гражданства принять своего бывшего гражданина может стать препятствием для осуществления государством территориальной юрисдикции своего права на высылку иностранца, если никакое другое государство не желает его принять¹⁴³.

«Эффективная высылка иностранца обычно требует согласия государства, гражданином которого он является. Так, обычно считается, что государство обязано принять высланное лицо, которое требует допуска на его тер-

¹³⁹ Комитет по правам человека (Международный пакт о гражданских и политических правах), замечание общего порядка № 27: свобода передвижения (статья 12), 2 ноября 1999 года, пункты 20 и 21.

¹⁴⁰ Actes de la Conférence de codification du droit international, vol. 2, minutes de la Première Commission : nationalité, Société des Nations, document n° C.351 a).M.145 a).1930.V.

¹⁴¹ См. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, 1937-1938, n° 4131, p. 41. Rainer Hofmann, op. cit., p. 1005.

¹⁴² См. Ruth Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2^e éd., New York, Transnational Publishers, Inc., 1994. p. 153; David A. Martin, op. cit., p. 41.

¹⁴³ «Нельзя заключить, что международное право терпимо относится к отказу в приеме. Никто не спорит с тем, что каждое государство обладает правом высылки, которое сопутствует его праву определять условия въезда на свою территорию. Это право сводится на нет, если другое государство отказывается выполнять условия, которые оно предполагает и соблюдение которых является принципиально важным для его осуществления». [Lawrence Preuss, « International Law and Deprivation of Nationality », *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, p. 250 à 276, spécialement p. 272 (относительно обязанности государства принимать своих бывших граждан, являющихся апатридами).] «Лишение гражданства и высылка, естественно, имеют последствия для соответствующего лица, но также влекут последствия для других государств в силу навязанного лицу статуса апатрида. Другие государства оказываются вынужденными либо предоставлять право на проживание лицу, которое не является его гражданином, либо вынуждать это лицо постоянно перемещаться между данными государствами, пока одно из них не дрогнет» (Niall MacDermot (dir.), op. cit., p. 23).

риторию. Государство тем более не может отказываться принять это лицо, если за время своего отсутствия высланное лицо утратило его гражданство, не приобретя никакого другого. В то же время непонятно, каким образом государство, которое лишило своего гражданства лицо, которое обязалось хранить ему верность, может правомерно требовать, чтобы другое государство, гражданство которого это лицо не получило, допустило его на свою территорию, когда первое государство пытается, например посредством запрета, заставить его покинуть свою территорию. Есть все основания серьезно разобраться с вопросом о том, запрещается ли государству высылать со своей территории такого иностранца в силу того, что он был лишен гражданства своей страны происхождения и не смог получить гражданства другого государства. Государство, которое прибегает к высылке, не обязано с точки зрения международного права позволять иностранцу проживать на своей территории до тех пор, пока какое-либо другое государство не проявит готовности его принять»¹⁴⁴.

70. В статье 1 Специального протокола, касающегося одного из случаев бесподданства, 1930 года обязанность государства принять своего бывшего гражданина, который стал апатридом, изложена следующим образом:

«Если лицо по въезде в иностранное государство утрачивает свое гражданство, не приобретая другого гражданства, государство, гражданством которого оно обладало последний раз, обязано его принять по просьбе государства пребывания:

1. Если это лицо постоянно бедствует в результате неизлечимой болезни либо по любой другой причине; или
2. Если это лицо было приговорено в государстве пребывания к лишению свободы на срок не менее одного месяца, который оно либо отбыло, либо получило полное или частичное освобождение.

В первом случае государство, гражданством которого это лицо в последний раз обладало, может отказаться принять его, если оно обязуется оплатить расходы по оказанию ему помощи в стране, где оно находится, начиная с 30 дня с даты поступления запроса. Во втором случае, расходы по транспортировке несет страна, сделавшая запрос о возвращении»¹⁴⁵.

в) Особый случай беженцев

71. Беженец, которому грозит высылка, должен иметь возможность добиваться допуска в государство иное, чем государство его происхождения, до осуществления решения о высылке. Конвенция о статусе беженцев требует, чтобы в случае высылки беженцу, законно находящемуся на территории государства, был предоставлен достаточный срок для получения законного права на въезд в другое государство, предусматривая в пункте 3 статьи 32 следующее: «Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный

¹⁴⁴ Charles Cheney Hyde, *op. cit.*, p. 231 et 232; voir également John Fischer Williams, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁵ Специальный протокол, касающийся одного из случаев бесподданства, 1930 года, Гаага, 12 апреля 1930 года, *ILM*, vol. 13, 1974, p. 1. Статья 2, в частности гласит: «Включение этих принципов и правил не предвещает вопроса о том, являются ли эти принципы и правила фактически частью международного права».

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».

72. Как объясняется в комментарии Робинсона к Конвенции, это положение касается статуса беженца после того, как в отношении него было принято окончательное решение о высылке. В этом же комментарии говорится, что, хотя это в явно выраженной форме не требуется Конвенцией, высылкаемому беженцу должны быть предоставлены условия, предусмотренные в пункте 2 статьи 31 Конвенции¹⁴⁶. Кроме того, меры внутреннего характера, которые государство-участник может применять в течение этого срока, не должны сделать для беженца невозможным обеспечение допуска в какое-либо другое место.

«Пункт 3 статьи 32 касается статуса беженца после того, как было вынесено окончательное решение о высылке. Он не позволяет государству немедленно осуществить высылку; напротив, этот пункт предписывает ему предоставить беженцу достаточный срок, чтобы найти место, куда отправиться. Хотя в пункте 3 прямо не говорится об этом, можно предположить, что беженцу должны быть также предоставлены необходимые возможности, предусмотренные в пункте 2, поскольку без этого нельзя будет получить допуск в другую страну. Второе предложение пункта 3 сформулировано более ограничительно, чем первое предложение пункта 2 статьи 31, поскольку там говорится о мерах, которые «они [договаривающиеся государства] сочтут необходимыми», в то время как во втором случае упоминаются меры, «которые необходимы». Различие состоит в субъективной оценке этих мер: в случае статьи 31 они должны представляться необходимыми объективному наблюдателю, а в случае статьи 32 достаточно того, чтобы объективными их сочли компетентные органы. Но даже в этом случае они не могут носить такой характер, который сделал бы невозможным для беженца допуск куда-либо еще, поскольку Конвенция считает высылку мерой, которая должна приниматься только в том случае, если беженец не может покинуть страну по своей собственной воле»¹⁴⁷.

73. Как отметил процитированный выше автор, в Конвенции нет указания о том, что является «достаточным сроком» для целей пункта 2 статьи 32. В соответствии с национальной судебной практикой два месяца для этого недостаточно: «Настоящая Конвенция не содержит указания о том, что является достаточным сроком. В соответствии с решением федерального административного суда по делу *Hodzic c. le Land de Rhénanie-Westphalie* двухмесячный срок является чересчур коротким»¹⁴⁸.

74. Тот же автор, впрочем, отмечает, что это положение не применяется в случаях, когда другое государство несет обязанность реадмиссии беженца. В

¹⁴⁶ В этом положении, которое касается ситуации беженцев, незаконно находящихся на территории государства, указывается: «Договаривающиеся государства не будут стеснять свободу передвижения таких беженцев ограничениями, не вызываемыми необходимостью; такие ограничения будут применяться только до тех пор, пока статус этих беженцев в данной стране не будет урегулирован или пока они не получат права на въезд в другую страну. Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок и все необходимые условия для получения ими права на въезд в другую страну».

¹⁴⁷ Nehemiah Robinson, *op. cit.*, p. 135 et 136.

¹⁴⁸ Atle Grahl-Madsen, *op. cit.*, par. 11.

этом случае беженец может быть выслан без дальнейшей задержки. Как отмечает А. Грааль-Мадсен, «это положение не применяется, если другая страна убежища несет обязанность реадмиссии беженца, и в этом случае он может быть возвращен в эту страну без задержки»¹⁴⁹.

В. Выбор государств назначения

1. Свобода высылаемого лица выбирать государство назначения

75. В принципе высылаемый должен иметь возможность сам выбрать государство назначения. Специальный докладчик Института международного права г-н Феро-Жиро в проекте регламента высылки иностранцев 1891 года указал, что «обычно ... высылаемый ... должен быть препровожден до границы территории государства, которому она принадлежит, или до ближайшей границы...»¹⁵⁰. Однако «у него всегда должна оставаться свобода выбора в качестве места выезда с территории иной границы, помимо границы государства, гражданином которого он является»¹⁵¹. И наконец, в статье 33 международных правил допуска и высылки иностранцев от 9 сентября 1892 года Институт международного права установил, что «иностранец, которому предписано выехать с территории ... определяет границу, через которую он намерен выехать»¹⁵². Такой способ решения вопроса был актуален только в эпоху, когда высылка осуществлялась практически исключительно через наземные границы. Он не может быть сохранен в условиях, когда высылка осуществляется в подавляющем большинстве случаев воздушным путем, как, например, это имеет место сегодня. В таких условиях вопрос скорее заключается в выборе государства назначения, а не в определении границы выезда с территории высылающего государства.

76. Принцип свободы выбора государства назначения закреплен в ряде международных конвенций. Так, пункт 7 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает: «Без ущерба для осуществления решения о высылке трудящийся-мигрант или член его или ее семьи, на которого распространяется это решение, может просить разрешения на въезд в другое государство, помимо государства его или ее происхождения»¹⁵³. Конвенция о статусе беженцев (Женевская конвенция) 1951 года также устанавливает эту конкретную норму¹⁵⁴: беженец,

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 275 à 282, spécialement p. 280, par. XV.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Institut de droit international, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, session de Genève, 9 septembre 1892, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, 1892-1894, p. 218 et suiv.

¹⁵³ Конвенция, принятая резолюцией 45/158 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 18 декабря 1990 года и вступившая в силу 1 июля 2003 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 44*, том I (A/45/49).

¹⁵⁴ V. Chetail, «Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international», dans V. Chetail (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, publication de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 pages, p. 3 à 61, spécialement p. 49.

которому принимающее государство предписывает покинуть его территорию по соображениям государственной безопасности или общественного порядка и который, как известно, не может быть возвращен на территорию тех стран, где его жизни или свободе угрожает опасность, должен иметь возможность найти страну, которая будет готова разрешить ему въезд и обеспечит соблюдение его вышеуказанных прав. Действительно, пункт 3 статьи 32 Женевской конвенции устанавливает порядок исполнения решения о высылке, принятого в отношении беженца, и предусматривает, что: «Договаривающиеся государства будут предоставлять таким беженцам достаточный срок для получения законного права на въезд в другую страну (...)». Однако по причине возникающих в этой связи трудностей поиск страны, готовой предоставить такому беженцу право въезда, порою оказывается безуспешным. Исполнительный комитет Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев рекомендовал государствам, чтобы «в случаях, когда осуществление высылки практически невозможно, [они] рассматривали вопрос о предоставлении беженцам-правонарушителям того же правового положения, что и гражданам-правонарушителям»¹⁵⁵.

2. Осуществление выбора государства назначения высялающим государством вместо высялаемого лица

77. Как было отмечено выше, по общему правилу лицо высывается в государство, гражданином которого оно является. Но если затрагиваемый иностранец полагает, что в своей собственной стране он подвергнется пыткам, возникает проблема выбора государства, в которое он должен быть выслан. В самом деле, возвращение иностранца в страну, где ему угрожает опасность, может причинить ему непоправимый вред. Общей практики в этом вопросе не существует, но в разных частях мира приняты определенные меры с целью гарантировать выбор государства назначения в случае высылки.

78. В Европе общая практика сложилась с принятием Конвенции об определении государства, ответственного за рассмотрение заявлений о предоставлении убежища, поданных в одном из государств — членов Европейских сообществ от 15 июня 1990 года (Дублинская конвенция). Эта Конвенция предусматривала ряд мер, призванных обеспечить, чтобы заявление о предоставлении убежища рассматривалось одним из государств-членов, а не передавалось поочередно то в одно государство, то в другое. В статьях 4–8 содержались критерии, позволяющие определить, какое государство-член обязано рассматривать заявление о предоставлении убежища. Согласно статье 7, ответственность за рассмотрение заявления о предоставлении убежища возлагается на государство-член, ответственное за контроль за въездом иностранца на территорию государств-членов. По смыслу Конвенции государство-член, получившее заявление о предоставлении убежища от иностранца, первое заявление которого было отклонено юридически ответственным государством-членом, будет иметь право выслать такого просителя в государство, отказавшее ему в убежище. Однако эта мера может привести к возникновению проблемы с точки зрения Конвенции против пыток. При рассмотрении дела *T. I. c. Royaume-Uni*¹⁵⁶ судья Ев-

¹⁵⁵ Заключение № 7 (XVIII) [1977 год] Исполнительного комитета Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев, citée par M. Chetail, loc. cit., p. 49.

¹⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, décision du 7 mars 2000, *T. I. c. Royaume-Uni*, requête n° 43844/98.

ропейского суда по правам человека проанализировал взаимосвязь между положениями Дублинской конвенции и статьей 3 Европейской конвенции о правах человека, которая запрещает пытки. В этом деле заявителю грозило принудительное возвращение в Германию, где ранее уже было принято решение о его высылке в Шри-Ланку. Заявитель не находился «в строгом смысле слова под угрозой подвергнуться в Германии такому обращению, которое противоречило бы статье 3 Конвенции». Однако его возвращение в это государство означало «лишь звено в цепи вероятных событий, которые в конечном итоге могли бы привести к его возвращению в Шри-Ланку, где для него [предположительно] существовала реальная угроза такого обращения»¹⁵⁷. Поэтому Суд счел, что «опосредованное возвращение в промежуточную страну, которая также является Договаривающимся государством, никоим образом не влияет на обязанность Соединенного Королевства, которое, принимая решение о высылке заявителя, должно позаботиться о том, чтобы он не подвергся угрозе обращения, противоречащего статье 3 Европейской конвенции»¹⁵⁸. Кроме того, Суд заявил, что «когда государства заключают международные соглашения о сотрудничестве в определенных сферах деятельности, такие соглашения могут иметь последствия для защиты основных прав»¹⁵⁹. По мнению Суда, «если бы Договаривающиеся государства таким образом освободились от всякой ответственности в отношении соответствующей сферы деятельности», это противоречило бы «цели и объекту» Европейской конвенции о правах человека¹⁶⁰. Тем не менее Суд посчитал, что «наличие реальной угрозы того, что Германия вышлет заявителя в Шри-Ланку в нарушение статьи 3 Конвенции, установлено не было»¹⁶¹. Следовательно, несмотря на свое решение отправить заявителя обратно в это государство, также являющееся членом Союза, «Соединенное Королевство (...) не нарушило своих обязательств, вытекающих из этой нормы»¹⁶².

79. Если судья Европейского суда при рассмотрении заявления иностранца отдает себе отчет в том, что в государстве назначения заявитель рискует подвергнуться жестокому обращению, он предлагает высылающему государству принять временные меры, например приостановить процедуру высылки.

80. Законодательство ряда стран наделяет иностранца отдельным правом обжаловать решение о выборе места назначения в случае высылки, но не в случае принудительного возвращения.

«В вопросах высылки государства, как правило, более свободны в выборе страны назначения, в которую выдворяется лицо, и нередко это лицо препровождается в место посадки на транспортное средство. Тем не менее следует учитывать, что, в то время как национальные органы имеют достаточно широкие возможности для выбора места назначения как в теории, так и на практике, иностранец, в отношении которого принимаются меры по выдворению, лишь в редких случаях вправе оспорить решение или самостоятельно принять меры для своего отъезда. Однако сразу после пересечения границы ему согласно практике государств зачастую разрешают пользоваться определенными процессуальными гарантиями. Например,

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

ему предоставляется возможность обжалования не только самой высылки, но и предложенного места назначения, а также возможность добиваться въезда в другую страну по его выбору. Разумеется, в конечном счете, если никакое другое государство не выражает желания его принять, то единственным государством, в которое иностранец может быть выслан на законных основаниях, является государство его подданства или гражданства. Если он не может добиться допуска куда-либо еще, предпринятое им обжалование выдворения обычно остается без удовлетворения»¹⁶³.

81. Однако нельзя утверждать, что такое право существует в международном праве. Кроме того, существование такой нормы препятствовало бы осуществлению государством его суверенного права на высылку, которое ограничено только требованием об уважении прав человека высылаемого иностранца, в том числе, как уже было отмечено, материальных и процессуальных прав. Для того чтобы выбор высылающим государством государства назначения отвечал требованиям международного права в этой области, достаточно, чтобы при осуществлении права на высылку высылающее государство, в частности, убедилось в том, что высылаемый иностранец не подвергнется в государстве назначения пыткам или бесчеловечному и унижающему достоинство обращению. Высылающее государство нельзя обязать учитывать выбор иностранца, подлежащего высылке, за исключением тех случаев, когда оно не имеет возможности определить государство гражданства последнего или существует риск того, что в государстве гражданства данный иностранец подвергнется пыткам или бесчеловечному и унижающему достоинство обращению, а также если этому иностранцу удалось получить разрешение третьего государства на въезд на его территорию.

С. Государство, способное принять высылаемого иностранца

82. Как было отмечено в пятом докладе Комиссии о высылке иностранцев¹⁶⁴, государство, способное принять иностранца, высылаемого другим государством, должно удовлетворять определенным критериям, с тем чтобы быть в состоянии гарантировать данному иностранцу уважение его основных прав, таких как право не подвергаться пыткам. В этом вопросе международные договоры и судебная практика совпадают.

1. Формирование и закрепление концепции «безопасных стран»

83. Понятие «безопасная страна» появилось в Германии в статье 16 Основного закона этой страны¹⁶⁵. Согласно этому положению, не подлежит удовлетворению ходатайство о предоставлении убежища иностранцу, прибывшему из страны происхождения или иной третьей страны, которая считается безопасной. Безопасные страны происхождения — это страны, в которых отсутствуют политические преследования и никоим образом не нарушаются права человека.

¹⁶³ Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 223 et 224 (voir *R. v. Governor of Brixton Prison, ex parte Sliwa* [1952] 1 All E.R. 187).

¹⁶⁴ A/CN.4/611.

¹⁶⁵ N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration — Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 pages, p. 185.

Перечень таких стран определяется специальным законом¹⁶⁶. Безопасные третьи страны — это страны, признанные соблюдающими Женевскую конвенцию 1951 года и Европейскую конвенцию о правах человека¹⁶⁷, и, в силу презумпции, государства — члены Европейского союза. В Нидерландах также приняты законы о безопасных странах происхождения и безопасных третьих странах и разработаны перечни таких стран, в которые могут вноситься изменения¹⁶⁸. Понятие «безопасная страна» было воспроизведено в законодательстве Европейских сообществ. Пункт 5 статьи 3 Конвенции об определении государства, ответственного за рассмотрение заявлений о предоставлении убежища, поданных в одном из государств — членов Европейских сообществ (Дублинская конвенция) от 15 июня 1990 года предусматривает: «Любое государство-член сохраняет за собой право в соответствии со своим внутренним законодательством переадресовать лицо, подавшее заявление о предоставлении убежища, к третьему государству согласно положениям Женевской конвенции с изменениями, внесенными Нью-Йоркским протоколом»¹⁶⁹. Регламент Совета Европейского союза 343/2003 от 18 февраля 2003 года, заменивший Дублинскую конвенцию, воспроизводит текст пункта 5 статьи 3 в пункте 3 статьи 3¹⁷⁰.

