

PROVISIONAL
For participants only

A/CN.4/SR.3003
15 July 2009

Original: ENGLISH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Шестьдесят первая сессия
(Первая часть)

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ КРАТКИЙ ОТЧЕТ О 3003-м ЗАСЕДАНИИ,

состоявшемся во Дворце Наций в Женеве
во вторник, 12 мая 2009 года, в 10 час. 00 мин.

СОДЕРЖАНИЕ

ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВ (*продолжение*)

Поправки к настоящему отчету должны представляться на одном из рабочих языков. Они должны быть изложены в пояснительной записке, а также внесены в один из экземпляров отчета. Поправки следует направлять в течение двух недель с даты выпуска настоящего документа в Секцию редактирования и корректирования публикаций, комната E.4105, Дворец Наций, Женева.

GE.09-61141 (R) 150709 150709

Присутствуют:

Председатель:

г-н ПЕТРИЧ

Члены:

г-н ВАЛЕНСИЯ ОСПИНА

г-н ВАРГАС КАРРЕНЬО

г-н ВАСКЕС БЕРМУДЕС

г-н ВАСЬЯННИ

г-н ВИСНУМУРТИ

г-н ВУД

г-н ГАЛИЦКИЙ

г-н ГАЯ

г-н ДУГАРД

г-н КАМТО

г-н КАНДИОТИ

г-н КАФЛИШ

г-н КОМИССАРИУ АФОНСУ

г-н МАКРЭЙ

г-н МЕЛЕСКАНУ

г-н НИХАУС

г-н НОЛЬТЕ

г-н ОДЖО

г-н ПЕЛЛЕ

г-н ПЕРЕРА

г-н САБОЯ

г-жа СЮЭ

г-н ФОМБА

г-н ХАССУНА

г-жа ЭСКАРАМЕЙЯ

г-жа ЯКОБССОН

Секретариат:

г-н МИКУЛКА

Секретарь Комиссии

Заседание открывается в 10 час. 05 мин.

ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВ (пункт 6 повестки дня) (*продолжение*) (A/CN.4/611)

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ предлагает членам Комиссии продолжить рассмотрение пятого доклада о высылке иностранцев (A/CN.4/611).

Г-жа ЭСКАРАМЕЙЯ воздает должное Специальному докладчику за тщательный характер его исследования и поддерживает его решение рассматривать как границы обязательства о соблюдении прав человека лиц, подлежащих высылке, так некоторые виды практики, которые запрещены положениями международного права о высылке.

В связи с проектом статьи 8 она хотела бы затронуть два аспекта. Во-первых, не вполне ясно, какой критерий использовался при составлении списка основных прав, или "основного ядра" прав, которыми пользуются высланные или высылаемые лица. Если, как указано в пункте 37, операционным критерием идентификации таких прав является их неотчуждаемость, и если – как это, по-видимому, утверждается в докладе, - их неотчуждаемость связана с недопустимостью отступлений от этих прав, то тогда сложно понять, почему Специальный докладчик не включил в свой перечень основных прав запрещение рабства, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, право на правосубъектность, свободу убеждений и религии или какое-либо упоминание о судебных гарантиях защиты этих прав. В тех трех главных международных договорах, которые Специальный докладчик упомянул для примера, все эти права в целом признаны не допускающими отступлений.

Во-вторых, г-жа Эскармейя не согласна с общим принципом в проекте статьи 8, согласно которому высылаемые лица имеют право на соблюдение только их основных прав и тех прав, реализация которых обусловлена их специфическим положением. Высылаемые лица – это такие же люди, подобные всем остальным, и даже если у них фактически нет возможности осуществлять некоторые права, это не меняет принципа, по которому они теоретически обладают этими правами. Поэтому она предлагает включить в проект статьи 8 заявление о том, что любое высылаемое лицо имеет право на соблюдение всех своих прав человека.

У нее нет возражений в связи с содержанием проекта статьи 9 или тех обоснований, которые приведены Специальным докладчиком в его докладе. Тем не менее,

по-видимому, ни доклад, ни текст этого проекта статьи, в частности его пункт 2, не дают четкого понимания о том, что является предметом обсуждения – высылка или выдача. У нее создается впечатление, что в проекте статьи речь идет о выдаче, и она полагает, что этот момент, вероятно, можно прояснить в комментарии.

Переходя к проекту статьи 10, г-жа Эскармейя соглашается с утверждением Специального докладчика о том, что человеческое достоинство шире, чем какое-либо индивидуальное право, представляющее собой общий принцип, который составляет основу для всех остальных индивидуальных прав.

Обращая внимание на пункт 78 доклада, она отмечает, что Специальный докладчик упомянул о норме, согласно которой от запрещения пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения нельзя отступить даже во время войны или другого чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации. Она спрашивает, порождает ли эта норма, по мнению Специального докладчика, права *jus cogens*, и если да, то о каких именно правах идет речь. Ей также хотелось бы получить разъяснение о том, считает ли Специальный докладчик эти права относящимися к основным правам, перечисленным в пункте 52 его доклада.

Кроме того, она с удивлением отмечает, что среди целого ряда включенных Специальным докладчиком ссылок на международные договоры и прецедентное право, касающиеся запрещения пыток, он не упоминает наиболее недавние переговоры об определении пытки как преступления против человечности в Римском статуте Международного уголовного суда. Как непосредственная участница этих переговоров, г-жа Эскармейя напоминает, что особое внимание было уделено тому, чтобы не упоминать в этом определении какое-либо требование о наличии мотивации или исполнении официальных функций со стороны лица, применяющего пытку. Согласно этому определению, жертва должна только находиться под стражей у ее истязателя, который может выступать или не выступать в официальном качестве и который может иметь или не иметь какую-либо мотивацию для применения пытки.