84. В 1992 году министры европейских государств по вопросам иммиграции приняли резолюцию, в которой они определили понятие «безопасной третьей страны»¹⁷¹. Согласно этой резолюции, «безопасным» считается государство, которое не угрожает жизни и свободе лиц в нарушение положений Женевской конвенции 1951 года, не применяет пытки или жестокое обращение и соблюдает принцип недопустимости принудительного возвращения (*non-refoulement*). В таком виде это понятие закреплено в европейском праве. 25 ноября 1997 года на 609-м заседании на уровне заместителей министров Комитет министров Европейского совета принял рекомендацию № R (97) 22, содержащую руководящие принципы применения концепции безопасных третьих стран. В этой рекомендации Комитет утвердил, без ущерба для других международных документов, применимых между государствами-членами, следующие руководящие принципы: i) соблюдение третьей страной международных стандартов в области прав человека касательно убежища, установленных универсальными и региональными документами, включая соблюдение запрещения пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; ii) соблюдение третьей страной международных принципов защиты беженцев,

¹⁶⁶ Источник: Sénat français, Service des affaires européennes, note de synthèse sur «L’immigration et le droit d’asile» disponible en version HTML sur <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html>.

¹⁶⁷ Этот перечень, в который с санкции законодателя могут быть внесены изменения, включает, например, Сенегал и Гану.

¹⁶⁸ Имеются в виду законы от 1 декабря 1994 года и 2 февраля 1995 года. Источник: Sénat français, Service des affaires européennes, note de synthèse sur «L’immigration et le droit d’asile» disponible en version HTML sur <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html>.

¹⁶⁹ Конвенция об определении государства, ответственного за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища, поданных в одном из государств — членов Европейских сообществ; *Journal officiel des Communautés européennes* n° C 254 du 19 août 1997, p. 1.

¹⁷⁰ Регламент Совета (ЕС) № 343/2003 от 18 февраля 2003 года, устанавливающий критерии и механизмы определения государства-члена, ответственного за рассмотрение заявлений о предоставлении убежища ..., *op. cit.* Le règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 porte sur les modalités d’application du règlement 343/2003, *Journal officiel des Communautés européennes* n° L 222 du 5 septembre 2003, p. 3.

¹⁷¹ Résolution des ministres chargés de l’immigration, 30 novembre-1^{er} décembre 1992, sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d’accueil, SN 4823/92.

провозглашенных в Конвенции 1951 года и в Протоколе 1967 года о статусе беженцев, в особенности принципа невозвращения (*non-refoulement*); iii) третья страна будет обеспечивать эффективную защиту против принудительного возвращения (*refoulement*) и возможность ходатайствовать о предоставлении убежища и пользоваться им; iv) просителю убежища уже была предоставлена эффективная защита в третьей стране, или он имел возможность связаться с ее властями на границе или на территории этой страны, чтобы обратиться к ней за поддержкой до своего прибытия в государство-член, в котором он подал заявление о предоставлении убежища, или ввиду личных обстоятельств, в частности его прежних отношений с третьей страной, имеются убедительные основания для его допуска в третью страну. В резолюции министров европейских государств по вопросам иммиграции от 30 ноября 1992 года (Лондонская резолюция) по общей политике в области незаконной миграции государства-члены также ввели определение принимающих третьих стран, в которые может быть выслан проситель убежища, и постановили, что проситель убежища может быть выслан в какое-либо государство при условии, что в этом государстве не существует угрозы его жизни и свободе, он не подвергнется пыткам или иным бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения, он уже получил защиту этой страны или имеются убедительные свидетельства допустимости его въезда; в этой стране ему будет предоставлена эффективная защита от принудительного возвращения.

85. Таким образом, концепция «безопасных» стран позволяет государствам-членам в тех случаях, когда государство происхождения признано «безопасным», применять процедуру ускоренного рассмотрения заявлений, соблюдая при этом гарантии индивидуального подхода. Однако государства сохраняют широкие пределы усмотрения при определении понятия «безопасная страна», что препятствует единообразному толкованию критериев «безопасности». Поэтому высылающее государство должно рассмотреть вопрос о наличии таких рисков и их значимости и не может ссылаться на соображения общественного порядка в качестве обоснования высылки иностранца. В случае отклонения поданного иностранцем заявления о предоставлении убежища государство-член обязано выслать его в какую-либо безопасную страну. Это может быть страна происхождения просителя или иное третье государство¹⁷².

86. С целью регулирования порядка проведения высылающим государством оценки положения в государстве назначения Совет должен утвердить общий изменяемый минимальный перечень третьих стран, которые государства — члены Европейского союза относят к безопасным странам происхождения. Этот перечень должен быть разработан с учетом информации, полученной от государств-членов и от Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ), Совета Европы и компетентных национальных организаций. Наличие этого перечня не мешает государствам включать в категорию безопасных и другие страны происхождения, но такие решения должны быть доведены до сведения Комиссии. Издание этого перечня должно способствовать более оперативному рассмотрению заявлений о предоставлении убежища. Согласно статье 36 Директивы, третья европейская

¹⁷² Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *Journal officiel de l'Union européenne* n° L 326 du 13 décembre 2005, p. 13; rectificatif, *Journal officiel de l'Union européenne* n° L 236 du 31 août 2006, p. 36.

страна является безопасной, если она ратифицировала Женевскую конвенцию 1951 года и Европейскую конвенцию о правах человека, если ее законодательство предусматривает процедуру предоставления убежища или она включена в общий перечень безопасных стран, составленный Советом. Тем не менее, в соответствии с Директивой, «тот факт, что третья страна определена в качестве безопасной страны происхождения (...), не дает гражданам этой страны абсолютной гарантии безопасности (...). [Поэтому], важно, что в тех случаях, когда проситель представляет веские доводы, указывающие на небезопасность соответствующей страны применительно к его конкретному случаю, факт определения этой страны в качестве безопасной более не может рассматриваться как значимый в его ситуации»¹⁷³.

87. Некоторые авторы выступили с критикой этого подхода. Ф. Жюльен-Лаферрьер полагает в этой связи, что «европейские государства намерены максимально ограничить въезд и пребывание на своей территории иностранцев, в том числе ходатайствующих о предоставлении убежища. Для этого они стремятся создавать механизмы, призванные обеспечить, чтобы просители убежища оставались если не в своей стране происхождения или проживания, то, по крайней мере, в странах или географических районах, расположенных в максимальной близости к их стране происхождения. [Концепция] «безопасной третьей страны» идеально подходит для достижения этой цели (...)»¹⁷⁴. Заключение соглашений о реадмиссии или включение в международные соглашения положений о реадмиссии отчасти имеют целью способствовать осуществлению этой политики высылки в «безопасные страны».

88. Эта концепция, появившаяся недавно и закреплённая на данный момент только в европейской практике, пока еще не может являться предметом проекта нормы общего характера, тем более, что она, по существу, расплывчата.

2. Государство назначения

89. Когда речь идет о выборе страны назначения, подлежащему высылке иностранцу может быть предоставлено несколько вариантов, включая государство гражданства, государство постоянного проживания, государство, выдавшее иностранцу проездные документы, государство посадки, государство — участник договора, государство, согласившееся его принять, а также другие государства. Национальное законодательство государств зачастую обуславливает выбор государства назначения высылаемого иностранца обстоятельствами конкретного дела¹⁷⁵. При определении государства назначения может возникнуть необходимость установить, будет ли затрагиваемый иностранец допущен на территорию того или иного государства.

¹⁷³ Point 21 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié.

¹⁷⁴ F. Julien-Laferrrière, «La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés», dans V. Chetail (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, publication de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 pages, p. 251 à 286, spécialement p. 282.

¹⁷⁵ «Внутреннее право часто предусматривает выдворение или высылку иностранцев в самые разные юрисдикции». Richard Plender, op. cit., p. 468.

а) Государство гражданства

90. Государство гражданства представляется наиболее естественным местом назначения, и во всяком случае наиболее распространенным для иностранцев подлежащих высылке, поскольку по международному праву это государство обязано принимать своих граждан. Эта обязанность закреплена в Конвенции о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам¹⁷⁶, 1928 года. Но иностранец может возражать против высылки в государство своего гражданства ввиду грозящей ему опасности подвергнуться пыткам или ввиду состояния здоровья. Международные документы и судебная практика едины в этом вопросе. В этой связи пункт 7 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей предусматривает, что «без ущерба для осуществления решения о высылке трудящийся-мигрант или член его или ее семьи, на которого распространяется это решение, может просить разрешения на въезд в другое государство, помимо государства его или ее происхождения».

91. Обязанность государства принимать своих граждан рассматривалась также в литературе¹⁷⁷. Еще в 1892 году Институт международного права признал, что государства не могут запретить своим гражданам въезд на свою территорию¹⁷⁸. Некоторые авторы усматривали в этой обязанности неизбежное следствие права государства высылать иностранцев, поскольку она позволяет реализовать это право¹⁷⁹.

92. Возникает вопрос: обязано ли государство допускать на свою территорию своих граждан, подвергшихся незаконной высылке¹⁸⁰. Иначе говоря, обязано ли государство разрешать въезд своим гражданам в тех случаях, когда высылающее государство не имеет права высылать этих лиц, или сделало это в нарушение норм международного права? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо рассмотреть взаимосвязь между правом принимающего государства высылать иностранца со своей территории и обязанностью государства гражданства принимать своих граждан, высланных из других государств. Этот вопрос также требует рассмотрения возможных правовых последствий незаконной высылки

¹⁷⁶ Конвенция о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам, принятая шестой Международной американской конференцией, подписанная в Гаване 20 февраля 1928 года, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, 1932-1933, n° 3045, p. 306. Пункт 2 статьи 6 гласит: «Государства обязаны принимать своих граждан, высланных из иностранного государства и возвращающихся на родину».

¹⁷⁷ См. Karl Doehring, *op. cit.*, p. 111; Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 255; David John Harris, *op. cit.* p. 505; Richard Plender, « The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law », *op. cit.*, p. 26; Ivan Anthony Shearer, *op. cit.*, p. 78; voir également S. K. Agrawala, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁸ «В принципе государство не должно запрещать доступ или пребывание на своей территории либо своим подданным, либо тем, кто, утратив гражданство указанного государства, не приобрел никакого иного гражданства». *Правила приема и высылки иностранцев*, указ. соч. статья 2 (Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, *op. cit.*, art. 2).

¹⁷⁹ См. Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 136 (citant Schwarzenberger, *International Law* (3^e éd., 1957), vol. I, p. 361; Oppenheim, *International Law* (8^e éd., 1955), vol. I, p. 645 et 646; Robert Jennings et A. Watts, *op. cit.*, p. 944; Richard Plender, *op. cit.*, p. 459.

¹⁸⁰ «Более того, далеко не ясно, что на государстве лежит обязанность принимать тех своих граждан, которые были незаконно высланы из другого государства, по крайней мере постольку, поскольку обязанность предоставлять допуск является обязанностью, существующей только между государствами». Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 201 et 202.

в контексте средств правовой защиты. Традиционная доктрина, как представляется, исходит из того, что государство обязано принимать своих граждан именно в силу их гражданства и независимо от законности или незаконности высылки или других обстоятельств их возвращения на родину¹⁸¹.

93. Отметим также, что государство гражданства может устанавливать условия допуска своих граждан, например предоставление доказательства гражданства в виде паспорта или иных документов. В тех случаях, когда лицо не имеет возможности предоставить запрашиваемую информацию, могут возникнуть практические проблемы. Высказывалось мнение, что любому лицу, заявляющему свое право на возвращение, должна быть предоставлена разумная возможность доказать гражданство, равно как и средства правовой защиты в случае отказа в признании гражданином. Изучив ситуацию, сложившуюся в ряде стран на основании их законодательства, Л. Б. Сон и Т. Бюргенталь пришли к следующему выводу:

«В любом случае лицу, претендующему на право возвратиться в страну, должна быть предоставлена возможность доказать свое гражданство, и вопрос должен быть решен объективно при соблюдении законности. В том случае, если отклоняются претензии на статус гражданина и, как следствие, право на въезд, должна быть представлена возможность пересмотра такого решения соответствующими судебными или административными органами»¹⁸².

94. Поднимался вопрос относительно того, распространяется ли обязанность принять гражданина в государстве гражданства в случае двойного (или множественного) гражданства. Как указывал Специальный докладчик в своих третьем и четвертом докладах¹⁸³, этот вопрос регулируется нормами международного права о гражданстве и поэтому выходит за рамки предмета настоящего исследования. Следует, однако, напомнить, что во всех государствах, гражданином которых является лицо, обладающее двойным или множественным гражданством, оно имеет одинаковый статус и пользуется одними и теми же правами.

95. Национальные законы некоторых государств¹⁸⁴ предусматривают выдворение иностранца в государство гражданства или другое государство, с которым данное лицо связывают особые узы. Так, государство, принимающее меры к выдворению иностранца, может выслать его в государство, гражданином или

¹⁸¹ См. Louis B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, p. 39 et 40 (citant les arrêts de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 1955 *C.I.J. Recueil* 4 et de la Cour européenne de justice dans l'affaire *van Duyn c. Home Office*, affaire 41-74, *Recueil de jurisprudence*, 1974, p. 1337).

¹⁸² Louis B. Sohn et T. Buergenthal, *op. cit.*, p. 46 et 47; David John Harris, *op. cit.*, p. 506.

¹⁸³ Третий доклад, см. доклад Комиссии международного права, пятьдесят девятая сессия, 7 мая — 5 июня и 9 июля — 10 августа 2007 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 10 (A/62/10)*, четвертый доклад, см. доклад Комиссии международного права, шестидесятая сессия, 5 мая — 6 июня и 7 июля — 8 августа 2008 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*.

¹⁸⁴ Анализ этого национального законодательства и практики взят из Меморандума секретариата «Высылка иностранцев», указ. соч., пункты 511, 512 и 513.

подданным¹⁸⁵, или уроженцем¹⁸⁶ которого он является; государство его «принадлежности»¹⁸⁷, государство «происхождения» иностранца (если это государство отличается от государства гражданства)¹⁸⁸ или государство рождения иностранца¹⁸⁹. Выдворяющее государство может установить это место назначения в качестве первоначального варианта¹⁹⁰, альтернативного первоначального варианта¹⁹¹, вторичного варианта, который оно может выбрать¹⁹², или альтернативного вторичного варианта¹⁹³.

96. Национальные суды государств, как правило, признают право государства высылать иностранца в его государство гражданства¹⁹⁴. Более того, некоторые

- ¹⁸⁵ Беларусь, Закон 1998 года, статьи 19, 33; Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Нигерия, Закон 1963 года, статьи 17(1)(с)(i) и 22(1); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 241 (b)(1)(C)(i), (2)(D), 250; Франция, Кодекс, статьи L.513-2 (1) и L.532-1; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(1).
- ¹⁸⁶ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250.
- ¹⁸⁷ Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 13(12), Закон № 40 (1998), статья 11(12), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а).
- ¹⁸⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5.
- ¹⁸⁹ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64 (2)(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241 (b) (1) (C) (iv) и (vi); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 53 (2)(4) и (5).
- ¹⁹⁰ Беларусь, Закон 1998 года, статья 19; Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 17(1)(с); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(1); Франция, Кодекс, статьи L.513-2 (1) и L.532-1; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(1).
- ¹⁹¹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а); Нигерия, Закон 1963 года, статья 22(1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 252; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5. Государство может: 1) прямо разрешить иностранцу выбрать этот вариант (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250); 2) прямо предоставить этот выбор соответствующему министру (Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а); Нигерия, Закон 1963 года, статья 22(1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; или 3) не уточнять, кому надлежит делать выбор (Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5).
- ¹⁹² Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 240(b)(1)(C), (2)(D) (но только в том случае, если государство назначения является государством гражданства иностранца).
- ¹⁹³ Некоторые государства не разрешают иностранцам выбирать этот вариант [Республика Корея, Закон 1972 года, статья 64(2)(1)-(2)] или не уточняют, кому надлежит делать выбор [Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1)].
- ¹⁹⁴ См., например, *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, *op. cit.*, p. 252. *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, *op. cit.*, p. 469 à 500; дело о запрете на проживание (1), *op. cit.*, p. 431 à 433; *Chan c. McFarlane*, *op. cit.*, p. 213 à 218; *United States Ex Rel. Hudak v. Uhl*, District Court, Northern District, New York, 1er septembre 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, années 1935–1937, Н. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 161, p. 343 («Представляется по меньшей мере странным утверждение, что существуют какие-либо ограничения на право суверенного государства депортировать в его родную страну иностранца, который незаконно въехал в Соединенные Штаты, независимо от того, въехал ли он непосредственно из его родной страны или через какую-либо другую страну»).

национальные суды руководствовались презумпцией, согласно которой высланный гражданин будет допущен на территорию государства гражданства¹⁹⁵. Отметим, однако, что при рассмотрении других дел суды указали на то, что государство гражданства не обязательно проявляло заинтересованность в приеме своего гражданина¹⁹⁶. И все же эти дела представляют собой скорее немногочисленные исключения по сравнению с тенденцией, преобладающей настолько, что она уже становится правилом в этой области.

b) Государство постоянного проживания

97. Законодательством ряда государств предусмотрено выдворение иностранцев в то государство, в котором иностранец имеет место постоянного жительства или в котором он проживал до въезда на территорию высялающего государства¹⁹⁷. Высылающее государство может установить это место назначения высылаемого в качестве первоначального варианта¹⁹⁸ или вторичного варианта по своему выбору¹⁹⁹.

c) Государство выдачи паспорта

98. Иностранец может быть возвращен в государство, которое выдало ему паспорт, в двух различных ситуациях. Паспорт может рассматриваться как доказательство гражданства иностранца. В таком случае высылаемый иностранец фактически возвращается в свое государство гражданства. Однако иногда государства выдают паспорта негражданам. В таком случае иностранец может быть возвращен в государство, выдавшее ему паспорт, поскольку возможность возвращения владельца паспорта в это государство, как представляется, является существенным условием действительности паспорта. Отмечая в этой связи заявление Верховного суда Бразилии о том, что выдворение румынского гражданина не могло быть осуществлено из-за отказа румынского правительства выдать ему паспорт, один автор пишет: «В настоящее время имеется обширная доктрина, подтверждающая, что обладание паспортом указывает на обязанность выдавшего паспорт государства вновь допустить в страну обладателя паспорта, если он выдворен из другого государства и ему некуда больше по-

¹⁹⁵ См., например, *United States Ex Rel. Tom Man v. Shaughnessy*, États-Unis, District Court, Southern District, New York, 16 mai 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (dir. publ.), p. 400. («Хотя в большинстве случаев можно было бы презюмировать, что «страна, в которой он родился», согласится принять депортируемого иностранца, такая презумпция сама по себе не могла быть противопоставлена обстоятельствам этого дела»).

¹⁹⁶ См. *Aronowicz v. Minister of the Interior*, Division d'appel de la Cour suprême, 15 novembre et 12 décembre 1949, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 73, p. 259 («Он указал, что не все государства теперь желают принимать обратно своих граждан, если другое государство желает их репатриировать...»); *Ngai Chi Lam v. Esperdy*, *op. cit.*, p. 536 à 538 (Государство гражданства отказалось принять высылаемое лицо).

¹⁹⁷ Беларусь, Закон 1998 года, статья 19; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 61(2)(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C)(iii), (2)(E)(iii); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(2)(1)-(2). Государство может установить это место назначения в качестве третьего варианта, определяемого по его выбору [Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(2)(E)(iii)].

¹⁹⁸ Беларусь, Закон 1998 года, статья 19.

¹⁹⁹ [Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(2)(1)-(2)]; Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C) (но только в том случае, если государством назначения является государство гражданства иностранца).

даться. Эта обязанность часто закрепляется в международных договорах [...]»²⁰⁰.

99. Таким образом, вопрос о возможности о возвращении напрямую связан с вопросом о паспорте. Но паспорт не может служить достаточным доказательством гражданства, потому что в международном обычном праве нет нормы, которая бы запрещала выдачу паспортов негражданам. Действительно, паспорта могут выдаваться лицам, получившим убежище или не имеющим возможности по политическим причинам получить паспорт от своего правительства. В конечном счете, хотя паспорт сам по себе является достаточной гарантией возможности возвращения, факт обладания паспортом «никоим образом не гарантирует *его владельцу* допуск на территорию государства, выдавшего паспорт; ибо гарантия возможности возвращения, требуемая международным обычным правом, представляет собой обязательство, которое государства несут только друг перед другом»²⁰¹.

100. Национальные законы некоторых государств предусматривают выдворение иностранцев в государство, выдавшее им какие-либо проездные документы²⁰². Выдворяющее государство может установить место назначения в качестве первоначального варианта²⁰³, альтернативного первоначального варианта²⁰⁴ или альтернативного вторичного варианта²⁰⁵.

d) Государство посадки на борт

101. Национальные законы некоторых государств²⁰⁶ предусматривают выдворение иностранцев в государство посадки²⁰⁷, причем государство, принимающее меры к выдворению, может вернуть иностранца в то государство, откуда он въехал на территорию выдворяющего государства или в котором иностранец произвел посадку на борт транспортного средства, доставившего его в

²⁰⁰ Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 45. Автор ссылается, среди прочего, на следующее дело и документы: *Feldman c. Justica Publica*, Ann. Dig. 1938-40, affaire n° 54; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 414, p. 211; Accord de 1954 entre la Suède et la République fédérale d'Allemagne, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 200, p. 39; Accord de 1954 entre le Danemark et la République fédérale d'Allemagne, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 200, p. 53; Accord de 1958 entre la Belgique et les Pays-Bas, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, p. 84; Accord de 1962 entre l'Autriche et la France, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 463, p. 173; art. 5 de l'Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités européens*, n° 25.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 50 (les italiques viennent du texte original).

²⁰² Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 10(3), Закон № 40 (1998), статья 8(3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 17(1)(с)(ii); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1); Тунис, Закон 1968 года, статья 5; Франция, Кодекс, статья L.513-2 (2).

²⁰³ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 7(3), Нигерия, Закон 1963 года, статья 17(1)(с).

²⁰⁴ Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3). Государства могут не конкретизировать, кто делает такой выбор [Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3)].

²⁰⁵ Государства могут не конкретизировать, кто делает такой выбор [Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1)].

²⁰⁶ Источник: исследование Секретариата «Высылка иностранцев», указ. соч., пункт 516.

²⁰⁷ См. Voir Ivan Anthony Shearer, *op. cit.*, p. 77 et 78 ; см. также D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 710 et 711.

выдворяющее государство²⁰⁸. Как отмечает один автор, «на практике национальные иммиграционные власти обычно останавливают выбор на том месте, где иностранец произвел посадку, чтобы прибыть на территорию государства, которое его выдворяет. Этот выбор не просто логичен — иногда он объясняется еще и тем, что перевозчик несет юридическое обязательство перед высялающим государством доставить выдворяемых лиц обратно в место их посадки на борт. Если страна посадки заранее сообщает о своем нежелании принимать иностранца, следует искать другие места назначения»²⁰⁹. Высылающее государство может включить государство посадки в список предлагаемых иностранцу на выбор мест назначения в качестве первоначального варианта²¹⁰, альтернативного первоначального варианта²¹¹, вторичного варианта²¹², альтернативного вторичного варианта²¹³ или в качестве третьего варианта²¹⁴.

102. Государство может ограничить выбор мест назначения, упоминаемых в настоящем разделе, теми государствами назначения, которые являются участниками соглашения или специальной договоренности²¹⁵. Государство может также обусловить выбор прилегающего или сопредельного государства²¹⁶ рядом требований, применять режим выдворения в государство посадки только к

²⁰⁸ Беларусь, Закон 1998 года, статьи 19 и 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статьи 10(3), 13(12), Закон № 40 (1998), статьи 8(3), 11(12), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3); Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(2)(3); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(A)-(B), (2)(E)(i)-(ii), 250; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 1989 года, раздел 8.5; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(2)(3).

²⁰⁹ Ivan Anthony Shearer, *op. cit.*, p. 77 et 78; см. также D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 710–711.

²¹⁰ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(A)-(B).

²¹¹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 22; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5. Государство может: 1) прямо разрешить иностранцу выбрать этот вариант (Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 250); 2) прямо предоставить этот выбор соответствующему министру (Кения, Закон 1967 года, статьи 8(2)(а), (3); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78); или 3) не уточнять, кому надлежит делать выбор (Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 64(1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Италия, Закон № 40 (1998), статья 8(3); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 (1989), статья 8.5).

²¹² Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 13(12), Закон № 40 (1998), статья 11(12), Декрет-закон 1996 года, статья 7(3).

²¹³ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 64(2)(3); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 53(2)(3).

²¹⁴ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(2)(E)(i)-(ii).

²¹⁵ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 7(3).

²¹⁶ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(2)(B).

иностранцам, имеющим временный статус²¹⁷, и — в случае лиц, пользующихся защитой, — выбрать альтернативное государство, если государство назначения отклонило ходатайство иностранца о предоставлении убежища²¹⁸.

103. Государство посадки может отличаться от государства транзита. Государство транзита — это государство, где подлежащий высылке иностранец находился на законных основаниях в течение определенного периода. Существует мнение, согласно которому государство транзита «по общему международному праву не обязано разрешать повторный въезд какому-либо лицу, проследовавшему через его территорию, или даже остававшемуся на ней довольно продолжительное время»²¹⁹. Тем не менее некоторые полагают, что заключенные в последние десятилетия многочисленные двусторонние или региональные соглашения о реадмиссии, применимые к таким «транзитным ситуациям», часто в рамках более широких режимов установления государства, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища (примером в этом отношении является Дублинская конвенция 1990 года), исходят из применения так называемого принципа страны первого убежища, однако практика государств существование такого принципа не подтверждает. На самом деле, даже в отсутствие соглашения о реадмиссии государство может учесть то обстоятельство, что заявитель ранее проживал в третьем государстве, прежде чем решить предоставить ему убежище, поскольку в конечном счете решение о предоставлении убежища остается на усмотрение государства. Это было проиллюстрировано следующим образом: «... Государство С, рассматривающее ходатайство о предоставлении убежища гражданину государства А, в котором он подвергается преследованиям, по праву может принять во внимание то обстоятельство, что это лицо временно пребывало и пользовалось защитой в государстве В, и на этом основании отказать этому лицу в предоставлении убежища. Но в этом случае государство В отнюдь не обязано повторно допускать его на свою территорию, если только оно не приняло на себя конкретные обязательства по реадмиссии. Принцип недопустимости принудительного возвращения (*non-refoulement*), закрепленный в статье 33 Конвенции о статусе беженцев, не позволяет государству С выслать это лицо в государство А, и, несмотря на отказ в предоставлении убежища, оно, вполне возможно, останется на территории государства С на неопределенный срок»²²⁰.

е) Государство-участник договора

104. Государство может взять на себя обязательство разрешать въезд на свою территорию иностранцам, являющимся гражданами другого государства — участника договора²²¹. В определенных случаях такое обязательство может вы-

²¹⁷ Италия, Декрет-закон № 286 (1998), статья 10(3).

²¹⁸ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3).

²¹⁹ David A. Martin, *op. cit.*, p. 42 [цитируется, в частности, Дублинская конвенция, определяющая государство, ответственное за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища, поданных в одном из государств-членов Европейских сообществ, 15 июня 1990 года. *Journal officiel de la Communauté européenne*, C.254/1 (1997)]

²²⁰ Ibid.

²²¹ См. Robert Jennings et A. Watts, *op. cit.*, p. 898 et 899 [где, в частности, упоминаются: Договор об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 года; Протокол об освобождении граждан Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции от обязанности иметь паспорт или вид на жительство для пребывания в одной из стран Северной Европы, кроме собственной, подписанный 22 мая 1954 года (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 199,

текать из двустороннего договора. Государства-участники такого договора могут сохранить за собой право отказывать в допуске или во въезде этим иностранцам при определенных обстоятельствах, прописанных в соответствующем договоре. Таким образом, содержание и объем возложенного на государство обязательства по допуску иностранцев зависят от условий договора, которые могут варьироваться от одного договора к другому²²².

105. В договорах об учреждении международных организаций также может быть предусмотрено право иностранцев свободно въезжать на территории государств-членов данной организации, как это имеет место в случае с Европейским экономическим сообществом²²³. В статье 39 Договора об учреждении Сообщества, в частности, гарантировано свободное передвижение трудящихся внутри Сообщества. Такая свобода передвижения «будет включать отмену любой дискриминации по национальному признаку в отношении трудящихся государств-членов в том, что касается найма, вознаграждения и других условий труда и занятости», и «влечет за собой право, ограниченное соображениями общественного порядка, общественной безопасности и здравоохранения», среди прочего:

«b) свободно передвигаться [...] по территории государств-членов;

c) находиться в одном из государств-членов, занимаясь трудовой деятельностью в соответствии с законодательными, распорядительными и административными положениями, регулиющими занятость граждан данного государства;

d) оставаться на территории одного из государств-членов после завершения трудовой деятельности в этом государстве на условиях, которые будут определены регламентом, принятым Комиссией»²²⁴.

106. Кроме того, из статьи 43 Договора следует, что «ограничения на свободу жительства и экономической деятельности граждан какого-либо государства-члена на территории другого государства-члена запрещены»²²⁴.

107. Соглашение между Данией, Норвегией, Финляндией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между странами Северной Европы, подписанное в 1957 году, содержит следующие положения о высылке иностранцев — граждан договаривающихся государств:

«Статья 9. Договаривающееся Государство не разрешает иностранцу, который был выслан из другого Договаривающегося Государства, въезд без специального разрешения. Однако такое разрешение не требуется, если

р. 29) [Исландия присоединилась к Протоколу в 1955 году]; Соглашение между Данией, Норвегией, Финляндией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между Северными странами, подписанное в 1957 году (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 322, p. 235) [Исландия стала его участником в 1966 году], с поправками, внесенными последующим соглашением в 1979 году (RG, 84 (1980), p. 376); Конвенция между Бельгией, Люксембургом и Нидерландами о передаче контроля за въездом и выездом на внешние границы территории Бенилюкса 1960 года (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 374, p. 3).

²²² См. Ian Brownlie, *op. cit.*, p. 498 (автор приводит договор 1948 года между Соединенными Штатами и Италией); Rainer Arnold, *op. cit.*, p. 104.

²²³ Karl Doehring, “Aliens, Admission”, *op. cit.*, p. 108 et 109.

²²⁴ Сводный текст Договора об учреждении Европейского сообщества, *Journal officiel des communautés européennes*, C/325/33, 24 December 2002, articles 39 et 43.

государство, которое выслало иностранца, хочет выслать его через другое Договаривающееся Государство.

Если иностранец, который был выслан из одной страны Северной Европы, имеет вид на жительство в другой стране Северной Европы, эта страна обязана, по просьбе, его принять.

Статья 10. Каждое Договаривающееся Государство обязуется принимать обратно иностранца, которому в соответствии со статьей 6(a) и, в той мере, в которой это касается разрешения на въезд, статьями 6(b) и 6(f), пришлось отказать в разрешении на въезд соответствующим государством на его внешней границе и который проследовал из этого государства без разрешения в другое государство Северной Европы.

Аналогичным образом обратно принимается иностранец, который без действительного паспорта и специального разрешения, если таковое требуется, проследовал непосредственно из одного государства Северной Европы в другое.

Вышеупомянутое не применяется в том случае, если иностранец пребывает в государстве, которое хочет возвратить его, по крайней мере, не менее одного года со дня его незаконного въезда в это государство или которому после незаконного въезда был предоставлен вид на жительство и/или разрешение на работу...

Статья 12. Установленное в данном Соглашении применительно к высланному иностранцу применяется также к иностранцу, который в соответствии с финским или шведским законодательством был выдворен или транспортирован из страны с запретом возвращаться в нее без специального разрешения»²²⁵.

f) Государства, соглашающиеся принять иностранцев, и другие государства

108. Национальные законы некоторых государств²²⁶ предусматривают высылку иностранцев в выражающие на это согласие и другие государства. Таким образом государство может возвратить иностранца в любое государство²²⁷ или в государство, которое примет его на своей территории или в которое иностранец может въехать на законных основаниях²²⁸. Государство может определить такое место назначения, если в первоначальном государстве назначения иностранец рискует подвергнуться преследованию²²⁹ или если иностранец обладает стату-

²²⁵ Соглашение между Данией, Норвегией, Финляндией и Швецией об освобождении от паспортного контроля на границах между странами Северной Европы, Копенгаген, 12 июля 1957 года, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 322, n°4660, p. 290.

²²⁶ Анализ нижеуказанных национальных законов взят из меморандума Секретариата о высылке иностранцев, *указ. соч.*, пункт 523.

²²⁷ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9; Швеция, Закон № 529 1989 года, раздел 8.5.

²²⁸ Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Нигерия, Закон 1960 года, статья 22(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 21(1) и 104(3); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, разделы 241(b)(1)(C)(iv), (2)(E)(vii), 507(b)(2)(B).

²²⁹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 33; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 104(3).

сом лица, находящегося под защитой в высылающем государстве, а первоначальное государство назначения отклонило его ходатайство о предоставлении убежища²³⁰. Государство может установить место назначения в качестве альтернативного первоначального варианта²³¹, альтернативного вторичного варианта²³² или последнего возможного варианта²³³.

109. Право государства решать, дает ли оно иностранцам разрешение въехать на свою территорию, соответствует принципам суверенного равенства и политической независимости государств, закрепленным в пунктах 1 и 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций. Р. Дженнингс и А. Уоттс пишут: «Согласно международному обычному праву ни одно государство не может требовать для своих граждан права въезжать на территорию иностранного государства и проживать там. Вопрос о принятии иностранцев остается на усмотрение государств, и каждое государство в силу суверенитета, который оно осуществляет над своей территорией, правомочно выдворять иностранцев со всей или с какой-либо части своей территории»²³⁴. Далее они указывают: «Поскольку государство вообще не обязано допускать иностранцев на свою территорию, оно может устанавливать определенные условия их приема»²³⁵. Поэтому государство не обязано допускать иностранцев на свою территорию в отсутствие соответствующего договорного обязательства²³⁶, например обусловленного правами человека или экономической интеграцией²³⁷.

110. Право государства решать, допускать или не допускать иностранца на свою территорию, признается также в общей форме в статье 1 Конвенции Организации американских государств о территориальном убежище, которая предусматривает: «Каждое государство имеет право в осуществление своего суверенитета допускать на свою территорию таких лиц, которых оно считает желательными, причем в связи с осуществлением этого ни одно государство не мо-

²³⁰ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3).

²³¹ Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78; Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9. Государство может: 1) потребовать согласия иностранца с выбранным государством назначения [Кения, Закон 1967 года, статья 8(2)(а)]; 2) предоставить этот выбор соответствующему министру (Нигерия, Закон 1963 года, статья 22(1); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Парагвай, Закон 1996 года, статья 78); или 3) не уточнять, кому надлежит делать выбор (Бразилия, Закон 1980 года, статья 57; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 88; Гондурас, Закон 2003 года, статья 3(23); Литва, Закон 2004 года, статья 129(1); Швейцария, Ордонанс 1999 года, статья 9).

²³² Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 21(1), где не уточняется, кому надлежит делать выбор.

²³³ Канада, Закон 2001 года, статья 115(3); Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 241(b)(1)(C)(iv), (2)(E)(vii); Швеция, Закон 1989 года, статья 8.5.

²³⁴ Robert Jennings et A. Watts, op. cit., p. 897 et 898.

²³⁵ Ibid, p. 899.

²³⁶ Voir *Ekiu c. U.S.*, 142 U.S. 651 (1892); E. Vattel, *Le droit des gens*, 1758, livre II, sect. 94; Shigeru Oda, op. cit., p. 481; Ian Brownlie, op. cit., p. 498; Green Haywood Hackworth, op. cit., p. 717. Voir aussi Hurst Hannum, op. cit., p. 61; Hans Kelsen, op. cit., p. 366; Louis B. Sohn et T. Buergenthal, op. cit., p. 46.

²³⁷ См. Н. Lambert, p. 11.

жет заявлять права претензий»²³⁸. Кроме того, Конвенция о положении иностранцев на территориях, подвластных договаривающимся сторонам, принята шестой Международной американской конференцией и подписанная в Гаване 20 февраля 1928 года, признает за каждым государством право устанавливать условия, на которых иностранцы могут въезжать на его территорию²³⁹. Именно на этом основании, как уже было отмечено, в деле *Ben Tillet* арбитраж прямо признал право государства отказывать во въезде иностранцу, который, исходя из независимой оценки имеющихся фактов, может представлять угрозу для государственной безопасности²⁴⁰.

111. Аналогичным образом Европейский суд по правам человека заявил при рассмотрении дела *Moustaquim*, что право государств контролировать въезд иностранцев на свою территорию является прочно утвердившимся принципом международного права: «[...] забота договаривающихся государств о соблюдении общественного порядка, в частности при осуществлении их права контролировать — в силу прочно утвердившегося принципа международного права и без ущерба для своих договорных обязательств — въезд, проживание и выдворение иностранцев»²⁴¹.

112. Что касается внутреннего права, то еще в 1891 году Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что согласно международному праву каждое суверенное государство вправе решать, допускать ли иностранцев на свою территорию и на каких условиях: «Признанным принципом международного права является то, что каждое суверенное государство имеет право как имманентное в его суверенитете и неотъемлемое для самосохранения запрещать въезд иностранцев в свои владения или допускать их только в таких случаях и на таких условиях, какие оно сочтет нужным предписать»²⁴². В том же ключе в 1906 году Юридический комитет Тайного совета (предшественник Верховного суда Канады) в постановлении по делу *Attorney-General for Canada v. Cain* признал право государства допускать или не допускать на свою территорию иностранцев, даже тех из них, которые являются гражданами дружественных государств: «Одной из прерогатив верховной власти в каждом государстве является право отказывать иностранцу в разрешении въезжать в это государство, добав-

²³⁸ Конвенция о территориальном убежище, Каракас, 28 марта 1954 года, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° 24378, p. 127.