В проекте статьи 11 г-жа Эскармейя предлагает исключить из пункта 3 выражение "пункта 2", чтобы в случаях, когда угроза пытки исходит от лиц или группы лиц, действующих в частном порядке, применялись положения как пункта 1, так и пункта 2. Ей также представляется проблемным стандарт "серьезной опасности", предложенный

Специальным докладчиком в пункте 2, так как он представляется более жестким, чем стандарт в статье 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, предусматривающий наличие "серьезных оснований полагать", что соответствующему лицу может угрожать применение пыток. Кроме того, в некоторых делах Европейского суда по правам человека, упомянутых Специальным докладчиком, - таких, как *Cruz-Varas and Others v. Sweden*, *Vilvarajah and Others v. United Kingdom* и *N. v. Finland*, упоминается стандарт "реальной опасности", который также менее жесткий, чем стандарт "серьезной опасности". Следовательно, она предпочла бы заменить слово "серьезная" в пункте 2 либо словом "реальная", либо даже словом "существенная".

В отношении проекта статьи 12 о защите прав высылаемых детей г-жа Эскармейя предлагает дать в пункте 1 определение термина "ребенок", чтобы подчеркнуть тот факт, что подразумевается юридическое определение ребенка, так как юридическое и неюридическое определения не всегда полностью совпадают.

В проекте статьи 13 она предпочла бы включить слово "международным" перед словом "правом" в пункте 2, что позволило бы ограничить отступления, предусмотренные внутренним законодательством, до тех отступлений, которые предусмотрены международным правом.

В проекте статьи 14 об обязательстве не допускать дискриминации Специальный докладчик привел ряд признаков проявления дискриминации. По ее мнению, есть как минимум еще два признака – инвалидность и возраст, которые следует добавить, поскольку они не вызывают противоречия и, к сожалению, нередко служат основой для дискриминации в случаях высылки. Кроме того, в разных местах своего доклада Специальный докладчик упомянул эти признаки, приводя примеры правовых документов и судебных дел.

Упомянутое в пункте 2 недопущение дискриминации, по-видимому, является скорее принципом, нежели индивидуальным правом, и она предлагает переместить его и включить после проекта статьи 8 об общем обязательстве соблюдать права человека высылаемых лиц.

Г-н ВАРГАС КАРРЕНЬО благодарит Специального докладчика за блестящий доклад, в котором отражено глубокое знание европейских, межамериканских и

африканских документов о высылке иностранцев, а также судебных дел, в которых эти документы использовались. При рассмотрении темы высылки иностранцев особенно актуальны решения, принимаемые на региональном уровне. Как и в предыдущих докладах, Специальный докладчик исходил из принципа, по которому высылка иностранцев регулируется прежде всего внутренним законодательством соответствующих государств, несмотря на то, что необходимо соблюдать международно-правовые нормы и что некоторые виды практики могут быть запрещены или исключены международным правом. Свои замечания он ограничит только теми шестью статьями, которые предлагает Специальный докладчик.

Хотя он удовлетворен как текстом проекта статьи 8, так и ее обоснованием, проведенное Специальным докладчиком в этой статье важное различие между высланными и высылаемыми лицами больше не отражено ни в одном из проектов статей, где оно также может быть применимо. Поддерживая включение положений по большинству из названных Специальным докладчиком прав, г-н Варгас Карреньо полагает, что в проекты статей следует включить и другие права, в частности в проект статьи 8, где упоминаются как высланные, так и высылаемые лица. Некоторые дополнительные права – такие, как назвала г-жа Эскармейя, - принадлежат к "основному ядру" прав, не допускающих отступлений, в то время как другие права могут считаться основными в контексте высылки иностранцев. Например, представляется крайне важным включить положение о необходимости гарантировать право на подачу иска для обеспечения того, чтобы высланные или высылаемые лица пользовались процессуальными средствами защиты в ходе процедуры высылки.

Текст проекта статьи 9 приемлем и в принципе может получить поддержку со стороны Комиссии. Однако он не может сказать то же самое по поводу проекта статьи 10. Хотя не вызывает возражений тот факт, что принцип уважения человеческого достоинства является, как отметил в своем докладе Специальный докладчик, нравственно-философским обоснованием всех прав человека, он ставит под вопрос целесообразность включения отдельного положения о нем как об отдельной категории прав. Вероятно, лучше было бы включить упоминание о человеческом достоинстве в преамбулу или в другие положения проектов статей.

Такое положение, как проект статьи 11 о защите высылаемых лиц от пыток и жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения, имеет ключевое значение, ибо оно крайне важно как для защиты лиц в ходе процедуры высылки, так и для обеспечения того, чтобы они не высылались в страну, где им угрожает серьезная опасность применения пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения. Обе эти цели достигаются благодаря двум первым пунктам проекта статьи 11. С другой стороны, нецелесообразно запрещать высылку в пункте 3, когда такая опасность исходит от лица или группы лиц, выступающих в личном качестве, поскольку, согласно Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, как минимум одно из применяющих пытки лиц должно являться должностным лицом, выступающим либо в официальном качестве, либо с ведома или молчаливого согласия государства. Аналогичное положение содержится в Межамериканской конвенции о предупреждении и наказании пыток. Иными словами, эти конвенции не охватывают действия, осуществляемые в личном качестве.