²³⁹ Статья 1. «Государства имеют право на создание с помощью законодательства условий въезда и пребывания иностранцев на своей территории». Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, 1932-1933, n° 3045, p. 306.

²⁴⁰ *Affaire Ben Tillett (Royaume-Uni c. Belgique)*, sentence arbitrale du 26 décembre 1898, dans G. Fr. de Martens, Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux apports de droit international, deuxième série, t. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, p. 269.

²⁴¹ *Affaire Moustaquim c. Belgique*, op. cit., par. 43. Voir aussi affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., par. 102; affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, par. 73; affaire *Ahmed c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, requête n° 25964/94, par. 38; affaire *Bouchelkia c. France*, op. cit., par. 48; affaire *H. L. R. c. France*, op. cit., par. 33.

²⁴² *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, op. cit. (références omises). См. также *Chae Chan Ping v. United States*, Cour suprême des États-Unis, 13 mai 1889, 130 U.S. 581, 603, 604 («Право [отказывать иностранцам во въезде на свою территорию] является прерогативой каждого независимого государства. Это неотъемлемая часть его независимости. Если бы оно не могло выдворять иностранцев, оно в такой же степени подлежало бы контролю со стороны другого государства»).

лять какие угодно условия к разрешению на въезд в него и высылать или выдворять по своему усмотрению даже иностранца [гражданина] дружественного [государства], особенно если оно считает его присутствие на своей территории направленным против его мира, общественного порядка и государственных интересов или его социальных или материальных интересов»²⁴³.

D. Высылка иностранца в государство, которое не обязано его принимать

113. Возвращение предполагает, что страна назначения соглашается на въезд высылаемого лица на свою территорию. Признано, что иностранец должен быть возвращен в первую очередь в страну своего происхождения. Однако, если высылка иностранца в «его собственную страну» невозможна ввиду наличия слишком большого риска для его жизни и физической неприкосновенности или по причине отказа властей этой страны принять его обратно, он должен быть отправлен в некое третье государство. В таком случае высылающее государство должно удостовериться в том, что государство, в которое высылается иностранец, согласно его принять и что на его территории высланное лицо не подвергнется жестокому обращению.

114. Существуют разные точки зрения относительно того, несет ли государство ответственность за совершенное международно-противоправное деяние, высылая иностранца в государство, которое не обязано и которое не согласилось его принять. Так, было выражено мнение, что широкие дискреционные полномочия высылающего государства определять место назначения высылаемого лица не противоречат праву государства назначения отказаться принимать это лицо, если оно не обязано это делать²⁴⁴. «Широкие дискреционные полномочия, предоставленные национальным властям, никоим образом не являются несовместимыми с общим принципом, согласно которому иностранец не может быть депортирован в иное государство, нежели государство его гражданства, против воли такого государства. Кроме того, нередки случаи, когда национальные власти, действуя в соответствии с полномочиями, прямо изложенными во внутреннем законодательстве, высылают иностранца в третье государство, национальные власти которого, осуществляя полномочия, столь же бесспорные согласно внутреннему законодательству, возвращают его туда, откуда он прибыл». Более того, было высказано мнение, что высылающее государство не нарушает международное право, высылая иностранца в государство, которое не обязано принимать это лицо, поскольку государство назначения всегда может осуществить свое право отказать этому иностранцу в допуске²⁴⁵. Ричард Плендер пишет также: «В нормальных обстоятельствах акт высылки иностранца в страну, которая не желает и не обязана его принимать, не создает международную ответственность ни перед государством, в которое направлен иностранец, ни перед государством, заинтересованным (по договору или иным основаниям) в соблюдении основных прав этого иностранца». По его мнению, неоднократная высылка иностранца в государства, не желающие его принимать, может повлечь за собой нарушение конкретных обязательств, взятых на себя высы-

²⁴³ [1906] A.C. 542, p. 546.

²⁴⁴ Richard Plender, *op. cit.*, p. 468.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 469.

лающим государством по какой-либо конвенции о защите прав человека. В частности, высылка повлечет за собой нарушение Женевской конвенции о статусе беженцев, «если этот иностранец является беженцем и если его возвращают каким бы то ни было способом на границу страны, где его жизни или свободе угрожает опасность из-за его расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений».

115. Тем не менее было выражено противоположное мнение, согласно которому такое поведение высялающих государств несовместимо с общей нормой, согласно которой государство совершенно не обязано допускать иностранцев на свою территорию. О'Коннелл считает, что «...государство не может просто препроводить иностранца до своей границы и заставить его пересечь ее, не взяв на себя ответственность перед тем государством, в которое иностранец таким образом принудительно выслан. Следовательно, оно может выдворить этого иностранца только в государство, готовое его принять, или в государство его гражданства»²⁴⁶. Кроме того, считается, что «ущерб, понесенный государством, которое должно принять группу высялаемых лиц, не будучи об этом должным образом уведомлено, может послужить основанием для иска о возмещении вреда в порядке неполной привилегии»²⁴⁷. Ричард Плендер и сам приходит к следующему выводу: «Из предположения о том, что государство вообще не обязано допускать на свою территорию иностранцев, следует, что государство в принципе не может выслать иностранца иначе как в государство его гражданства, если государство назначения не соглашается принять его»²⁴⁸.

116. Эти научные позиции основываются на бесспорной норме международного права, согласно которой каждое государство обладает суверенной властью устанавливать условия въезда и пребывания на своей территории. Заставить какое-либо государство против его воли принять иностранца означало бы, как уже было отмечено, посягательство на суверенитет этого государства и его политическую независимость. Именно в силу этой нормы, вытекающей, в частности, из принципа территориального суверенитета, и с учетом всех вышеуказанных аналитических выкладок относительно государства назначения, предлагается следующий проект статьи, который вне всяких сомнений имеет характер кодификации:

Проект статьи E1. Государство назначения высялаемого иностранца

- 1. Подлежащий высылке иностранец высылается в государство своего гражданства.**
- 2. В случае, если государство гражданства определить невозможно или если в этом государстве подлежащий высылке иностранец может быть подвергнут пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению, он высылается в государство проживания, или в государство выдачи паспорта, или в государство посадки, или в любое другое государство, которое согласно его просьбе высялающего государства или в соответствующем случае, по просьбе данного лица.**

²⁴⁶ D. P. O'Connell, *op. cit.*, p. 710.

²⁴⁷ I. Brownlie, *op. cit.*, p. 499.

²⁴⁸ Richard Plender, *op. cit.*, p. 468.

3. **Иностранец не может быть выслан в государство, которое не согласилось или отказывается допустить его на свою территорию, за исключением случаев, когда данное государство является государством гражданства этого иностранца.**

Е. Государство транзита

117. Как правило, наиболее предпочтительным вариантом считается возвращение высылаемого лица прямым рейсом без остановок в портах или аэропортах других государств на пути следования. Но в ходе высылки незаконно пребывающих в государстве лиц может возникнуть необходимость в проезде через аэропорты определенных государств для пересадки на борт, следующий в третье государство назначения²⁴⁹. В связи с этим было бы полезно создать четкие правовые рамки для регулирования этой процедуры. Такие рамки могут быть закреплены в двусторонних соглашениях или многостороннем юридическом документе. В любом случае выработка такого документа выходит за пределы настоящей темы.

118. С другой стороны, с учетом принципа защиты прав человека подлежащего высылке иностранца, следует прямо заявить, что нормы о защите прав иностранца в высылающем государстве применяются *mutatis mutandis* в государстве транзита. Поэтому предлагается следующий проект статьи:

Проект статьи F1 . Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита

Нормы о защите прав человека высылаемого иностранца, применимые в высылающем государстве, применяются также в государстве транзита.

²⁴⁹ Point 3.3 du Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, Commission européenne, 10 avril 2002, COM(2002) 175 final.

Часть третья. Юридические последствия высылки

VI. Права высланного иностранца

A. Защита права собственности и других сходных интересов высланного иностранца

1. Запрещение высылки в целях конфискации

119. Некоторые авторы сообщают о практике высылки, которая была прямо направлена на конфискацию имущества высланных иностранцев. Так, например, они отмечают, что в прошлом в качестве основного оправдания определенных видов высылки в Германии выдвигались экономические соображения²⁵⁰. Наибольшее распространение эта практика, как представляется, получила в Баварии: в период 1919–1921 годов баварские власти издали серию постановлений о высылке иностранцев в отношении евреев. В 1923 году фон Кар, облеченный всей полнотой власти баварским правительством, положил начало самому масштабному в истории Веймарской Республики массовому изгнанию иностранцев. Были высланы не только еврей-иностранцы, но и другие иностранные граждане — выходцы из Бадена и Пруссии. Одновременно с объявлением о высылке издавался указ о конфискации жилья, а в соответствующих случаях и предприятий высланных. В инструкциях, изданных фон Каром для министерства внутренних дел, указывалось: «Поведение, наносящее ущерб экономической деятельности, является достаточным основанием для высылки иностранца. В случае принятия решения о высылке главы семьи эта мера должна распространяться на членов его семьи, проживающих вместе с ним ... квартиры и жилые помещения высланных иностранцев считаются изъятыми»²⁵¹.

120. После Второй мировой войны в ряде западных государств встал вопрос об имуществе немцев, высланных нацистами. В Чехословакии было принято несколько президентских декретов — так называемых «декретов Бенеша», в том числе декрет № 12 от 21 июня 1945 года о «конфискации и ускоренном разделе сельскохозяйственного имущества и земель немцев, венгров, а также предателей и врагов чешского и словацкого народов». Это означало экспроприацию сельскохозяйственных угодий, принадлежавших немцам и венграм. Декрет не применялся к лицам немецкой или венгерской национальности, которые «активно участвовали в борьбе за сохранение целостности и освобождение Чехословацкой Республики»²⁵². Декрет касался экспроприации, а вопрос о высылке немцев-собственников этих земель в нем прямо не затрагивался. Высылка и перемещение немцев в Германию были узаконены позднее Потсдамскими соглашениями, подписанными 2 августа 1945 года Соединенным Королевством (Эттли), Соединенными Штатами (Трумэн) и Советским Союзом (Сталин). Третья часть статьи XIII этих соглашений касалась перемещения немецкого населения с территории Восточной Европы и, в частности, гласила: «Три Пра-

²⁵⁰ F. P. Weber, « Expulsion : genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne », *Cultures et Conflits*, n° 23, 1996, p. 107 à 153.

²⁵¹ R. Pommerin, « Die Ausweisungen von "Ostjuden" aus Bayern 1923 », cité par F. P. Weber, *ibid.*

²⁵² См. А. А. Базин, « Les décrets beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne », *Questions d'Europe*, n° 59, 22 septembre 2002.

вительства, рассмотрев вопрос во всех аспектах, признают, что должно быть предпринято перемещение в Германию немецкого населения или части его, оставшегося в Польше, Чехословакии и Венгрии. Они согласны в том, что любое перемещение, которое будет иметь место, должно производиться организованным и гуманным способом». На самом деле к тому времени перемещение населения уже началось, принимая формы бегства и высылки, по мере освобождения оккупированных нацистами территорий и продвижения Советской Армии на запад.

121. Согласно подписанной 26 мая 1952 года в Бонне Многосторонней конвенции об урегулировании вопросов, связанных с войной и оккупацией²⁵³, Германия обязалась «не заявлять в будущем возражений против мер, которые были или будут приняты в отношении германских зарубежных активов и прочего имущества, изъятого в качестве возмещения причиненных войной убытков или реституции либо вследствие состояния войны, или на основании соглашений, которые были или будут заключены тремя державами со странами-союзниками, нейтральными странами или бывшими союзниками Германии». Параграф 3 статьи 3 предусматривает: «Не допускаются никакие претензии или иски в отношении лиц, которые приобрели это имущество или извлекли выгоду из передачи собственности на основании мер, указанных в параграфах 1 и 2 настоящей статьи, или в отношении международных организаций, иностранных правительств или лиц, действовавших по указанию таких организаций или правительств». Наконец, статья 5 предусматривает, что «Федеративная Республика Германия должна обеспечить, чтобы бывшие собственники имущества, изъятого в соответствии с мерами, указанными в статьях 2 и 3 этой главы, получили компенсацию»²⁵⁴.

122. Начиная с 1950-х годов в ФРГ с требованиями о реституции конфискованного имущества и возмещении убытков, понесенных во время высылки, выступали объединения судетских немцев — *Sudetendeutsche Landsmannschaft* (Судето-немецкое землячество). С тех пор эти требования практически не претерпели изменений, но в условиях, сложившихся после окончания холодной войны, им был придан новый импульс:

- требование о признании за высланными немцами «права родины» (*Heimatrecht*), то есть права на возвращение, дающее им возможность поселиться в Чешской Республике, автоматически получить чешское гражданство и пользоваться в Чешской Республике правами, предоставленными национальным меньшинствам. С этой точки зрения интеграция Чешской Республики в Европейский союз, в связи с чем все граждане Союза получили право постоянного проживания в этом государстве, лишь отчасти отвечает

²⁵³ Эта конвенция по-прежнему остается в силе.

²⁵⁴ Голосование по «закону о компенсации» (*Lastenausgleichgesetz*) состоялось в Германии 16 мая 1952. На основании этого закона высланные лица смогли получить от западногерманского правительства возмещение убытков и ущерба, понесенных в ходе перемещения. Общая сумма компенсации, выплаченная немцам, высланным с восточных территорий в конце войны, оценивалась в 146 миллиардов немецких марок. В Восточной Германии особый статус «беженцев» признан не был, и в отсутствие механизмов возмещения, аналогичных тем, что были предусмотрены «законом о компенсации», коммунистическое восточногерманское правительство не оказывало помощь высланным лицам, осевшим в Германской Демократической Республике. После воссоединения Германии они или их потомки все же получили от немецкого правительства определенные денежные выплаты по закону о компенсации (*Lastenausgleichgesetz*).

данному требованию, поскольку новым жителям не гарантируются права, «отличные» от прав других лиц, проживающих на этой территории;

- требование о реституции экспроприированного имущества и возмещения убытков, понесенных в ходе высылки;
- требование отмены декретов Бенеша, касающихся чехословацких немцев²⁵⁵.

123. С 1989 года правительства Германии отказывались официально поддерживать требования судетских немцев. Канцлер Шрёдер, выступая 3 сентября 2000 года в Берлине перед собранием организации *Vertriebenen* [«Изгнанники»] во время проведения съезда *Heimat* [«Родина»], четко разъяснил позицию правительства социал-демократов. Признав, что любая форма высылки «несправедлива и не может быть оправдана», канцлер напомнил, что Германия не имеет «никаких территориальных претензий ни к кому из своих соседей» и что правительство не намерено поднимать какие-либо имущественные вопросы в отношении с Чешской Республикой, добавив при этом, что «некоторые решения, принятые после Второй мировой войны, например декреты Бенеша, изжили себя». Несмотря на решение канцлера Шрёдера отложить запланированный официальный визит в Чешскую Республику до начала 2002 года, на федеральном уровне этот вопрос, как представляется, в целом воспринимался как мало-значимый по сравнению с проблемами, возникшими в результате объединения Германии, или в ее отношениях с Восточной Европой. По мнению одного автора, общественное мнение Германии не проявляло сочувствия к объединениям изгнанников, полагая, что те испытывают ностальгию по прошлому, от которого оно как раз стремилось дистанцироваться²⁵⁶.

124. В истории вне контекста таких международных конфликтов, как Вторая мировая война, имели место случаи «конфискационных высылки», когда власти той или иной страны высылали иностранцев, чтобы незаконным путем лишить их имущества. Так было в деле *Notteböhm*²⁵⁷, в случае высылки азиатов властями Уганды²⁵⁸ и высылки британских подданных из Египта²⁵⁹. Правомерность таких высылки подвергалась сомнению по причине отсутствия веских оснований для высылки²⁶⁰ и с точки зрения прав человека, касающихся имущества, о чем речь пойдет ниже.

²⁵⁵ A. Bazin, « Les décrets Beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁶ *Ibid.* Можно лишь отметить, что, судя по всему, декреты Бенеша по-прежнему действуют, поскольку они так и не были официально отменены, хотя и превратились в мертвую букву, поскольку их больше никто не применяет.

²⁵⁷ Подробности см. в G. S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 211.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 212 à 216.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 216.

²⁶⁰ См. Louis B. Sohn et R. R. Baxter, «Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens», *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, p. 566 [ссылка на проект конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, включая, в частности, статьи 10 (Изъятие имущества и лишение права владения или пользования имуществом) и 11 (Лишение средств к существованию), подготовленные авторами]. Можно также обратить внимание на пункт 2(b) статьи 11 проекта конвенции, подготовленного Гарвардской школой права в 1969 году. Этот пункт запрещает высылку с целью лишить иностранца средств к существованию. Этот документ воспроизводится в первом докладе Специального докладчика Роберто Аго по вопросу об ответственности государств, 1961 год, *Ежегодник Комиссии международного права*, 1969 год, том II (A/CN.4/217), приложение VII, стр. 161.

2. Защита имущества иностранцев, даже высланных на законных основаниях

125. Иностранец, который проживал в государстве и работал в нем на законных основаниях и которого пытаются выслать, обычно располагает определенным имуществом, которое нуждается в защите в процессе высылки. Высылка должна осуществляться в соответствии с нормами международного права прав человека, регулирующими имущественные права и другие экономические интересы иностранцев. Высылка не может лишать его права распоряжаться и пользоваться своим имуществом. Пункт 2 статьи 17 Всеобщей декларации прав человека предусматривает: «Никто не должен быть произвольно лишен своего имущества». Статья 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей гласит:

«6. В случае высылки соответствующим лицам перед выездом или после выезда предоставляется разумная возможность урегулировать любые претензии, связанные с заработной платой или другими причитающимися им выплатами, и любые неисполненные обязательства.

...

9. Сама высылка из государства работы по найму не наносит ущерба каким-либо приобретенным в соответствии с законами этого государства правам трудящегося-мигранта или члена его или ее семьи, включая право на получение заработной платы и других причитающихся ему или ей выплат».

126. На региональном уровне статья 14 Африканской хартии прав человека и народов предусматривает следующее:

«Гарантируется право на собственность, которое может быть отменено только в случае общественной необходимости или в интересах всего общества и согласно положениям соответствующих законов».

127. Американская конвенция о правах человека («Пакт Сан-Хосе») предусматривает в статье 21, касающейся права собственности, следующее:

«1. Каждый имеет право пользования и владения своей собственностью. Закон может подчинять такое пользование и владение интересам общества.

2. Никто не может быть лишен своей собственности иначе как с выплатой справедливой компенсации, в целях публичного использования или общественного интереса и в случаях и формах, установленных законом.

3. Ростовщичество или другие формы эксплуатации человека человеком запрещены законом».

128. Статья 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции о правах человека по существу гарантирует право собственности. Эта норма обеспечивает защиту от посягательств на имущество как со стороны самого государства, так и в случаях лишения в результате вынужденной передачи по требованию или в пользу другого лица в обстоятельствах, установленных законом.

129. Незаконной может быть высылка иностранца, которая включает незаконную конфискацию²⁶¹, уничтожение или экспроприацию имущества²⁶², «массовые выселки, в результате которых жертвы были вынуждены расставаться со своим имуществом, оставляя его на разграбление и уничтожение или продавая себе в убыток»²⁶³.

130. Незаконное лишение имущества может являться скрытой целью высылки. «Например, «право» на высылку может осуществляться... с тем, чтобы экспроприировать имущество иностранца... В таком случае осуществление правомочия неизбежно будет опорочено конечной незаконной целью»²⁶⁴. В этой связи заслуживает внимания Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, принятая Генеральной Ассамблеей в 1985 году; в ней говорится, что «ни один иностранец не может быть произвольно лишен его законным образом приобретенного имущества»²⁶⁵.

131. Национальные законы одних государств²⁶⁶ обеспечивают защиту имущественных прав и экономических интересов иностранцев в случае высылки, прямо предусматривая: i) неприкосновенность прав, приобретенных иностранцем согласно внутреннему законодательству, в том числе права получать заработную плату или другие выплаты²⁶⁷, или ii) перевод начисленных в счет заработной платы средств в свою страну²⁶⁸.

132. Законодательство других государств обязывает государство выплатить компенсацию за имущество, полученное им в результате высылки иностранца, или разницу между стоимостью этого имущества и суммой долговых обязательств иностранца перед государством, или, если это невозможно, в разумном размере, установленном компетентным судом²⁶⁹. В обеспечение долга, который

²⁶¹ «Налогообложение, принимающее форму конфискации, является незаконным. Можно также с полным основанием сделать вывод о том, что высылка, сопровождаемая конфискацией, также является незаконной». Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, 1978, p. 217.

²⁶² «В деле *Hollander* было установлено, что иностранец не может быть выслан без предоставления ему возможности привести в порядок свои семейные дела и бизнес (...). Из дела *Hollander*, по всей видимости, нельзя заключить, что существует норма международного обычного права, запрещающая экспроприацию имущества высланных лиц или ретроактивную отмену распоряжений этих лиц в отношении своего имущества». Vishnu D. Sharma et F. Wooldridge, *op. cit.*, p. 412 (à propos de l'affaire *Hollander, US v. Guatemala*, IV Moore's Digest 102).

²⁶³ Edwin M. Borchard, *op. cit.*, p. 59 et 60. Эти формы высылки «рассматривались международными комиссиями как основание для возникновения права на компенсацию». (Автор ссылается на *Gardiner (US) v. Mexico*, 3 mars 1849, opinion 269; *Jobson (US) v. Mexico*, 3 mars 1849, opinion 553; *Gowen and Copeland (US) v. Venezuela*, 5 décembre 1885, Moore's Arb. 3354 à 3359). См. также В. О. Пууомаде, *op. cit.*, p. 47 à 92 ; см. также Karl Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", в Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, vol. 1, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, p. 109 à 112, spécialement p. 111.

²⁶⁴ Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 209; см. также p. 216, 307 et 308.

²⁶⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 53 (A/40/53)*, резолюция 40/144, приложение, статья 9.

²⁶⁶ Аналитические выкладки взяты из меморандума секретариата «Высылка иностранцев», указ. соч., пункт 481.

²⁶⁷ Аргентина, Закон 2004 года, статья 67.

²⁶⁸ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 5.

²⁶⁹ Австралия, Закон 1958 года, статьи 3В, 261Н(3)(b)(ii), (6).

числится за иностранцем, государство может наложить арест на имущество иностранца либо в одностороннем порядке на срок, который допускается законом²⁷⁰, либо по постановлению суда²⁷¹. Государство может уполномочить своих должностных лиц разыскивать, изымать и хранить ценности иностранца до определения его финансовой ответственности и урегулирования любой задолженности²⁷². Государство может также разрешить изъятие²⁷³, отчуждение²⁷⁴ или уничтожение²⁷⁵ конфискованного имущества.

3. Права собственности и другие сходные интересы

133. Ряд ученых придерживаются мнения о том, что высылаемому иностранцу должна быть предоставлена разумная возможность защитить свои имущественные права и другие интересы, которые он может иметь в высылающем государстве. Еще в 1892 году Институт международного права принял положение, предусматривающее, что иностранцы, которые домицилированы, постоянно проживают или имеют коммерческое предприятие в высылающем государстве, должны иметь возможность урегулировать свои дела и интересы, прежде чем они покинут территорию соответствующего государства:

«Высылка иностранцев, которые домицилированы, постоянно проживают или имеют коммерческие предприятия на данной территории, должна осуществляться таким образом, чтобы это не подрывало доверия, которое они испытывали к законам данного государства. Оно должно предоставить им свободу использовать, по возможности непосредственно или при посредничестве выбранной ими третьей стороны, все возможные правовые процедуры, чтобы урегулировать свои дела и интересы, в том числе активы и обязательства на данной территории»²⁷⁶.

134. По мнению некоторых авторов, «за исключением периода войны или надвигающейся угрозы для безопасности государства», высылаемому иностранцу должно предоставляться достаточное время для того, чтобы урегулировать свои личные дела. Ему должна быть предоставлена разумная возможность ликвидировать имущество и активы и разрешение вывезти или передать деньги и другие активы в страну назначения; ни при каких обстоятельствах иностранец не может быть подвергнут мерам экспроприации или принужден расстаться с имуществом и активами²⁷⁷. По мнению Г. Шварценбергера, «внезапная высылка или высылка оскорбительным образом являются нарушением минимальных стандартов международного права, соблюдения которых вправе ожидать их родное государство. Если государство предпочитает осуществлять свои суверенные полномочия в нарушение этого правила, оно не злоупотребляет этими полномочиями. Оно просто нарушает запретительное правило, которым

²⁷⁰ Там же, статья 223 (1)-(8).

²⁷¹ Там же, статьи 222, 223(9)-(14); Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 26.

²⁷² Там же, статьи 223(14)-(20), 224.

²⁷³ Там же, статьи 261B(1)-(2), 261D.

²⁷⁴ Там же, статьи 261F-261I, 261K.

²⁷⁵ Там же, статья 261E(1)-(2).

²⁷⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 41.

²⁷⁷ См. L. B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), op. cit., p. 96. См. в том же духе Shigeru Oda, op. cit., p. 483.

ограничены его права на исключительную юрисдикцию»²⁷⁸. Непредоставление иностранцу такой возможности дает повод для предъявления международных претензий. Так, в деле *Hollander* Соединенные Штаты потребовали от Гватемалы компенсацию за поспешную высылку одного из своих граждан, указав, что г-н Холландер «... был буквально вышвырнут из страны, оставил там жену и детей, бизнес, имущество — одним словом, все, что было ему дорого и зависело от него». Они утверждали, что «правительство Гватемалы, каковы бы ни были ее законы и их положения, не имело права в мирное время и в период внутреннего спокойствия высылать Холландера без уведомления, не предоставив ему возможности сделать распоряжения для своей семьи и бизнеса, из-за ... якобы совершенного им более трех лет назад правонарушения...»²⁷⁹.

135. Более века спустя Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов Америки постановил по делу *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, что высылка является незаконной, если иностранца лишают разумной возможности защитить свои имущественные интересы:

«Осуществление этой политики могло бы, вообще говоря, нарушить как процессуальные, так и материально-правовые ограничения в отношении права государства высылать иностранцев со своей территории, которые установлены в положениях Договора о дружбе и в международном обычном праве. [...] Например, ... лишая иностранца разумной возможности защитить свои имущественные интересы до его высылки»²⁸⁰.

136. Такие соображения принимаются во внимание в национальных законах, которые могут прямо: i) предоставлять иностранцу разумную возможность урегулировать любые претензии, касающиеся заработной платы или других выплат, до его отъезда из страны²⁸¹; или ii) предусматривать ликвидацию бизнеса высланного иностранца²⁸². В этих законах также могут быть конкретизированы меры по обеспечению сохранности имущества иностранца на срок его содержания под стражей в ожидании высылки²⁸³.

137. В своем частичном решении по имущественным претензиям Эритреи Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии рассмотрела имущественные права иностранцев, являющихся гражданами противника, в военное время. Комиссия отметила, что обе стороны согласились продолжать применять нормы мирного

²⁷⁸ Georg Schwarzenberger, *op. cit.* См. также Edwin M. Borchard, *op. cit.*, p. 56 [цитируется, в частности, дело *Hollander c. Guatemala* (Foreign Relations, 1895, II, 776)]. См. также исторические дела конца XIX века: *Scandella c. Venezuela en 1898*, [“*Jobson* (États-Unis d’Amérique) c. Mexique, *op. cit.*; Gowen et Copeland (États-Unis d’Amérique) c. Venezuela, *op. cit.*”] et note 5 [“*Maal* (Pays-Bas) c. Venezuela, *op. cit.*; Boffolo (Italie) c. Pays-Bas, *op. cit.*; Jaurett (États-Unis d’Amérique) c. Venezuela, *op. cit.*”]. См., кроме того, Amos S. Hershey, *op. cit.*, p. 375.

²⁷⁹ John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington : Government Primary Office, 1898, p. 107. Voir également David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 503 (цитируется дело *Breger* (выслан с Родоса в 1938 году, уведомления за 6 месяцев было, вероятно, достаточно), lettre du Département d’État des États-Unis d’Amérique à un député, 1961, 8 Whiteman 861.

²⁸⁰ *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, цитируется в Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, в Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *op. cit.*, p. 147.

²⁸¹ Аргентина, Закон 2004 года, статья 68.

²⁸² Нигерия, Закон 1963 года, статья 47.

²⁸³ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 17.

времени о недопустимости экспроприации. Вместе с тем Комиссия подчеркнула применимость законов военного времени (*jus in bello*), касающихся порядка обращения с иностранным имуществом в военное время. Комиссия изучила эволюцию этой отрасли права с конца XVIII века и признала, что воюющие стороны обладают широкими полномочиями в отношении имущества иностранцев-граждан вражеского государства в военное время. Однако Комиссия также признала, что эти полномочия не безграничны. Она установила, что воюющая сторона обязана обеспечить, насколько это возможно, чтобы имущество иностранцев-граждан вражеского государства не было разграблено или повреждено. Комиссия также установила, что при наложении секвестра или иных ограничений на частное имущество иностранцев-граждан вражеского государства в военное время государство должно обеспечить сохранность этого имущества и возможность его последующего возвращения владельцам или распоряжения этим имуществом согласно послевоенной договоренности.

138. Комиссия отметила, что заявленные претензии касались не обращения с вражеским имуществом в целом, а обращения с имуществом подвергшихся высылке иностранцев-граждан государства противника. В связи с этим Комиссия рассмотрела конкретные меры, которые были приняты в отношении имущества высланных иностранцев-граждан государства противника, а также совокупный результат таких мер. Комиссия проанализировала содержание указанных мер, с тем чтобы установить, были ли они обоснованными или произвольными и дискриминационными. Комиссия рассмотрела также вопрос о том, соответствовал ли порядок принятия таких мер минимальным стандартам справедливого и обоснованного обращения, действующим в особых обстоятельствах военного времени.

139. В частности, Комиссия провела углубленный анализ законности: i) системы доверенностей, созданной для обеспечения сохранности имущества; ii) принудительной продажи недвижимости; iii) налоговых мер; iv) отчуждения за долги; v) совокупного результата различных мер, связанных с имуществом высланных иностранцев, являющихся гражданами государства противника. Интерес для целей нашего анализа представляют пункты 124–129, 133, 135 и 136, 140, 142, 144–146, 151 и 152 этого решения. Поскольку полностью воспроизвести эти пункты в настоящем докладе не представляется возможным ввиду их объема, здесь приводятся основные выводы и заключения Комиссии по этому вопросу. По мнению Комиссии, «современное право войны содержит важные положения о защите имущества иностранцев, начиная с основных норм избирательности и соразмерности в боевых действиях, которые защищают как жизнь, так и имущество».

140. В своих доводах обе стороны выразили единое мнение, что «нормы международного обычного права [...] ограничивают право государств захватывать имущество иностранцев в мирное время», и «согласились с тем, что нормы мирного времени о запрещении экспроприации будут по-прежнему применяться»²⁸⁴. Однако следует отметить, что факты, о которых идет речь, в основном имели место в период международного вооруженного конфликта и поэтому должны рассматриваться с учетом *jus in bello*, что выходит за рамки данного исследования, поскольку в мирное и военное время многие вопросы подчиня-

²⁸⁴ *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée n^{os} 15, 16, 23 et 27 à 32, p. 38, par. 124.*

ются разным правовым режимам. «Например, согласно праву войны умышленное уничтожение имущества иностранцев во время боевых действий может быть абсолютно законным, тогда как в мирное время подобное поведение привело бы к ответственности государства»²⁸⁵. Тем не менее некоторые аспекты решения Комиссии поучительны и для анализа норм о защите имущества иностранцев, высланных в мирное время.

141. В данном случае «Эритрея не утверждала, что Эфиопия прямо секвестрировала или экспроприировала имущество высланных лиц, а заявила, что Эфиопия разработала и осуществила комплекс дискриминационных мер, чтобы передать имущество высланных эритрейцев в руки эфиопов. Эти меры включали:

- создание препятствий для высланных лиц в принятии эффективных мер по обеспечению сохранности своего имущества;
- принуждение высланных лиц к распродаже своей недвижимости;
- продажу с аукциона имущества высланных лиц для погашения задолженности по налогам и сборам;
- продажу с аукциона заложенного имущества высланных лиц, чтобы вернуть долги по займам.

Эритрея утверждает, что в совокупности эти меры привели к узаконенному разграблению частной собственности эритрейцев эфиопами»²⁸⁶.

142. Касаясь вопроса об обеспечении сохранности имущества доверенным лицом, Комиссия признает, что «высылаемые лица переживают сильнейший стресс и трудности» и что, «несомненно, имели место имущественные потери, связанные с неудачно или непрофессионально осуществленными полномочиями доверенного лица», но вместе с тем отмечает, что «особенно в условиях военного времени, когда, по имеющимся данным, Эфиопия прилагала усилия по выработке специальных процедур для облегчения выдачи доверенностей задержанными, недостатки системы доверенностей сами по себе не создают ответственности»²⁸⁷.

143. По вопросу о принудительной распродаже недвижимости Комиссия утверждает:

«Запрет на приобретение иностранцами недвижимого имущества на противоречит общему международному праву; такой запрет часто встречается во внутреннем праве. Комиссия согласна с тем, что лица с двойным гражданством, которые были лишены своего эфиопского гражданства и высланы после проведения проверки органами безопасности Эфиопии, могли обоснованно считаться эритрейцами для целей применения этого законодательства. Кроме того, Эфиопия не несет международной ответственности за потери, вызванные снижением продажных цен из-за общих экономических условий, связанных с войной или другими подобными факторами.

Тем не менее Комиссия имеет серьезные замечания относительно порядка осуществления запрета в отношении имущества иностранных граждан.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ibid., par. 129.

²⁸⁷ Ibid., par. 133.

Есть сведения о том, что правительство Эфиопии сократило срок распродажи имущества выслаемых лиц с шести месяцев, предоставляемых другим иностранцам, до одного месяца. Этого срока было недостаточно для проведения выгодной распродажи имущества, особенно ценных и уникальных объектов. Несмотря на то, что, обязав эритрейских граждан продать свое недвижимое имущество, Эфиопия не нарушила международного права, ее действия по резкому сокращению срока такой распродажи были необоснованными, дискриминационными и противоречащими международному праву [...]»²⁸⁸.

144. По вопросу о налоге на местонахождение Комиссия пришла к выводу, что «налогом на местонахождение» в размере 100 процентов облагались не все, а только определенные сделки принудительной продажи недвижимости выслаемых лиц и что «такая дискриминационная и конфискационная форма налогообложения противоречит международному праву»²⁸⁹. Вместе с тем Комиссия заключила, что «меры, принятые для взыскания непогашенных кредитов, сами по себе противоречат международному праву»²⁹⁰. С другой стороны, в том что касается требования Эфиопии о погашении выслаемыми лицами своих налоговых обязательств, Комиссия указала, что такие требования не запрещены международным правом, однако оно требует, чтобы «соответствующие действия производились разумным образом при соблюдении определенных принципов». Это требование, по мнению Комиссии, соблюдено не было. В действительности суммы требований рассчитывались приблизительно и у высланных лиц не было реальной возможности проверить или опротестовать эти суммы. Более того, между направлением налогового извещения и высылкой проходило очень мало времени, и не было никакой гарантии, что высланные лица или их агенты получили эти извещения. И «если они их и получали, они могли не иметь возможности уплатить налоги из-за начатой банком процедуры отчуждения их активов и множества других экономических неурядиц, обрушившихся на выслаемых лиц. В целом налоги взимались с использованием приблизительно расчетов, произвольно и без соблюдения минимальных стандартов справедливого и разумного обращения, необходимого в данных обстоятельствах»²⁹¹.

145. При рассмотрении общих последствий мер, принятых Эфиопией, Комиссия пришла к выводу, что «воюющая сторона обязана, насколько это возможно, обеспечить, чтобы имущество покровительствуемых лиц и других граждан государства противника не было разграблено и повреждено. Если на частную собственность иностранцев, являющихся гражданами государства противника, в военное время необходимо наложить секвестр или иные ограничения, эти меры должны приниматься государством, причем таким образом, чтобы обеспечить сохранность имущества и возможность его последующего возврата владельцам или распоряжения им в соответствии с послевоенной договоренностью»²⁹².

²⁸⁸ Ibid., par. 135–136.

²⁸⁹ Ibid., par. 140.

²⁹⁰ Ibid., par. 142.

²⁹¹ Ibid., par. 144.

²⁹² Ibid., par. 151.

146. В этом случае то, что применимо к ситуации военного времени, применимо в равной — может быть, и в большей степени — к условиям мирного времени. В самом деле, в мирное время ничем нельзя оправдать такое положение дел, при котором имущество высланного лица оставлено на разграбление и расхищение или если это имущество не может быть возвращено владельцу по его требованию. Следовательно, было бы уместно рассматривать как нечто само собой разумеющееся обязательство, возлагаемую в связи с этим на государство — как в мирное, так и в военное время.

147. В своем решении Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии пришла к выводу, что Эфиопия несет ответственность перед Эритреей за следующие нарушения международного права, явившиеся результатом действий или бездействия ее гражданских руководителей, военнослужащих этой страны или других лиц, за поведение которых она отвечает:

«11. сокращение до одного месяца срока, предоставленного высылаемым эритрейцам для принудительной распродажи своего недвижимого имущества;

12. взимание дискриминационного 100-процентного «налога на местонахождение» с выручки от определенных сделок по принудительной продаже недвижимости высылаемых эритрейцев;

13. применение к высылаемым эритрейцам такого режима налогообложения, который не отвечает обязательным минимальным стандартам справедливого и разумного обращения;

14. принятие и осуществление комплекса экономических мер (некоторые из которых были законными, другие таковыми не являлись), которые в совокупности привели к утрате высланными эритрейцами всех или большинства своих активов в Эфиопии, тогда как Эфиопия была обязана обеспечить сохранность активов иностранцев»²⁹³.