По общему признанию, Римский статут Международного уголовного суда, принятый в 1998 году, так изменил определение пытки, что при исключительных обстоятельствах может считаться, что пытка была совершена частным лицом. Однако в пункте 3 проекта статьи 11 нет упоминания о таких исключительных условиях, которые в любом случае редко встречаются на практике. Кроме того, общие термины, в которых был сформулирован пункт 3, могут вызвать трудности для государства, которому предстоит вынести решение о высылке; они не достигают одной из целей проектов статей – цели примирения международных стандартов в области прав человека с законодательством и суверенитетом высылающего государства.

Касаясь пункта 97 доклада, где рассмотрены выводы Европейского суда по правам человека в деле *Cruz Varas and others v. Sweden*, он отдает должное вызывающему восхищение поведению Швеции в период диктатуры Пиночета, когда эта страна предоставила убежище и кров сотням чилийцев. Упомянутое в этом пункте дело, которое Специальный докладчик справедливо включил в доклад, свидетельствует о необходимости искать "золотую середину" при вынесении решений по делам о высылке.

Г-н Варгас Карреньо благодарит Специального докладчика за включение проекта статьи 12 о защите высылаемых детей. Он полностью согласен с тремя предложенными пунктами, в которых виден целесообразный подход к столь важному вопросу.

Переходя к проекту статьи 13 (Обязательство уважать право на личную жизнь и право на семейную жизнь), он отмечает, что сохранение семейных уз – это один из жизненно важных интересов высылаемых лиц, который заслуживает защиты. Хотя право на личную жизнь явно относится к тем правам человека, которые должны быть защищены, оно не всегда непосредственно влияет на решение вопроса о высылке иностранцев. С другой стороны, в этом контексте крайне важно защищать семью и по возможности предотвращать разлучение потенциально высылаемых лиц с их семьями. Поэтому он предлагает исключить из пункта 1 проекта статьи 13 упоминание о праве на личную жизнь и оставить только упоминание о праве на семейную жизнь. Затем будет целесообразно добавить в этот проект статьи новый пункт о том, что при принятии решений о высылке иностранца государства должны принимать во внимание семейные связи с постоянными жителями высылающего государства и длительность проживания иностранца в этом государстве. Есть прецедент включения такого положения в международном договорном праве. После включения нового пункта нынешний пункт 2 станет пунктом 3.

Хотя у г-на Варгаса Карреньо есть серьезные возражения в связи с проектом статьи 14, они в большей степени касаются формы этого положения: по его мнению, общее обязательство не допускать дискриминации, приобретающее в международном праве прав человека все больший вес, должно касаться не только права государства на высылку и должно быть определено как один из базовых принципов проектов статей. В проектах статей должно быть четко указано, что высылка не может носить законный характер, если она основана на дискриминации по признакам расы, пола, языка, религии, национального происхождения или иного статуса. Поэтому он предлагает заменить пункт 1 пунктом о запрещении высылки иностранцев на основе дискриминации в сравнении с гражданами высылающего государства.

Специальный докладчик начал свой доклад с заострения внимания на "основном ядре" прав, отступления от которых не допускаются. Тем не менее в области высылки есть и другие права, которые крайне важны, хотя и не относятся к числу основных.

Некоторые из этих прав воплощены в таких международных договорах, как Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, содержащаяся в резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи. Соответственно, в последующих докладах Специальный докладчик, возможно, пожелает проанализировать права иностранцев, которые были высланы из страны, где они проживали. Есть, в частности, два права, которые в этой связи заслуживают кодификации и прогрессивного развития. Наиважнейшим из них является право любого высланного или высылаемого иностранца на подачу апелляции в судебный орган высылающего государства на основе того, что его высылка не соответствует требованиям внутреннего законодательства или справедливого разбирательства. Такое право на обжалование уже было предусмотрено в Международном пакте о гражданских и политических правах и в Американской конвенции о правах человека (Пакт Сан-Хосе).

Еще одним важным для высылаемых лиц правом, которое заслуживает защиты, является право на собственность. К сожалению, на практике бывают случаи, когда собственность высылаемых лиц конфискуется. В проектах статей не следует рассматривать столь сложные аспекты, как иностранные инвестиции или экспроприация иностранных активов; тем не менее, чтобы проекты статей были полезны и эффективны, в них должен рассматриваться вопрос о конфискации собственности высылаемых лиц. Г-н Варгас Карреньо с нетерпением ожидает появления проектов статей по этим вопросам в последующих докладах.

Г-н ГАЯ говорит, что пятый доклад о высылке иностранцев (A/CN.4/611) обратил взоры членов Комиссии в самую суть темы, поскольку в нем содержится целый кладезь ссылок на прецеденты органов по правам человека и на юридические труды. Однако, хотя Специальный докладчик не избегал обсуждения трудных теоретических проблем – например, следует ли проводить различие между основным ядром прав и другими правами человека, - общая направленность его анализа не вполне удовлетворительна: рассматривая множество относящихся к теме вопросов, он не всегда ставит их в соответствующий контекст, а релевантность ряда других рассматриваемых вопросов временами не ясна.

Рассмотрение обязательств высылающего государства по защите прав человека показывает, что большинство из этих обязательств действует в равной степени в

отношении граждан и иностранцев, независимо от того, подлежит ли данный иностранец высылке. Государство, на территории которого находится иностранец, обязано соблюдать все права человека этого лица, а не только основные его права, поскольку это обязательство предусмотрено в договорах по общему международному праву или праву прав человека, ратифицированных данным государством. В этой связи он полностью согласен с замечаниями г-жи Эскармейи и г-на Варгаса Карреньо. Комиссия, возможно, пожелает заявить этот принцип в одном из разделов проектов статей – хотя бы в формулировке текста, предложенного в проекте статьи 8, - однако нужно будет следить за тем, чтобы в выбранной формулировке не содержалось ничего такого, что могло бы даже косвенно допустить отход от тех прав, которыми высылаемое лицо уже пользуется по международному праву.

Представляется необходимым обсудить вопрос о том, какие обязательства по правам человека возложены на высылающее государство, поскольку эти обязательства могут варьироваться: есть ряд прав, которые существуют только тогда, когда применяется общее международное право, но иногда возникают дополнительные права, если соответствующими странами были ратифицированы международные договоры. Поскольку Комиссия не в состоянии составить перечень всех прав, налагаемых на государства в соответствии с общим международным правом, ей следует сосредоточиться на правах, имеющих непосредственное отношение к высылке – например, таких, как права, касающиеся условий содержания под стражей в ожидании высылки. Особо упомянуть в проекте статьи 12 о защите, которая должна предоставляться детям в период содержания под стражей в ожидании высылки – это хорошая мысль, однако данная проблема намного шире по своему характеру и возникает во многих других случаях при содержании под стражей до высылки. Обширное прецедентное право уже существует, например, по вопросу о допустимом сроке такого содержания. Поскольку эти аспекты имеют прямое отношение к высылаемым лицам, их следует рассмотреть в проектах статей с точки зрения общего международного права. Этот текст также должен охватывать процессуальные права и средства защиты, имеющиеся в распоряжении лиц, которым грозит высылка.

Комиссии также требуется рассмотреть условия, в которых высылка может считаться законной по международному праву. Некоторые из этих условий должны

соблюдаться высылающим государством независимо от положения, сложившегося в принимающем государстве. Они, в частности, касаются права не подвергаться дискриминации, защиты права на семейную жизнь и того факта, что высылка должна производиться в соответствии с законом, как это предусмотрено в целом ряде договорных положений.

Право не подвергаться дискриминации, по-видимому, имеет отношение к высылке лишь в случаях, когда оно связано с недискриминацией иностранцев. Поэтому некоторые пассажи пункта 151, касающегося недискриминации между иностранцами и гражданами, вызывают у г-на Гая беспокойство, так как граждане вообще не должны подлежать высылке. Речь о том, что не должно быть дискриминации среди иностранцев, как это имело место в деле *Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius*, рассмотренном Комитетом по правам человека. В этой связи он отмечает, что в пунктах 152 и 153 текста доклада на французском языке эти женщины были ошибочно названы мавританскими.

Трудность включения положения о том, что право на семейную жизнь должно быть защищено для обеспечения законного характера высылки, объясняется тем, что, как представляется, это право защищено главным образом в Европейской конвенции о правах человека. Хотя в докладе также упомянуты выводы Комитета по правам человека по делу *Stewart v. Canada*, Европейский суд по правам человека дал в своей практике весьма ограничительное толкование этого права, и пункт 2 проекта статьи 13, где говорится о соблюдении "справедливого баланса интересов государства и рассматриваемого лица", также не обеспечивает высылаемому лицу более широкую защиту. В силу этого Комиссии может быть нецелесообразно вводить такое условие, если только ей не удастся подобрать формулировку, эффективно обеспечивающую некоторую защиту; если она сумеет это сделать, то такая формулировка вполне может носить столь новаторский характер, что будет отнесена к общему международному праву.

Вопрос более широкого плана касается природы документа, над проектом которого работает Комиссия. Если эти проекты статей планируется оставить как заявление общего международного права, то тогда, вероятно, Комиссия заходит слишком далеко, включая положения о защите семейной жизни. С другой стороны, если Комиссия готовит проект договора о правах человека, который то или иное государство может принять или

отклонить, она заходит недостаточно далеко, поскольку слишком мало добавляет к существующим договорам. Он предполагает, что Комиссия идет по первому пути, и в этом случае ей следует подчеркнуть, что у нее нет намерения сделать из проектов статей норму, применимую ко всем случаям высылки, где бы они ни происходили, но что речь идет лишь о минимальном стандарте, и что ожидается, что в соответствии с региональными договорами и универсальными конвенциями на государства будут возложены последующие обязательства.

Условие о том, что решения о высылке должны приниматься на основании закона, как это предусмотрено в Международном пакте о гражданских и политических правах, Американской конвенции о правах человека (Пакт Сан-Хосе) и Африканской хартии прав человека и народов, хоть оно и является прежде всего процессуальным требованием, содержит элемент существа, так как предполагает ссылку на материальные условия соответствующего муниципального права. Поэтому высылка не должна быть произвольной, а должна отвечать соответствующим положениям муниципального законодательства. Это условие следует добавить к тем, которые он уже упомянул.

Основная часть доклада касается условий, связанных с опасностью посягательства на права в принимающем государстве. Цель проекта статьи 11 – обеспечить, чтобы даже в случае соблюдения первого комплекса условий для высылки лицо не могло быть отправлено в страну, условия в которой поставят его жизнь и безопасность под угрозу. Поэтому истинная проблема в контексте высылки связана с ситуацией в принимающих странах. Поскольку важно убедиться, что потенциально выслываемое лицо в случае его репатриации не будет подвергнуто недопустимой опасности, многие правительства сталкиваются с поистине сложной задачей – решить, что им предпринять в случае, когда они не могут выбрать страну, в которую можно выслать соответствующее лицо.