148. В частичном решении по имущественным претензиям Эфиопии ответственность, напротив, возложена на другую сторону — в данном случае на Эритрею. Комиссия утверждает:

«Установлено, что тем эфиопам, которые были высланы непосредственно из эритрейских лагерей для интернированных, тюрем и мест заключения после мая 2000 года, не была предоставлена возможность забрать с собой личные вещи или иным образом уладить свои дела перед высылкой. Соответственно, Эритрея несет ответственность за экономические потери (эфиопов, высланных прямо из лагерей для интернированных, тюрем и мест заключения) вследствие отсутствия у высылаемых возможности позаботиться о своем имуществе или уладить свои дела до высылки.

Комиссия заявила, что она, тем не менее, была «поражена совокупностью представленных свидетельств нищеты эфиопов, покинувших Эритрею, после того как они были высланы непосредственно из мест заключения после мая 2000 года или при иных обстоятельствах. Признавая, что это отчасти действительно можно объяснить тем, что многие члены традиционной эфиопской общины выполняли сравнительно низкооплачиваемую

²⁹³ Ibid., p. 38.

работу, Комиссия к тому же констатирует, что это явилось следствием многочисленных случаев неправомерного лишения эритрейскими должностными лицами выезжающих эфиопов их имущества. В материалах дела содержится много сообщений о принудительном выселении из домов, которые были затем опечатаны или разграблены, заблокированных банковских счетах, принудительном закрытии предприятий, за которым следовала конфискация, и прямом, открытом захвате личного имущества полицией. Комиссия считает Эритрею ответственной за экономические потери, понесенные покинувшими страну эфиопами в результате неправомерного захвата эритрейскими должностными лицами их имущества и неправомерного воспрепятствования им в принятии мер к тому, чтобы обезопасить свое имущество или распорядиться им»²⁹⁴.

149. В своем решении Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии пришла к заключению, что Эритрея несет ответственность за следующие нарушения международного права, включая действия или бездействие ее гражданских руководителей, военнослужащих или других лиц, за поведение которых она отвечает:

«12. санкционирование захвата имущества, принадлежащего эфиопам, выезжающим не из лагерей для интернированных, тюрем и мест заключения, а также иное воспрепятствование принятию эфиопами мер к тому, чтобы обезопасить свое имущество или распорядиться им»²⁹⁵.

150. Конечно, обязанность высылающего государства обеспечить защиту имущества высылаемого иностранца и гарантировать ему доступ к этому имуществу закреплена в международном праве: она предусмотрена в нескольких международных договорах, подтверждается судебной практикой, единодушно поддерживается доктриной и закреплена в законодательстве многих стран. Поэтому предлагается следующий проект статьи:

Проект статьи G1. Защита имущества подлежащего высылке иностранца

- 1. Высылка иностранца с целью конфискации его имущества запрещена.**
- 2. Высылающее государство обеспечивает защиту имущества подлежащего высылке иностранца, разрешает ему [по мере возможности] свободно распоряжаться этим имуществом, даже находясь за пределами государства, и возвращает ему это имущество по его требованию или по требованию его наследников или его правопреемников.**

V. Право на возвращение в случае незаконной высылки

151. В принципе любой незаконно высланный иностранец может заявить свое право на возвращение в выславшее его государство. Особенно в случае отмены решения о высылке высланное лицо должно иметь возможность воспользоваться этим правом на возвращение в выславшее его государство, и при этом

²⁹⁴ *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamation de l'Éthiopie n° 5, op. cit., par. 133 et 135.*

²⁹⁵ *Ibid.*, par. 12.

ему не может быть отказано во въезде на основании решения о высылке. Что касается, в частности, трудящихся-мигрантов и членов их семей, то пункт 5 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей от 18 декабря 1990 года предусматривает: «Если уже исполненное решение о высылке впоследствии отменяется, заинтересованные лица имеют право ходатайствовать о компенсации в соответствии с законом, и принятое ранее решение не может быть использовано с целью воспрепятствовать их повторному въезду в данное государство».

152. На региональном уровне право на возвращение в случае незаконной высылки было признано Межамериканской комиссией по правам человека в деле о произвольной высылке иностранного священника. Комиссия постановила:

«[...] рекомендовать правительству Гватемалы: а) разрешить отцу Карлосу Стеттеру вернуться в Гватемалу и проживать в этой стране, если он того пожелает; б) расследовать действия, о которых было сообщено, и наказать ответственных за них лиц; и с) в течение 60 дней информировать Комиссию о мерах, принятых во исполнение данных рекомендаций»²⁹⁶.

153. Национальное законодательство некоторых стран идет по тому же пути. В статье L.524-4 Кодекса законов о въезде и пребывании иностранцев и праве на убежище Франции предусмотрено: «За исключением случаев должным образом обоснованной угрозы для общественного порядка, иностранцы, проживающие за пределами Франции и добившиеся отмены решения о высылке, которой они подверглись, имеют право на получение визы для возвращения во Францию, если на дату принятия этого решения они принадлежали к категориям, перечисленным в пунктах 1–4 статьи L.521-3, и они подпадают под действие пункта 4 или 6 статьи L.313-11 или под действие книги IV, с учетом исключений, предусмотренных этими статьями. Если они были осуждены во Франции за применение насилия или угрозы в отношении родственника по восходящей линии, супруга или ребенка, право на получение визы обусловлено согласием родственников по восходящей линии, супруга или детей, проживающих во Франции. Положения настоящей статьи применяются только к иностранцам, в отношении которых было принято решение о высылке до вступления в силу закона № 2003-1119 от 26 ноября 2003 года о контроле за иммиграцией, о пребывании иностранцев во Франции и о гражданстве». Таким образом, право высланного иностранца на возвращение предусмотрено законами этой страны, но, как мы видим, оно сопровождается определенными ограничениями.

154. В своем ответе на просьбу о представлении информации, изложенную в докладе Комиссии о работе ее шестьдесят первой сессии и включающую, среди прочего, вопрос о том, имеет ли незаконно высланное лицо право на возвращение в высылающее государство, Германия сообщила следующее:

«Такую гипотезу можно допустить лишь в том случае, если решение о высылке еще не стало окончательным и абсолютным и в ходе основного разбирательства, проводимого за границей, выясняется, что высылка была незаконной.

²⁹⁶ Résolution 30/81 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire 7378 (Guatemala), 25 juin 1981, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, document 9 rev. 1, 16 octobre 1981.

Окончательная и абсолютная высылка (то есть высылка, против которой соответствующий иностранец не подал жалобу (в установленный период)) также является основанием для запрета на въезд и проживание, если это законно; право на возвращение возникает лишь в том случае, если последствия высылки были ограниченными по времени (что по германскому праву происходит регулярно в случае применения третьего предложения пункта 1 раздела 11 Закона о проживании), крайний срок прошел и имеется правовая основа для повторного въезда (например, выдача визы).

Этот принцип применяется всегда, если только высылка не является недействительной, например если она связана с особо серьезными и явными ошибками. Если в течение установленного периода успешно проходит процедура обжалования, решение о высылке отменяется; поскольку лицо ранее имело разрешение на проживание, которое должно было утратить свою силу в результате высылки, это лицо может требовать вновь разрешения на проживание, тем самым делая возможным повторный въезд в страну»²⁹⁷.

155. Нидерланды также в своем ответе заявляют, что, хотя национальное законодательство не содержит конкретных норм по данному вопросу, в случае незаконной высылки лица, постоянно проживающего в стране на законных основаниях, оно будет иметь право вернуться²⁹⁸.

156. Право на возвращение незаконно высланного иностранца признано также в практике Румынии, как показывает ответ этой страны на вопросник Комиссии:

«Если постановление аннулировано или отменено в результате специальной процедуры после осуществления высылки, судья принимает решение в отношении того, каким образом отреагировать на ситуацию, предоставляя наилучшие имеющиеся средства правовой защиты. В принципе в случае аннулирования или отмены постановления о высылке согласно румынской правовой практике иностранец должен получить разрешение на въезд (см. соответствующие примеры из внутренней практики в решении *Kordoghliazar c. Roumanie*, Европейский суд по правам человека, 25 мая 2008 года)»²⁹⁹.

157. Согласно малайзийской практике, незаконно высланный иностранец, как представляется, обязан пройти обычную процедуру получения разрешения на въезд, предусмотренную законом. В своем ответе на вопросник Комиссии Малайзия указывает, что любое подлежащее высылке лицо может в течение 14 дней с момента получения уведомления об этом решении оспорить его в Высоком суде (High Court) на том основании, что оно является гражданином Малайзии или «освобожденным» лицом («exempted person») в силу закона,

²⁹⁷ Комментарии воспроизведены в документе A/CN.4/628.

²⁹⁸ См. ответ Нидерландов на просьбу Комиссии о представлении информации, содержащуюся в вышеупомянутом докладе о работе ее шестьдесят первой сессии: Постоянное представительство Нидерландов при Организации Объединенных Наций, «Заявление представителя Нидерландов», представленное д-ром Лисбет Лейнзад, Шестой комитет, шестьдесят четвертая сессия Генеральной Ассамблеи, Нью-Йорк, октябрь 2009 года, приложение.

²⁹⁹ Комментарии воспроизведены в документе A/CN.4/628.

причем такая возможность имеется, пока соответствующее лицо еще находится на территории Малайзии:

«Следует, однако, отметить, что когда какому-либо лицу запрещено оставаться и оно покидает Малайзию, даже если ему удастся отменить распоряжение о высылке в течение 14 дней с момента вручения распоряжения, оно не имеет права вернуться в Малайзию. Это происходит так, потому что отныне на него распространяется действие раздела 6 Закона об иммиграции 1959/63 (Закон № 155). Другими словами, ему будет разрешено въехать в Малайзию, лишь если оно будет иметь действующее разрешение на въезд или паспорт»³⁰⁰.

158. Это противоречило бы самой логике права высылки, если бы иностранец, в отношении которого компетентным судом высылающего государства или международным судом установлено, что он был выслан на основании ошибочных сведений или по ложным мотивам, не имел права вернуться на территорию высылающего государства на основании судебного решения об отмене спорного решения. Это означало бы полностью лишить юридической силы такое судебное решение и тем самым придать решению о высылке произвольный характер. В результате было бы нарушено право высылаемого лица на обращение в суд. Вот почему, по мнению Специального докладчика, идею о праве на возвращение, закрепленную в пункте 5 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которая поддерживается национальной практикой большинства государств, ответивших на вопросы Комиссии по этой теме, можно было бы сформулировать в качестве общего правила относительно высылки в порядке прогрессивного развития международного права в данной области.

159. Поэтому предлагается следующий проект статьи:

Проект статьи Н1. Право на возвращение в высылающее государство

Иностранец, высланный по неверным мотивам или в нарушение закона или международного права, имеет право на возвращение в высылающее государство на основании акта об отмене решения о высылке, за исключением случаев, когда его возвращение представляет собой угрозу для общественного порядка или общественной безопасности.

160. При этом следует особо отметить, что не все основания для отмены решения о высылке приводят к возникновению права на возвращение. Отмена на основании простого процессуального нарушения не может давать такое право. Это должно происходить при наличии существенных оснований, касающихся непосредственно самого мотива высылки. И в этом случае учитываются только два варианта. С одной стороны, «неверный мотив», а следовательно, ошибочный: иностранец не может быть жертвой деяния, которое он не совершал и которое неправильно вменяется ему в вину. С другой стороны, мотив, «противоречащий международному праву»: вся юридическая мысль, на которой базируется это исследование о высылке иностранцев и которую единодушно поддерживают члены Комиссии, заключается в том, что право на высылку, несомненно, является суверенным правом государства, но это право ограничено норма-

³⁰⁰ Там же.

ми международного права, в частности прав человека высылаемого лица. Отрицать право этого лица на возвращение в случае отмены решения о высылке, принятого в нарушение международного права, означало бы игнорировать другой аспект права на высылку и превратить это право из относительного в абсолютное, что в конечном счете несет в себе реальный риск произвола.

VII. Ответственность высялающего государства за незаконную высылку

161. Государство, которое высывает иностранца в нарушение норм международного права, несет за это ответственность. Эта ответственность может быть установлена в результате судебного процесса, начатого государством, гражданином которого является высылаемый, по линии дипломатической защиты или же в рамках процедуры в специальном правозащитном органе, в который соответствующее лицо может прямо или косвенно обратиться. Речь идет о принципе международного обычного права, который неизменно подтверждают международные судебные органы.

A. Подтверждение принципа ответственности высялающего государства

162. Ответственность является прямым следствием поведения, противоречащего норме права. По мнению Д. Анцилотти, «поскольку государства обязаны соблюдать определенные нормы, установленные международным правом в отношении правового режима граждан иностранного государства, которые находятся на их территории, нарушение указанных норм может фактически представлять собой обстоятельство, которое противоречит международному праву и может повлечь за собой ответственность этого государства»³⁰¹.

163. В 2001 году Комиссия международного права завершила работу над проектом статей об ответственности государств за международно противоправные деяния, текст которого включен в приложение к резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 2001 года³⁰², которая приняла его к сведению. В этих статьях изложены правила, позволяющие определить юридические последствия международно противоправного деяния³⁰³, включая незаконную высылку. Поэтому в настоящем докладе мы не будем возвращаться к этой огромной работе, проделанной Специальным докладчиком Джеймсом Кроуфордом, и вновь разбирать правовой режим ответственности, применимый в случае незаконной высылки. Цель же последующих напоминаний более скромная: показать, что

³⁰¹ D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, 1928, p. 5 à 28, spécialement p. 6.

³⁰² Текст проекта статей об ответственности государств за международно противоправные деяния был принят Комиссией на ее пятьдесят третьей сессии в 2001 году и представлен Генеральной Ассамблее в докладе Комиссии о работе этой сессии. Этот доклад, в котором также содержатся комментарии к проектам статей, издан в качестве *Официальных отчетов Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия*, Дополнение № 10 и исправление (A/56/10 и Corr.1).

³⁰³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят шестая сессия*, Дополнение № 10 и исправление (A/56/10 и Corr.1), статьи 28–54.

вопрос высылки иностранцев породил обширную международную судебную практику для исследования ответственности государств за международно противоправные деяния и что отсылка к общему режиму ответственности государств, установленному в статьях Комиссии международного права по этому вопросу, юридически оправданна.

164. Незаконность высылки может оказаться результатом нарушения какого-либо положения международного договора, участником которого является высылающее государство, нормы международного обычного права или общего принципа права³⁰⁴. Международная ответственность государств может возникнуть в случае, когда: i) высылка как таковая является незаконной; ii) применимые условия доказывания не соблюдены; или iii) высылка осуществлена незаконным способом. В этой связи следует напомнить проект статьи, в котором прямо говорится о международной ответственности государств за незаконную высылку иностранца в силу внутреннего права, предложенный Комиссии международного права Специальным докладчиком Ф.В. Гарсия Амадором. Этот проект статьи гласил:

«Государство несет ответственность за вред, причиненный иностранцу, который был выслан из страны, если предписание о высылке не базировалось на основаниях, указанных во внутреннем праве, или если во исполнение этого предписания были совершены серьезные нарушения в применении процедуры, установленной внутренним правом»³⁰⁵.

165. Международно противоправное деяние высылающего государства может также заключаться в высылке иностранца в государство, где он может быть подвергнут пыткам. По мнению одного автора, «таким образом, в зависимости от конкретных обстоятельств нарушение нормы будет влечь за собой международную ответственность перед другими договаривающимися сторонами, международным сообществом в целом или региональными институтами»³⁰⁶.

166. Принцип, согласно которому государство, которое высылает иностранца в нарушение норм международного права, несет за это международную ответственность, утвердился довольно давно. В деле *Boffolo* суперарбитр, подчеркнув, что «[...] Комиссия может выяснять причины и обстоятельства высылки»³⁰⁷, отметил, что, если государство не приводит никаких доводов или приводит недостаточные доводы для того, чтобы обосновать высылку, когда этого требует международный судебный орган, оно обязано претерпевать определенные последствия: «[...] Страна, которая осуществляет право на высылку, должна, если потребуется, мотивировать такую высылку в международном судебном органе

³⁰⁴ См. статью 1 проекта статей об ответственности государств, разработанного Комиссией международного права («Ответственность государств за международно противоправные деяния. Каждое международно противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства») и пункты 1(a), (b) и (c) статьи 38 Статута Международного Суда.

³⁰⁵ См. Комиссия международного права, «Международная ответственность: шестой доклад Специального докладчика Ф.В. Гарсия Амадора (пункт 1 статьи 5) (Ответственность государства за ущерб, причиненный на его территории личности или имуществу — меры, затрагивающие приобретенные права (продолжение) и конститутивные элементы международной ответственности).

³⁰⁶ G. S. Goodwin-Gill, « The limits of the power of Expulsion in public international law », *British Yearbook of International Law*, 1974-1975, p. 55 et 156, p. 88.

³⁰⁷ *Affaire Boffolo*, op. cit., p. 534 (arbitre Ralston).

и если она не приводит никаких мотивов или приводит недостаточные мотивы, претерпевать определенные последствия»³⁰⁸.

167. Аналогичное решение было принято в деле *Zerman c. Mexico*, когда Комиссия пришла к выводу, что, если высылающее государство имело мотивы для высылки заявителя, оно было обязано предъявить Комиссии обвинения:

«Строго говоря, суперарбитр полагает, что президент Мексиканской Республики имеет право высылать со своей территории иностранца, который может считаться опасным, и что в случае войны или беспорядков это право может оказаться необходимым осуществить даже при наличии простых подозрений; однако в данном случае войны не было и соображения безопасности не могли быть выдвинуты в качестве мотива для высылки заявителя в отсутствие выдвинутых против него обвинений или судебного разбирательства. Но если у мексиканского правительства нет основания для такой высылки, оно по крайней мере обязано было предъявить эти обвинения Комиссии. Однако одно только его утверждение или утверждение, содержащееся в донесении консула Соединенных Штатов своему правительству о том, что заявитель находился на службе империалистических властей, не представляется суперарбитру достаточным доказательством этого утверждения и не является достаточным основанием для его высылки»³⁰⁹.

168. В своем частичном решении по поводу имущественных претензий Эритреи Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии подтвердила в отношении обязательства высылающего государства охранять имущество высылаемых лиц следующее:

«Не вызывает сомнений то, что Эфиопия не выполнила своих обязанностей. В результате совокупных последствий вышеуказанных мер многие высланные лица (причем некоторые из них обладали крупным состоянием) утратили практически все, что имели в Эфиопии.

Одни принятые Эфиопией меры были законными, другие — незаконными. Однако в результате их совокупных последствий лишь немногие высланные лица сохранили какое-то имущество. Высланные лица должны были назначить своих представителей (если они могли найти таковых и дать им необходимые указания) и оказались вынуждены оперативно распродать недвижимое имущество, заплатить грабительский налог на вырученные от продажи деньги, получить в ускоренном порядке долги, поспешно заплатить другие налоги и сборы, определенные в произвольном порядке, и столкнуться с другими осложнениями экономического свойства в результате мер, в принятии которых правительство Эфиопии сыграло решающую роль. Создавая эту цепочку мер или содействуя ее созданию,

³⁰⁸ Ibid., p. 537, par 3 (arbitre Ralston). Член Комиссии от Венесуэлы по делу *Олива* выразил иное мнение: «Правительство Венесуэлы считало иностранца Оливу нежелательным лицом и использовало право на высылку, признанное и установленное в отношениях между государствами в целом, в порядке, установленном правом Венесуэлы. Это право часто использует Италия. Подписавшийся не считает, что Венесуэла обязана объяснять мотивы высылки». *Affaire Oliva*, op. cit., p. 604 et 605.