До настоящего времени практика была сосредоточена на проблеме опасности применения пыток и жестокого или бесчеловечного обращения. В соответствии с замечанием общего порядка № 20 Комитета по правам человека, на которое следовало бы включить прямую ссылку, государства не должны подвергать лиц опасности применения пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания при их возвращении в другую страну путем выдачи, высылки или принудительного возвращения (*refoulement*). Хотя такой запрет и в самом деле

предусматривается в пунктах 2 и 3 проекта статьи 11, его следует расширить для охвата таких прав, которые могут быть отнесены к основному ядру. Кроме того, нужно что-либо указать по поводу характера опасности и той степени, в которой заверения от принимающего государства могут рассматриваться как основание для высылки.

Резюмируя сказанное, г-н Гая предлагает изменить структуру проектов статей, чтобы прежде всего указать, что в них содержатся минимальные условия в отношении высылки и что иностранец пользуется всеми правами, которые предоставлены согласно общему международному праву и договорами о правах человека. Нечто более существенное нужно сказать о содержании под стражей. Статью 12 следует расширить, чтобы рассматривать в ней не только детей, но и всех лиц, содержащихся под стражей в ожидании высылки. Наконец, условия высылки нужно сделать шире, начиная с соответствующих аспектов пункта 2 статьи 9 и статей 11, 13 и 14.

Г-н Гая подозревает, что Специальный докладчик не будет восторге от его предложений, но они фактически могут значительно облегчить лежащее на его плечах бремя, избавив его от почти невыполнимой задачи – определения основного ядра прав по общему международному праву - и дав ему возможность сосредоточиться на тех правах, которые имеют отношение к высылке иностранцев. Он полностью уверен в том, что Специальный докладчик способен успешно справиться с этой задачей.

Г-н МАКРЭЙ благодарит Специального докладчика за его пятый доклад, который представляет собой весьма интересное исследование развития отдельных аспектов права прав человека и дебатов вокруг понятия основных прав. Как и вся работа Специального докладчика, он наполнен подробной аналитикой и тщательной аргументацией, но исследуемое направление вызывает ряд опасений. Он согласен с необходимостью перехода от базового предложения права на высылку к ограничениям, которые налагаются на это право международным правом и правом прав человека, однако предложения Специального докладчика представляются одновременно и слишком ограниченными, когда речь идет об охвате рассматриваемых прав, и слишком детальными в формулировании содержания отдельных прав.

В проектах статей изложен свод прав высланных лиц, но только не с точки зрения тех обязательств, которые они налагают на государства. Одни проекты статей, очевидно, применяются к высылающему государству, а другие, более общие, предположительно

применимы как к высылающему, так и к принимающему государству. Поэтому проект был бы яснее, если бы обязательства, налагаемые на высылающие государства, были более четко отделены от обязательств принимающих государств. Он согласен с исходным принципом Специального докладчика, согласно которому высылаемые лица имеют право на уважение их прав человека, но он не убежден в том, что эти права нужно ограничивать категорией "основных" прав человека.

В пунктах 16 и 17 доклада Специальный докладчик ставит вопрос о том, имеют ли высылаемые лица право пользоваться всеми правами человека, или же специфика их положения требует гарантирования только их основных прав. Оставляя в стороне интересное обсуждение вопроса о том, что представляют собой "основные" права, он спрашивает, почему права иностранца должны урезаться подобным образом.

Приведенный Специальным докладчиком в пункте 17 аргумент состоит в том, что нереалистично требовать, чтобы высылаемое лицо имело возможность пользоваться всеми правами человека, которые гарантированы международными договорами, и что представляется более реалистичным и в большей степени отвечающим практике государств ограничить гарантируемые права только основными правами.

Г-н Макрэй спрашивает, почему ограничить права – это более реалистично. Государство, которое отказывает лицу в медицинском обслуживании в течение процедуры высылки, явно нарушает права человека; почему нельзя утверждать то же самое, если это государство отказывает в доступе к образованию? Возможно, что некоторые из прав, включенных Специальным докладчиком в перечень, по-видимому, не имеют отношения к процедуре высылки, но при этом не ясно, почему государство имеет право отказать в них иностранцу *ab initio* просто потому, что процедура его высылки просто идет своим чередом. В Декларации 1977 года о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, не рассматривается возможность изъятия этих прав просто в связи с началом процедуры высылки. Будет интересно узнать, есть ли в практике государств реальные прецеденты, когда государства обычным порядком отказывают в таких правах лицам, в отношении которых осуществляется процедура высылки.

Базовое предложение, которое действительно имеет прямое отношение к данной теме, заключается в том, что любое высланное или высылаемое лицо имеет право на

соблюдение любых применимых прав человека. Эти права должны соблюдаться, потому что они применимы к индивидууму, а не потому что они являются основными.

В пункте 14 своего доклада Специальный докладчик цитирует решение Европейского суда по правам человека по делу *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* в обоснование предложения о том, что государство должно соблюдать основные права иностранцев, включая детей, причем даже в ходе процедуры высылки. Однако по этому делу Европейский суд указал, что положения Европейской конвенции о правах человека и Конвенции о правах ребенка применимы не потому, что они являются основными, а потому, что они применимы к Бельгии в отношении данного конкретного дела и указанных лиц.

Принцип того, что высланное или высылаемое лицо имеет право на соблюдение всех применимых прав человека, является верным в отношении как высылающего, так и принимающего государства. Нет оснований считать, что принимающее государство может отказать лицу в правах, не относящихся к категории основных прав, лишь на том основании, что оно прибыло в страну посредством высылки из другой страны. Такие лица должны пользоваться тем же правом на труд, на свободу собраний и на охрану здоровья независимо от того, прибыли ли они в страну посредством высылки или каким-либо иным способом.

Таким образом, в проекте статьи 8 (Общее обязательство соблюдать права человека высылаемого лица) должно быть указано, что такие лица имеют право на соблюдение всех "применимых прав человека", а не только "основных прав". Непонятно, следует ли толковать выражение "всех прочих прав, реализация которых обусловлена его специфическим положением" как означающее все применимые права человека. Если это так, то тогда нет необходимости упоминать про "основные права".

Его вопрос о целесообразности ограничения защищаемых прав только "основными правами" имел отношение и к ряду других проектов статей. Если защищаемые права не нужно ограничивать основными правами, то нет нужды составлять отдельные перечни этих прав. Может быть полезным упомянуть в комментарии те виды прав, которые могут быть более релевантны, чем остальные, не приводя исчерпывающего перечня, который, как показала г-жа Эскармейя, будет составить нелегко. Нет оснований включать и частичный перечень. Предложение г-на Гая сосредоточиться на правах, применимых к

принимающему государству в контексте высылки, выглядит лучше того более общего перечня, который в настоящее время включен в проект. Кроме того, в проектах статей не нужно затрагивать трудные и, возможно, противоречивые вопросы определения и сферы охвата отдельных прав человека, которые явно выходят за пределы данной темы.

Поскольку г-н Макрэй не видит необходимости в положениях об отдельных правах, он не будет комментировать проекты статей 9-11 и 13. При этом он считает важным сохранить упоминание об обращении с детьми в пункте 1 статьи 12. Проект статьи 14 о недискриминации – тоже важное положение, которое он поддерживает, хотя при этом согласен с г-ном Гая в том, что оно посвящено скорее дискриминации среди иностранцев, нежели дискриминации между иностранцами и гражданами, представляя собой нечто вроде положения "о наиболее благоприятствуемом иностранце". Кроме того, в нем указано надлежащее направление для других проектов статей, как отметил г-н Варгас Карреньо, ибо в нем рассматриваются процессуальные гарантии, которые должны соблюдаться государствами в ходе высылки иностранцев.

В целом г-н Макрэй против исходного постулата о том, что высылаемые лица имеют право только на защиту их "основных прав человека". В сноске 38 Специальный докладчик сообщает, что он отказался от идеи вести речь об основных нормах международного права из-за замечаний о том, что трудно проводить различие между нормами, которые являются основными, и нормами, которые таковыми не являются. Это – отрадное событие, и он полагает, что прилагательное "основные" должно быть аналогичным образом изъято из контекста о правах человека. В этом случае проекты статей будут просто гарантировать защиту всех применимых или релевантных прав человека в ходе процедуры высылки.

Г-н НИХАУС отмечает, что пятый доклад Специального докладчика, удивительный по своей четкости и глубине правового анализа, являет собой ценный вклад в разработку правовых норм, которые помещают право на высылку в контекст основных международно-правовых принципов, то есть в контекст соблюдения основных прав человеческой личности. Базовый принцип, согласно которому все лица, независимо от их расы, этнического происхождения, пола, религии или национальности, в равной степени имеют право на пользование своими основными правами, получил название принципа

универсальной идентичности людей. Этот принцип получил дальнейшее развитие в юридической литературе, судебных решениях и международно-правовых документах.

Бесспорно, один из главных постулатов рассматриваемой темы заключается в том, что иностранцы, находящиеся – будь то законно или незаконно - на территории какого-либо государства и которым грозит высылка, должны иметь полные гарантии соблюдения их основных прав. Статус иностранца и перспектива высылки делает человека особенно уязвимым от опасности того, что этот принцип не будет соблюдаться. Таким образом, необходимо оперативно разработать национальные и международные правовые стандарты защиты таких лиц. Хотя в принципе высланный иностранец может рассчитывать на соблюдение всех неотъемлемых прав человека, Специальный докладчик в пункте 17 своего доклада подчеркивает, что это нереалистично и что ограничение гарантируемых в ходе высылки прав основными правами человека в большей степени соответствовало бы практике государств; г-н Нихаус согласен с этой точкой зрения. Проблема заключается в том, чтобы установить, что составляет основные права и каковы наиболее важные из них. Вопрос сам по себе прост, а вот ответ на него – отнюдь.

Употребление различных терминов для обозначения прав человека еще больше усложнило задачу их идентификации, равно как и аргументация многих правоведов, классифицирующих права как "первостатейные", то есть базовые и основные, или "второстатейные", то есть менее важные или дополнительные, может подорвать саму концепцию прав человека. Специальный докладчик справедливо отмечает, что, несмотря на некоторую нерешительность, мысль о существовании категории нерушимых прав человека все же возобладала. Хотя точного определения и подробного перечня таких прав пока нет, налицо понимание того, что в рамках более широкого понятия прав человека есть еще и права, которые носят существенный и основной характер для человека.

Правда, труднее выявить среди этих основных прав так называемое "неотчуждаемое ядро", то есть ограниченный свод прав, не допускающих отступления, который представляет собой необходимый минимум для обеспечения защиты физической неприкосновенности и безопасности индивидуума и который обязателен для соблюдения повсеместно и для всех органов власти. Несмотря на критику этой концепции и на то, что он не вполне согласен с выраженным в пункте 31 мнением Специального докладчика о

том, что эта критика носит скорее идеологический, нежели юридический характер, г-н Нихаус готов согласиться с концепцией существования основного ядра прав.