³⁰⁹ *J. N. Zerman c. Mexico*, sentence du 20 novembre 1876, dans John Bassett Moore, op. cit., vol. IV, p. 3348.

Эфиопия не выполнила своего обязательства по обеспечению защиты имущества иностранцев»³¹⁰.

Как видно из этого частичного решения относительно имущественных претензий Эфиопии, Комиссия также констатировала ответственность Эритреи за практически аналогичные деяния (см. выше, «3. Имущественные права и аналогичные интересы»).

169. Комиссия также решила, что Эфиопия несла ответственность перед Эритреей, в частности, за нижеследующее нарушение международного права в результате действий или бездействия гражданских руководителей, военнослужащих и других лиц, за поведение которых она отвечает: «7. Позволила местным властям выслать силой в Эритрею неизвестное, однако значительное число лиц с двойным гражданством по неизвестным причинам...»³¹¹.

В. Право на дипломатическую защиту выслаемого лица

170. Мы не намерены здесь возвращаться к праву на дипломатическую защиту — теме, которая была грамотно исследована Специальным докладчиком по этому вопросу г-ном Джоном Дугартом и по которой Комиссия международного права приняла проекты статей во втором чтении в 2006 году³¹². Перед нами стоит более скромная задача — изучить, в какой степени этот механизм можно использовать для защиты выслаемого лица, что тем более актуально, поскольку современная международная судебная практика предлагает в этой связи интересный пример в деле *Амаду Садио Диалло (Гвинейская Республика против Демократической Республики Конго (ДРК))*³¹³, рассматривавшемся в Международном Суде.

171. С учетом нынешнего состояния производства из этого дела следует, что, когда ответственность высылающего государства должна быть задействована через суд в результате процедуры дипломатической защиты, в частности через Международный Суд, предварительно должен быть выполнен ряд условий. В этом деле Гвинея, в частности, ссылалась на «осуществление своей дипломатической защиты в отношении г-на Диалло в связи с нарушением его прав, которое совершило ДРК в результате его ареста, содержания под стражей и высылки, и такое нарушение представляет собой международно-противоправное деяние этого государства, влекущее его ответственность»³¹⁴. С учетом этого заявления Суд ответил, что ему необходимо проверить, соответствовал ли заявитель условиям для осуществления дипломатической защиты, а именно имел ли г-н Диалло гражданство Гвинеи и исчерпал ли он внутренние средства за-

³¹⁰ *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée n^{os} 15, 16, 23 et 27 à 32, point 152.*

³¹¹ *Ibid.*, p. 38.

³¹² Проекты статей и комментарии к ним включены в доклад Комиссии международного права, пятьдесят восьмая сессия, 1 мая — 9 июня и 3 июля — 11 августа 2006 года. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 10 (A/61/10).*

³¹³ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 24 mai 2007, *Exceptions préliminaires.*

³¹⁴ *Ibid.*, par. 40.

щиты, имеющиеся в ДРК³¹⁵. В этой связи Суд без труда установил гвинейское гражданство г-на Диалло, которое он имел непрерывно с даты причинения предполагаемого вреда до даты возбуждения дела³¹⁶.

172. Что касается условия, связанного с исчерпанием внутренних средств защиты, то в целом оно породило ожесточенные споры как в доктрине, так и в рамках международных разбирательств. Напомним лишь о том, что, как указал Суд в деле компании «Интерхандель» (*Швейцария против Соединенных Штатов Америки*), «правило, согласно которому внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны до возбуждения международной процедуры, представляет собой общепризнанное правило международного обычного права; в целом оно соблюдалось в случаях, когда государство вступалось за своего гражданина, права которого были нарушены в другом государстве в нарушение международного права. Прежде чем обращаться в международный судебный орган, в таком случае считалось необходимым, чтобы государство, где было совершено нарушение, устранило его последствия с помощью своих собственных средств в рамках своего внутреннего правопорядка»³¹⁷. Однако, хотя государство не ставит под сомнение условие исчерпания внутренних средств защиты, регулярно возникает активное и напряженное обсуждение вопроса о том, существуют ли в правовой системе какого-либо государства такие эффективные внутренние средства защиты, которые иностранец должен исчерпать, прежде чем за него вступится государство, гражданином которого он является. Однако в области дипломатической защиты, как заявил Суд, «именно заявитель должен доказать, что внутренние средства правовой защиты были исчерпаны или продемонстрировать, что исключительные обстоятельства освобождают предположительно потерпевшее лицо, которому оно намеревается предоставить защиту, от исчерпания имеющихся внутренних средств правовой защиты»³¹⁸. Суд ссылается на свое решение по делу компании «Элетроника Сикула С.п.А» (ЭЛСИ) [*Соединенные Штаты Америки против Италии*³¹⁹]. Что касается ответчика, то ему надлежит убедить Суд, что в его внутреннем правопорядке существуют эффективные средства защиты, которые не были исчерпаны³²⁰.

173. В данном случае Суд счел необходимым рассматривать вопрос о внутренних средствах защиты только в том, что касается высылки г-на Диалло. Он напомнил, что «как это признано в двух пактах и было подтверждено в уведомлении, подготовленном 31 января 1996 года Национальным иммиграционным агентством Заира, эта высылка в момент ее осуществления была квалифицирована как мера принудительного возвращения (“refoulement”). Однако, по всей видимости, меры принудительного возвращения, согласно конголезскому праву, не могут быть обжалованы. В статье 13 Ордонанса-закона № 83-033 от 12 сентября 1983 года о полицейском надзоре за иностранцами прямо уточня-

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid., par. 41.

³¹⁷ C.I.J. Recueil 1959, p. 27.

³¹⁸ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, op. cit., arrêt du 24 mai 2007, par. 44.

³¹⁹ C.I.J., *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

³²⁰ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, op. cit., arrêt du 24 mai 2007, par. 44.

ется, что «мера [принудительно возвращения] не может быть обжалована». Суд полагает, что ДРК не может сегодня ссылаться на то обстоятельство, что ее административные службы допустили ошибку в момент принудительного возвращения г-на Диалло, чтобы заявить, что он должен был бы рассматривать эту меру как высылку. Г-н Диалло как лицо, подлежащее принудительному возвращению, совершенно правомерно сослался на обстоятельства юридической квалификации, данной властями Заира, в том числе обусловленные правилом об исчерпании внутренних средств защиты»³²¹. Вместе с тем Суд отметил следующее:

«Даже если бы в данном случае речь шла о высылке, а не о принудительном возвращении, как об этом говорит ДРК, ДРК не смогла также продемонстрировать наличие в своем внутреннем праве средств правовой защиты против высылки. ДРК сослалась на возможность обращения в компетентный административный орган с просьбой о пересмотре (...). Суд тем не менее напоминает, что, если внутренние средства защиты, которые должны быть исчерпаны, включают все средства правового характера, как средства судебного, так и административного обжалования, административные средства могут учитываться для целей правила об исчерпании внутренних средств защиты только в той мере, в какой они направлены на восстановление права, а не на получение одолжения, за исключением случая, когда они не представляют собой существенное предварительное условие допустимости последующих процедур по рассмотрению спора. В данном случае имеющаяся у г-на Диалло возможность представления просьбы о пересмотре решения о высылке в административный орган, который его принял, т.е. премьер-министру, в надежде на то, что тот из милости отменит свое решение, не может считаться внутренним средством защиты, которое необходимо исчерпать»³²².

174. Таким образом, государство, будучи не в состоянии продемонстрировать, что в его правовом порядке существуют эффективные средства правовой защиты, позволяющие иностранцу, ставшему жертвой произвольной высылки, оспорить свою высылку, не может ссылаться в Международном Суде на это условие как на основание для неприемлемости спорных средств защиты. К такому заключению, впрочем, приходит Суд в результате анализа различных доводов сторон в отношении данного условия³²³.

175. Кроме того, чтобы задействовать ответственность высылающего государства, иностранец, ставший жертвой незаконной высылки, может использовать средства защиты в специальных правозащитных судебных органах. Если Международный Суд еще не принял решения о международной ответственности государства за незаконную высылку иностранца (возможно, он это сделает в деле Диалло, которое он в настоящее время рассматривает), то арбитражные органы и договорные органы конвенций по правам человека довольно часто констатируют эту ответственность и обязывают ответственное государство устранить причиненный вред.

³²¹ Ibid., par. 46.

³²² Ibid., par. 47.

³²³ Ibid., par. 48.

С. Доказывание незаконной высылки

176. Доказать незаконность высылки непросто. Судя по всему, вопрос о бремени доказывания в случае предполагаемой незаконной высылки в международном праве не урегулирован. Он затрагивался в целом ряде арбитражных решений, однако единообразия в этом не наблюдалось. Как видно из настоящего шестого доклада, чтобы высылка была законной, она должна, в частности, быть обусловлена мотивом, правомерным с точки зрения международного права и высылающее государство обязано мотивировать решение о высылке³²⁴.

177. В деле *Oliva* член Комиссии от Италии возложил обязанность доказать факты, обосновывающие высылку, на высылающее государство:

«Член Комиссии от Венесуэлы полагает, что г-н Олива не смог доказать свою невиновность, однако он и не должен это делать, поскольку лицо считается невиновным до тех пор, пока его вина не будет доказана. Поэтому вину заявителя должно было установить правительство Венесуэлы, которое этого не сделало. Когда Франция или Италия прибегают к высылке, у них имеются доказательства для ее обоснования. Простое подозрение может оправдать меры по наблюдению, однако ни в коем случае не столь суровую меру, как запрет на проживание человека, имеющего в стране значительные интересы»³²⁵.

178. А член Комиссии от Венесуэлы, наоборот, полагал, что высылающему государству достаточно иметь веские основания для того, чтобы считать, что соответствующее лицо было революционером: «То, в какой степени было продемонстрировано, что Олива является революционером, значения не имеет. Достаточно того, что правительство Венесуэлы имело веские основания в это верить, и это обстоятельство представляется установленным»³²⁶.

179. В деле *Zerman* супер арбитр выразил мнение, что в отсутствие войны или беспорядков высылающее государство обязано предъявить Комиссии доказательства своих обвинений, поскольку простых утверждений недостаточно:

«Строго говоря, суперарбитр полагает, что президент Мексиканской Республики имеет право высылать со своей территории иностранца, который может считаться опасным, и что во время войны или беспорядков это право может оказаться необходимым осуществить даже при наличии простых подозрений; однако в данном случае войны не было, и соображения безопасности не могли быть выдвинуты в качестве мотива для высылки заявителя в отсутствие выдвинутых против него обвинений или судебного разбирательства. Но если у мексиканского правительства имелись основания для такой высылки, оно по крайней мере обязано было предъявить эти обвинения Комиссии. Однако одно только его утверждение или утверждение, содержащееся в донесении консула Соединенных Штатов своему правительству о том, что заявитель находился на службе империалистических властей, не представляются суперарбитру достаточным доказа-

³²⁴ См. шестой доклад о высылке иностранцев (A/CN.4/625 и Add.1).

³²⁵ *Affaire Oliva*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. X, p. 600 à 609, spécialement p. 607 (commissaire Agnoli).

³²⁶ *Ibid.*, par. 607 (commissaire Zuloaga).

тельством этого утверждения и не является достаточным основанием для его высылки»³²⁷.

180. А в деле *Rankin* Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, наоборот, возложил на заявителя бремя доказывания того, что он был выслан незаконно:

«Бремя доказывания незаконности высылки, осуществленной государством, лежит на том, кто жалуется на высылку, другими словами, доказывания того, что она является произвольной, дискриминационной и нарушающей договорные обязательства государства в этой области»³²⁸.

Трибунал отмечает, что на заявителе лежит бремя доказывания того, что он был выслан из Ирана незаконно и вину за это несет правительство Ирана. В отсутствие доказательств в поддержку этого утверждения Трибунал заключает, что заявитель не доказал свою правоту³²⁹.

Вследствие этого, Трибунал считает, что заявителю не удалось доказать, что осуществление новой политики ответчика ... стало решающим фактором в решении заявителя уехать»³³⁰.

181. Однако в отношении дела *Rankin* следует уточнить, что главный вопрос состоял не столько в том, была ли высылка г-на Ранкина обоснована, а в том, был ли он вынужден покинуть территорию Ирана вследствие поведения властей или же, напротив, он покинул территорию добровольно.

D. Возмещение вреда, причиненного в результате незаконной высылки

182. Нарушение высылающим государством юридического обязательства в области высылки порождает обязательство произвести возмещение. Иностранец, являющийся жертвой незаконной высылки, может обратиться в национальные судебные органы или международные договорные органы конвенций по правам человека, с тем чтобы потребовать возмещения причиненного вреда. Необходимо провести разграничение между случаями, когда государство, гражданином которого является высылаемый, решает осуществить свое право на дипломатическую защиту своего гражданина и обращается в международный судебный орган, и случаями, когда жертва незаконной высылки обращается в специальные правозащитные судебные органы.

183. Когда просьба о возмещении вреда, причиненного в результате незаконной высылки, подается в рамках процедуры дипломатической защиты, возмещение производится государству, которое осуществляет защиту в отношении своего гражданина. В деле *Ben Tillet* британское правительство, считавшее, что Бельгия превысила свое право, выслав его гражданина, потребовало компенса-

³²⁷ *J. N. Zerman c. Mexico*, sentence du 20 novembre 1876, dans John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, p. 3347 et 3348.

³²⁸ *Rankin c. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, jugement du 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 135 à 152, spécialement p. 142, par. 22.

³²⁹ *Ibid.*, par. 151, par. 38.

³³⁰ *Ibid.*, par. 39.

ции в размере 75 000 бельгийских франков. Арбитр пришел к выводу, что британское правительство недостаточно обосновало свою просьбу, и отклонил ее.

184. По мнению Межамериканского суда по правам человека, «возмещение заключается в принятии мер, которые направлены на устранение, смягчение или компенсирование последствий совершенных нарушений. Его характер и сумма зависят от специфики нарушения и причиненного ущерба, как материального, так и нематериального»³³¹.

1. Основание для возмещения

185. Пункт 5 статьи 22 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей от 18 декабря 1990 года предоставляет этим лицам право «ходатайствовать о компенсации в соответствии с законом»³³².

186. В пункте 1 статьи 63 Американской конвенции о правах человека говорится, что «если Суд придет к выводу, что имеет место нарушение права или свободы, охраняемых настоящей Конвенцией, он может распорядиться об обеспечении потерпевшей стороне возможности пользоваться нарушенным правом или свободой. Он может также в соответствующем случае отдать распоряжение о заглаживании тех последствий, которые обусловлены мерой или ситуацией, возникшей в результате нарушения такого права или свободы, и о выплате потерпевшей стороне справедливой компенсации»³³³.

187. Суды также определяют и надлежащую форму возмещения за ущерб, причиненный незаконной высылкой. Согласно статье 41 Европейской конвенции о правах человека, «если Суд объявляет, что имело место нарушение положений Конвенции или протоколов к ней, а внутреннее право Высокой Договаривающейся Стороны допускает возможность лишь частичного возмещения, Суд, в случае необходимости, присуждает выплату справедливой компенсации потерпевшей стороне».

2. Формы возмещения

188. основополагающий принцип полного возмещения государством вреда, причиненного международно противоправным деянием, которое присваивается этому государству, закреплен в статье 31 статей об ответственности государств. Что касается форм возмещения, то они перечислены в статье 34.

а) Реституция

189. Реституция как форма возмещения предусмотрена в статье 35 статей об ответственности государств. По всей видимости, она нечасто присуждается в

³³¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *Vargas-Areco v. Paraguay* (Sur le fond, réparation), série C, no. 155, 26 septembre 2006, par. 142; *La Cantuta v. Pérou* (Sur le fond, réparation), série C, no. 162, 29 novembre 2006, par. 202.

³³² Конвенция, принятая Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в ее резолюции 45/158 от 18 декабря 1990 года и вступившая в силу 1 июля 2003 года, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 49*, том I (A/45/49).

³³³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velasquez c. Uruguay*, série C, n° 4, 29 juillet 1988, par. 162 à 164.

случае незаконной высылки. Видимо, эту форму возмещения целесообразно предусматривать только в случаях, когда незаконность относится к обстоятельствам, послужившим основаниями для высылки (мотив), а не к тому, каким образом она была осуществлена (процедура). Эту форму возмещения, в частности, можно предусмотреть для случая, когда вследствие незаконной высылки вышлагающее государство причиняет вред движимому или недвижимому имуществу вышлагаемого лица. Если в результате незаконной высылки соответствующее лицо утратило движимое или недвижимое имущество, которое ему принадлежало в вышлагающем государстве, оно может с полным основанием потребовать у этого государства реституцию своего имущества. Кроме того, если это имущество было повреждено в результате незаконной высылки, оно всегда может потребовать *restitutio in integrum*. В этом случае, в принципе, государство, ответственное за незаконную высылку, должно восстановить первоначальное состояние имущества вышлагаемого.

b) Компенсация

190. Компенсация представляется наиболее часто используемой формой возмещения в случае незаконной высылки, когда вред, причиненный иностранцу, можно компенсировать. Как правило, она принимает форму денежного возмещения.

i) Формы компенсируемого вреда

a. Материальный вред

191. Основанием для возмещения за материальный вред, как правило, выступает задержание со злоупотреблением или превышением полномочий или незаконная высылка. Межамериканский суд по правам человека определил материальный вред как «утрату поступлений жертвы, расходы, понесенные в силу оснований иска, и последствия денежного характера, которые имеют непосредственную причинно-следственную связь с инкриминируемыми деяниями»³³⁴. В деле *Emre c. Suisse*³³⁵, рассматривавшемся в Европейском суде по правам человека, заявитель указал, что «ему был причинен материальный вред в силу нетрудоспособности, обусловленной решением о высылке, для возмещения которого он требует сумму в размере 153 000 швейцарских франков (примерно 92 986 евро). В письме от 15 ноября 2007 года он также потребовал сумму в размере 700 000 швейцарских франков (около 425 426 евро) в порядке компенсации за частичную утрату трудоспособности в будущем, в результате чего, по его мнению, возникнут проблемы со здоровьем, которые он связывает с угрозой высылки и ее осуществлением»³³⁶. Поскольку заявитель не смог доказать, что в результате высылки он недополучил доход, Суд заявил, что «предполагаемая связь между его высылкой и будущей потерей оклада носит сугубо умозрительный характер. В этой связи по этому основанию никаких сумм не причитается»³³⁷.

³³⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Bámaca-Velasquez c. Guatemala* (Réparation), série C, no. 91, 22 février, par. 43.

³³⁵ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Emre c. Suisse*, arrêt du 22 mai 2008.

³³⁶ Ibid., par. 95.