Следующий, более сложный вопрос заключается в том, как определить, какие именно права относятся к указанной исключительной категории. В юридической литературе предлагается несколько вариантов ответа; сложно выявить консенсус по вопросу об этих правах и в международно-правовых документах. Специальный докладчик указал шесть прав, которые могут образовать основное ядро. Некоторые из них, бесспорно, могут, но выбор других станет более проблематичным.

Переходя к формулировкам, которые предлагает Специальный докладчик, он сообщает, что проект статьи 8 (Общее обязательство соблюдать права человека высылаемого лица) является приемлемым и служит логической преамбулой для последующих статей. Проект статьи 9 о защите права на жизнь тоже логичен и ценен, поскольку, как Специальный докладчик отметил в пункте 6б а) своего доклада, право на жизнь – это неотъемлемое право по определению. Таким образом, пункт 1 проекта статьи полностью приемлем, однако пункт 2 сформулирован несколько запутанно, хотя не исключено, что это – проблема перевода. Упоминание о государстве, "которое отменило смертную казнь", можно улучшить следующим образом: "Государство, в котором не существует смертной казни". Его также беспокоит отсутствие упоминания о том, в чем может заключаться "гарантия того, что смертная казнь не будет приведена в исполнение".

В проекте статьи 10 (Обязательство уважать достоинство высылаемого лица) серьезная проблема возникает в связи с определением термина "достоинство". Действительно, этот термин имеет столь широкое значение, что охватывает соблюдение всех основных прав; поэтому указывать на уважение достоинства людей как на часть ядра основных прав человека – это все равно что относить все права человека к основному ядру, поскольку все они в полной мере подчинены человеческому достоинству. Этой проблемы можно избежать, употребив другой термин, кроме "достоинства", или указав, что именно он охватывает, а это тоже будет непросто.

Проект статьи 11 об обязательстве защищать высылаемое лицо от пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения идет параллельно с обязательством, предусмотренным в проекте статьи 9 о защите жизни высылаемого лица, и он не вызывает у г-на Нихауса никаких трудностей. Он также не видит проблем и в

связи с проектом статьи 12, который непосредственно посвящен высылаемым детям. Обязательство уважать частную и семейную жизнь высылаемых лиц пояснено менее четко, чем обязательства, касающиеся права на жизнь и защиты от пыток, однако он не возражает против его включения в основное ядро прав или его рассмотрения в проекте статьи 13.

Обязательство в отношении недопущения дискриминации, предусмотренное в проекте статьи 14, очевидно, следует отнести к особой группе нерушимых прав человека, но ему хотелось бы подчеркнуть, что ни в этих проектах статей, ни в большинстве международных договоров сексуальная ориентация не указана в числе признаков дискриминации. Одним исключением является Хартия Европейского союза об основных правах, как Специальный докладчик отмечает в пункте 150, где он далее указывает, что нынешнее состояние законодательства западных стран далеко не отражает общей ситуации в области сексуальной ориентации, и в сноске 229, где он ссылается на многочисленные прецеденты европейского и североамериканского прецедентного права и на тот факт, что многие страны Африки, арабского мира и Азии сохранили свое законодательство, которое предусматривает наказание за гомосексуализм. При этом намерение Специального докладчика в связи с этими замечаниями остается неясным. В проекте статьи 14 он приводит перечень запрещаемых признаков дискриминации, составленный в соответствии с общеизвестными прецедентами. Тем не менее, вероятно, Комиссии по ее мандату на прогрессивное развитие международного права лучше было бы придерживаться более современного и всеобъемлющего подхода, подобного тому, который применен в Хартии Европейского союза об основных правах. В этом документе также значатся возраст и инвалидность – два дополнительных критерия, которые г-жа Эскармейя предложила включить в проект статьи 14.

Г-н САБОЯ благодарит Специального докладчика за его высоконаучный и четкий пятый доклад и напоминает о том, что на своей предыдущей сессии Комиссия решила, что ей не потребуется составлять проект статьи, посвященный вопросу о лицах с двойным или множественным гражданством. Это обсуждение позволило прояснить позицию Комиссии относительно того, что принцип невысылки граждан применим в равной степени к лицам, имеющим двойное и множественное гражданство.

В пятом докладе предпринята попытка рассмотреть правовые положения, которые должны соблюдаться государством, намеревающимся выслать иностранца, и которые отходят от норм международного права прав человека и от других международно-правовых положений, запрещающих некоторые виды практики. В пунктах 10-14 доклада Специальный докладчик справедливо обращает внимание на основной принцип, по которому все лица, будь то граждане или иностранцы, имеют право на защиту своих прав человека, независимо от законности их пребывания в стране, причем даже в ходе процедуры высылки. В обоснование этого принципа Специальный докладчик приводит постановление Европейского суда по правам человека по делу *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* (2006 года), в котором Суд напоминает, что при осуществлении своего суверенного права контролировать свои границы и въезд и пребывание иностранцев государства должны соблюдать международные обязательства, включая те, которые установлены в Европейской конвенции о правах человека.

Однако для обсуждения понятия "основные права" в следующих пунктах Специальный докладчик избрал проблематичный подход. В пункте 17 он сначала утверждает, что будет нереалистичным "предписывать обеспечение высылаемому лицу пользования всеми правами человека, которые гарантируются международно-правовыми документами и национальным законодательством высылающего государства". Это, по-видимому, противоречит принципу, сформулированному Европейским судом по правам человека и поддержанному Специальным докладчиком в предыдущем разделе, в частности в пункте 14. С другой стороны, поскольку права человека неотчуждаемы, никто не может утратить свое право на пользование этими правами, независимо от своего статуса или положения. Г-н Сабоя также не согласен с большинством аргументов Специального докладчика по поводу неделимости и взаимозависимости прав человека, однако он не считает, что на данном этапе необходимо вступать в дискуссию по этой теме.