³³⁷ Ibid., par. 99.

b. Моральный вред

192. Моральный вред связан со страданиями и ущербом, непосредственно причиненным высылаемому, покушениями на его достоинство, а также изменением его условий жизни. Довольно часто в этом случае невозможно дать конкретную оценку степени ущерба и предоставить жертве точный денежный эквивалент. Межамериканский суд по правам человека в этой связи заявил, что «природа человека такова, что любое лицо, подвергнутое произвольному аресту, насильственному исчезновению и внесудебной казни, испытывает такие страдания, отчаяние, страх, чувство беспомощности и отсутствия безопасности, что (моральный) ущерб доказывать не надо»³³⁸. Таким образом, моральный вред заключается в психических травмах, обусловленных лишением свободы, отсутствием развлечений, эмоциональным воздействием в результате задержания, унынием, ухудшением условий жизни, бессилием, в результате отсутствия социальной и институциональной поддержки, унижением и угрозами, имевшими место в ходе посещений во время содержания под стражей, страхом и отсутствием безопасности... В обширной практике Межамериканского суда по правам человека особо выделены «страдания, отчаяние, чувство отсутствия безопасности, безысходность и бессилие в связи с невыполнением властями своих обязательств»...³³⁹.

193. В деле *Emre c. Suisse*³⁴⁰ заявитель потребовал сумму в размере 20 000 швейцарских франков (около 12 155 евро) за моральный вред. По его мнению, этот вред является, в частности, «следствием глубокой депрессии, в которую он погрузился в результате решения о высылке и насильственного разлучения со своими близкими. Эти моральные страдания, в частности, выразились в совершенных им актах членовредительства и попытках самоубийства»³⁴¹. В этой связи суд заявил, что «... данное лицо, безусловно, испытывало чувства безысходности и отчаяния — не только в ходе своей первой высылки, но также и в связи с возможностью второй, — которые констатация нарушения или опубликование настоящего решения не могут в достаточной мере возместить. С учетом норм справедливости, как того требует статья 41 Конвенции, суд присуждает ему в этой связи сумму в размере 3000 евро»³⁴². В деле *Ben Salah c. Italie*³⁴³ заявитель указал, что ему был причинен моральный вред в результате решения о высылке в государство, где он мог подвергнуться жестокому обращению. Однако количественную оценку своим претензиям он не дал. Не комментируя вред, причиненный заявителю, суд заявил, что «... констатация того, что высылка, если она будет осуществлена, будет представлять собой нарушение статьи 3 Конвенции, представляет собой справедливую достаточную сатисфакцию»³⁴⁴.

³³⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *La Cantuta v. Pérou*, op. cit., par. 217; *Mapiripán v. Colombie* (Sur le fond, réparation), série C, no, 134, 15 septembre 2005; *Villagrán Morales v. Guatemala* (Réparations), série C, no. 77, 26 mai 2001.

³³⁹ См., например, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *Mapiripán c. Colombie*, op. cit.; et *Pueblo Bello v. Colombie* (Sur le fond, réparation), série C, no. 140, 31 janvier 2006.

³⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Emre c. Suisse*, arrêt du 22 mai 2008.

³⁴¹ Ibid., par. 99.

³⁴² Ibid., par. 100.

³⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Ben Salah c. Italie*, arrêt du 24 mars 2009, par. 57 et suivantes.

³⁴⁴ Ibid., par. 59.

с. Возникновение особого случая причинения вреда в виде нарушения жизненных планов

194. Может случиться так, что высылка повлечет за собой нарушение жизненных планов высылаемого, особенно если принятие решения и его исполнение носили произвольный характер, в то время, когда высылаемое лицо уже начало осуществлять определенную деятельность (в частности, обучение, экономическую деятельность, семейную жизнь) в высылающем государстве. Межамериканский суд по правам человека привнес новый аспект в право на возмещение, включив нарушение «жизненных планов» в категорию вреда, причиненного жертвам нарушений прав человека. Таким образом, он смог провести разграничение между поддающимся количественной оценке материальным ущербом в соответствии с объективными экономическими критериями и нарушением жизненных планов, указав в своем решении по существу дела *Loayza Tamayo*, что «понятие жизненных планов связано с понятием личного развития, в основе которого в свою очередь лежат те пути, которые лицо может выбрать для своей жизни и достижения своих целей. Эти пути являются проявлением и гарантией свободы»³⁴⁵. В этом деле заявитель, которая была произвольно задержана и стала жертвой бесчеловечного обращения, была освобождена и ей было приказано покинуть свою страну и жить за границей в тяжелых экономических условиях, что вызвало резкое ухудшение ее физического и психического состояния и не позволило ей «достичь личных, семейных и профессиональных целей, которые она разумно для себя установила»³⁴⁶. Не давая оценки возмещению, которое причитается за этот вид вреда, причиненного лицу, суд ограничился присуждением жертве символического возмещения, решив, что жизненные планы должны носить «разумный и практически осуществимый характер», поскольку за ее страдания по самой их сути «весьма трудно установить возмещение».

195. Однако в решении по делу *Benavides Cantoral* Межамериканский суд по правам человека дал более четкое определение возмещению, которое причитается за этот вид вреда, приняв во внимание «существенное изменение нормального хода жизни Луиса Альберто Канторала Бенавидеса. Нарушения, которые влекут за собой данные обстоятельства, не позволяют жертве реализовать свое призвание, свои чаяния и свой потенциал конкретно с учетом ее образования и профессии»³⁴⁷. Вследствие этого суд распорядился, чтобы государство предоставило жертве стипендию на образование, которая позволит ей возобновить учебу (в университетском центре, выбранном по согласованию с правительством) и, следовательно, осуществление ее жизненных планов³⁴⁸. В решении по делу *Gutiérrez Soler* тот же суд признал, что нарушения прав лица не позволили ему реализовать свои намерения в области личного развития и причинили непоправимый ущерб его жизни, заставив его разорвать семейные связи и поселиться за границей в состоянии одиночества, экономической нужды и физических и психических страданий, которые необратимо ослабили его веру в себя и свои способности поддерживать близкие интимные отношения.

³⁴⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt *Loayza Tamayo c. Peru* (Réparations), série C, no. 42, 27 novembre 1998, par. 148.

³⁴⁶ Ibid., par. 152.

³⁴⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt *Benavides Cantoral c Pérou* (Réparation), série C, no. 88, 3 décembre 2001, par. 60.

³⁴⁸ Ibid., par. 80.

По мнению суда, «сложный и комплексный характер ущерба, причиненного «жизненным планам», требует принятия мер в виде сатисфакции и гарантий неповторения, которые выходят за рамки сугубо экономической сферы»³⁴⁹.

ii) *Форма компенсации*

196. Компенсация представляет собой одну из признанных форм возмещения за вред, причиненный высылаемому иностранцу или государству его гражданства в результате незаконной высылки. В целом признано, что «необоснованная высылка или высылка на основе недостаточных доказательств в целом рассматривается как основание для возникновения права на компенсацию»³⁵⁰.

197. Несколько арбитражных судов присудили возмещение вреда иностранцам, которые стали жертвами незаконной высылки. В деле *Paquet* арбитр заявил, что с учетом произвольного характера высылки правительство Венесуэлы должно выплатить лицу компенсацию за прямой вред, который был ему причинен:

«... правительства по общему правилу дают объяснения правительству высылаемого лица, если оно попросит об этом, и когда в таких объяснениях отказывается, как это случилось в рассматриваемом деле, высылка может быть сочтена произвольным действием, которое порождает право на возмещение, и к тому же настоящий случай отягощен тем обстоятельством, что прерогативы исполнительной власти согласно Конституции Венесуэлы не позволяют ему запрещать въезд на национальную территорию или высылать с нее домицилированных иностранцев, которых правительство подозревает в том, что они представляют опасность для общественного порядка;

считая, кроме того, что запрошенная сумма не представляется чрезмерной:

постановляет, что требование Н.А. Паке дает право на компенсацию в размере 4500 франков»³⁵¹.

198. В деле *Oliva* арбитр также присудил возмещение ущерба, чтобы компенсировать убытки в результате нарушения концессии, хотя этот ущерб был ограничен расходами, которое понесло лицо, и временем, потраченным этим лицом на получение контракта³⁵². По мнению члена Комиссии Агноли, произвольный характер высылки сам по себе мог бы стать основанием для иска для возмещения ущерба:

«... должна быть присуждена компенсация в размере не менее 40 000 боливаров независимо от любой суммы, которая может обоснованно причитаться ему за произвольный разрыв упомянутого выше контракта, поскольку не может быть никаких сомнений в том, что, даже если бы он не смог получить упомянутой концессии, одного только факта его про-

³⁴⁹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt *Gutiérrez Soler c. Colombie* (Sur le fond, réparation), série C, no. 132, 12 septembre 2005, par. 88 et 89.

³⁵⁰ См. в целом Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 278 à 280; E. Borchard, *op. cit.*, p. 57.

³⁵¹ *Affaire N. A. Paquet c. Venezuela, Recueil des sentences arbitrales*, 1903, vol. IX (arbitre Filtz), p. 325.

³⁵² *Affaire Oliva*, *op. cit.*, p. 608 à 610 (arbitre Ralston), comportant le détail du calcul de l'indemnité en l'espèce.

извольной высылки было бы достаточно для обоснования требования о компенсации»³⁵³.

199. В других делах основанием для компенсации стал незаконный способ осуществления высылки (в том числе предшествовавшие ей продолжительность и условия содержания под стражей). Так, в деле *Maal* арбитр присудил истцу возмещение ущерба из-за грубого обращения, которому он подвергался. С учетом того, что лица, отвечавшие за высылку, наказаны не были, арбитр посчитал, что компенсация должна быть достаточной, чтобы продемонстрировать, что государство, ответственное за эти действия, «признало тяжкое оскорбление», нанесенное заявителю:

«Арбитр определил, что личность должна рассматриваться как нечто неприкосновенное, что нельзя ни касаться ее, ни даже дотрагиваться до нее без ее согласия, пусть даже в гневе или по иной причине, поскольку в этой ситуации имеет место нападение, дающее право на получение компенсации, соразмерной намерению нападающего, характеру нападения и человеческому достоинству лица, подвергшегося нападению ... Поскольку, судя по всему, нет признаков того, что те, кому правительством Венесуэлы была поручена эта важная задача, были предупреждены, наказаны или освобождены от своих обязанностей, единственный способ, которым оно может выразить сожаление и лояльность в отношении поданного суверенного дружественного государства, заключается в выплате денежной компенсации. Сумма должна быть достаточной, чтобы продемонстрировать, что данное государство признает тяжкое оскорбление, нанесенное этому поданному, и желает полностью выполнить ему должное. Достаточно одного этого тяжкого оскорбления, чтобы арбитр счел, что правительство-ответчик должно выплатить правительству-истцу, выступающему от имени заявителя, сумму в размере 500 долларов Соединенных Штатов Америки золотом или ее эквивалент серебром по текущему валютному курсу на дату выплаты, и может быть вынесено соответствующее решение»³⁵⁴.

200. В деле *Daniel Dillon* возмещение ущерба было присуждено заявителю за жестокое обращение, которому он подвергся по причине длительности и условий содержания под стражей. Рассматривавший это дело арбитраж указал:

«Однако длительность содержания под стражей и факт его содержания без общения с внешним миром и без уведомления его о мотивах его задержания представляют собой, по мнению Комиссии, жестокое обращение, несоизмерное с целью ареста, до такой степени, что у Мексиканских Соединенных Штатов возникает ответственность по международному праву. Вследствие этого в порядке возмещения ущерба необходимо выплатить сумму в размере 2500 долл. США без процентов»³⁵⁵.

201. В деле *Yeager* Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов присудил компенсацию истцу, с одной стороны, за утра-

³⁵³ Ibid., p. 602 (commissaire Agnoli).

³⁵⁴ *Affaire Maal (Netherlands) c. Venezuela*, op. cit., p. 730 à 733 (arbitre Plumley).

³⁵⁵ *Daniel Dillon (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique, sentence du 3 octobre 1928, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. IV, p. 368 à 371, spécialement p. 369.

ту имущества, которое он вынужден был оставить, поскольку ему не было предоставлено достаточно времени, чтобы подготовиться к отъезду³⁵⁶, и, с другой стороны, за деньги, изъятые в аэропорту «стражами исламской революции»³⁵⁷.

202. Аналогичным образом Европейский суд по правам человека, как правило, присуждает компенсацию жертвам незаконной высылки. По некоторым делам он назначал денежную компенсацию за моральный ущерб в результате незаконной высылки. Например, в деле *Moustaquim c. Belgique* он, хотя и отклонил требование о компенсации упущенной выгоды в результате высылки, противоречащей статье 8 Европейской конвенции о правах человека, подчеркнув отсутствие причинно-следственной связи между нарушением и упущенной выгодой, в то же время присудил заявителю для восстановления справедливости сумму в размере 100 000 бельгийских франков в порядке возмещения морального вреда за время, которое он вынужден был находиться вдали от своей семьи и друзей, в стране, с которой его ничего не связывало³⁵⁸. Кроме того, в деле *Conka c. Belgique* Европейский суд по правам человека присудил сумму в размере 10 000 евро за моральный вред в результате высылки, противоречащей пунктам 1 и 4 статьи 5 Европейской конвенции о правах человека (право на свободу и безопасность), статье 4 Протокола № 4 к указанной Конвенции (запрещение коллективной высылки) и статье 13 Конвенции (право на эффективные средства правовой защиты), взятых в совокупности со статьей 4 Протокола № 4³⁵⁹.

с) Сатисфакция

203. Сатисфакция как форма возмещения предусмотрена в статье 37 проекта статьи об ответственности государств. Эта форма возмещения применяется в случае незаконной высылки³⁶⁰. Хайд на эту тему пишет следующее: «Как заявил в 1907 году г-н [Элиу] Рут, «право правительства защищать своих граждан за рубежом от грубой и необоснованной высылки должно рассматриваться как установившийся и основополагающий принцип международного права, так же как и право правительства требовать сатисфакции и компенсации за высылку, противоречащую требованиям международного права». В этой связи Специальный докладчик г-н Гарсия Амадор отметил следующее: «Что касается произвольной высылки, то сатисфакция заключается в отмене вменяемой в вину меры и разрешении иностранному гражданину вернуться в страну»³⁶¹. В этом контексте он упомянул дело *Lampton и Wiltbank* (касавшееся двух американских граждан, высланных из Никарагуа в 1894 году) и дело четырех британских подданных, также высланных из Никарагуа³⁶².

³⁵⁶ *Yeager c. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, jugement du 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 92 à 113, par. 51 à 59.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 110, par. 61 à 63.

³⁵⁸ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Moustaquim c. Belgique*, *op. cit.*, par. 52 à 55.

³⁵⁹ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Conka c. Belgique*, *op. cit.*, p. 99, par. 42.

³⁶⁰ *Cheney Hyde International Law; Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, 2^e éd. rév., Boston, Little Brown and Company, 1947, p. 231 (citant Communication to the Minister in Caracas, 28 février 1907, *Foreign Relations*, 1908, 774, 776, Hackworth, Dig., III, 690).

³⁶¹ *Ibid.*, par. 99.

³⁶² *Ibid.*, par. 99, note 159. Эти дела упоминаются в John Basset Moore, *op. cit.*, p. 99 à 101 *Lampton и Wiltbank* были высланы правительством Никарагуа, а затем им было разрешено

204. Сатисфакция особенно применялась в тех случаях, когда постановление о высылке еще не было исполнено. Европейский суд по правам человека заявил, что в таком случае решение, объявляющее постановление о высылке незаконным, представляло собой адекватную компенсацию, поэтому не присудил компенсации морального вреда. Здесь можно отметить дела *Beldjoudi c. France*³⁶³, *Chahal c. Royaume-Uni*³⁶⁴ и *Ahmed c. Autriche*³⁶⁵. В отношении форм возмещения Межамериканский суд по правам человека не ограничивается лишь присуждением компенсации жертвам незаконной высылки, полагая, что «к числу форм возмещения, которое должно предоставить государство, безусловно, относятся и формы, предполагающие эффективное расследование обстоятельств и наказание виновных»³⁶⁶.

205. В деле *Chahal c. Royaume-Uni* заявитель потребовал компенсации за моральный ущерб, обусловленный сроком содержания под стражей. Суд, констатируя, что правительство Великобритании не нарушило пункт 1 статьи 5 Европейской конвенции о правах человека, решил, что констатация того, что высылка, если бы она была осуществлена, была бы нарушением статьи 3 Конвенции и что имело место нарушение пункта 4 статьи 5 и статьи 13, представляла собой справедливую достаточную сатисфакцию³⁶⁷.

206. Как уже было отмечено, единственная цель вышеуказанных соображений заключается в том, чтобы, с одной стороны, напомнить, что общий режим ответственности государств за международно-противоправное деяние применяется к незаконной высылке иностранца, и, с другой стороны, что государство гражданства обладает в этой связи правом, признаваемым за ним международным правом, осуществить свою дипломатическую защиту, как это вновь совсем недавно подтвердил Международный Суд в деле Амаду Садио Диалло. Поэтому в нижеследующих проектах статей содержатся положения, отсылающие к

вернуться в Никарагуа по требованию Соединенных Штатов. В деле четырех британских подданных Великобритания потребовала «безоговорочной отмены решений о высылке», а Никарагуа ответила, что «нет нужды их отменять, поскольку все лица, виновные в участии в восстании Москито, были амнистированы».

³⁶³ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Beldjoudi c. France*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 26 mars 1992, requête n° 12083/86, par. 86: «Заявителям, вероятно, был причинен моральный вред, однако настоящее решение предоставляет им достаточную компенсацию в этой связи».

³⁶⁴ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, op. cit. par. 158: «Постановив, что нарушение пункта 1 статьи 5 не имело места... Суд не присуждает возмещения за моральный вред за период времени, который г-н Шагал провел в заключении. Что касается других пунктов претензии, то констатация того, что высылка, если бы она была осуществлена, представляла бы собой нарушение статьи 3 и что имеет место нарушение пункта 4 статьи 5 и статьи 13, представляет собой справедливую достаточную сатисфакцию».

³⁶⁵ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Ahmed c. Autriche*, op. cit. Суд отказался выплатить компенсацию за утрату заработков из-за отсутствия причинно-следственной связи между материальным ущербом и его выводом относительно статьи 3 Конвенции (пункт 50). Затем он заявил: «Суд считает, что истцу, вероятно, был причинен моральный вред, однако настоящее решение предоставляет ему достаточную компенсацию в этой связи» (пункт 51).

³⁶⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Bámaca-Velasquez c. Guatemala*, op. cit., par. 73 et 106

³⁶⁷ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, op. cit. par. 158.

правовым режимам этих двух общепризнанных институтов международного права, коими являются ответственность государств и дипломатическая защита.

Проект статьи I(1). Ответственность государства в случае неправомерной высылки

Юридические последствия неправомерной [незаконной] высылки регулируются общим режимом ответственности государств за международно-противоправные деяния.

Проект статьи J(1). Дипломатическая защита

Государство гражданства высланного иностранца может осуществить свою дипломатическую защиту в интересах этого иностранца.