На пользование некоторыми правами, конечно, могут налагаться определенные ограничения, которые должны быть строго необходимы высылающему государству для удовлетворения его законных и пропорциональных интересов, связанных с безопасностью и правопорядком, и, кроме того, на него должен распространяться судебный контроль. Иными словами, в области прав человека ограничительно толковать следует именно

ограничения, а не права; такие ограничения также должны быть разрешены законом и пропорциональны интересам общества, которое они призваны защищать.

Нет оснований считать, что в ходе процедуры высылки иностранца следует лишать некоторых экономических, социальных и культурных прав – таких, которые упомянуты Специальным докладчиком в пункте 17. Это особенно актуально в случае, когда процедура высылки может затянуться и повлиять на состояние как самого иностранца, так и его семьи, и привести к последствиям, которые могут поставить под угрозу его способность к возобновлению нормальной жизни. К важным в этой связи правам относятся право на доступ к медицинскому обслуживанию, к услугам адвоката и к информации о своем правовом статусе. Вопрос об ограничениях прав человека и об отступлениях от них был рассмотрен в обоих международных пактах. В статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах предусмотрено, что во время чрезвычайного положения в государстве, при котором жизнь нации находится под угрозой, государства-участники могут принимать меры в отступление от своих обязательств по Пакту только в такой степени, в какой это требуется остротой положения, при условии, что такие меры не являются несовместимыми с их другими обязательствами по международному праву и не влекут за собой дискриминации. Согласно этому положению, которое ставит весьма высокую планку, отступления от отдельных прав – таких, как право на жизнь и запрещение пыток, - не допускаются.

Используемое в Пакте понятие прав, отступления от которых не допускаются, неотделимо от концепции "основных прав" или "основного ядра", которую г-н Камто рассматривает в пунктах 28-44 своего доклада, однако в первом случае речь идет о чрезвычайном положении, а не о высылке иностранцев. С другой стороны, статья 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах гласит, что в отношении таких прав "государство может устанавливать только такие ограничения этих прав, которые определяются законом, и только постольку, поскольку это совместимо с природой указанных прав, и исключительно с целью способствовать общему благосостоянию в демократическом обществе". Таким образом, даже, если осуществление некоторых прав иностранцев в той или иной степени ограничено, они не перестают пользоваться всеми своими правами в ходе процедуры высылки, и любые отступления от этих прав должны быть ограничены только теми масштабами, которые

необходимы для защиты жизненных и законных интересов государства и должны регулироваться справедливым разбирательством.

Что касается проекта статьи 8 (Общее обязательство соблюдать права человека высылаемого лица), то он в принципе согласен с его формулировкой, но считает, что слово "основных" нужно исключить. Можно добавить упоминание о возможных ограничениях при том понимании, что такие ограничения должны быть оправданы защитой законных интересов национальной безопасности и правопорядка, пропорциональны нависшей угрозе и регулируются в рамках справедливого разбирательства.

Проект статьи 9 (Обязательство защищать право на жизнь высылаемого лица), предлагаемый в пункте 67 доклада, является приемлемым. Однако в пункт 2 этой статьи следует включить дополнительную формулировку для отражения идеи о том, что высылка в государство, где иностранцу может грозить смертный приговор, тоже должна быть запрещена: в своей нынешней формулировке этот проект статьи охватывает только случаи, когда лицо уже было приговорено к смертной казни.

Г-н Сабоя приветствует подход к обязательству уважать достоинство высылаемых лиц, принятый в проекте статьи 10, и особенно тот факт, что Специальный докладчик объединил в нем уважение и защиту. Поэтому он поддерживает предложенную формулировку.

Анализ запрещения пыток и жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания и его последствий для высылки (пункт 73) проведен адекватно. Таким образом, проект статьи 11 в целом приемлем, но выражение "на его территории" может создать лазейку в этом запрете пыток. Учитывая недавние вопиющие примеры применения пыток в Гуантанамо, Абу-Граиб и других местах, а также практику передачи заключенных, когда они переводятся в другие места для прохождения допросов по "специальной процедуре", вероятно, предпочтительнее избрать более емкую формулировку – например, "на любой территории или объекте под его юрисдикцией или контролем". Альтернативой этому варианту будет изъятие слов "на его территории".

Он поддерживает подход Специального докладчика к положению детей (пункты 121-126) и предложенный текст проекта статьи 12 на эту тему. Дети представляют собой категорию иностранцев, которая наиболее уязвима в условиях

высылки. Однако нужно рассматривать и другие категории, в том числе женщин, особенно беременных, лиц с физическими или психическими недостатками и престарелых. Другие члены Комиссии внесли в этой связи полезные предложения. Существуют международные договоры, регулирующие защиту этих категорий лиц, и подобным случаям следует посвятить новый проект статьи.

Г-н Сабоя также согласен с формулировкой проектов статей 13 (Обязательство уважать право на личную жизнь и на семейную жизнь высылаемого лица) и 14 (Недопущение дискриминации), хотя г-н Варгас Карреньо и другие члены Комиссии утверждали, что понятие недискриминации должно входить в более общий запрет, который следует охватить в начале проектов статей.

Г-н КАМТО (Специальный докладчик) сообщает, что на данном этапе он не будет отвечать на изложенные замечания по существу, а хочет лишь сделать небольшую ремарку, чтобы обеспечить конструктивное продолжение обсуждения.

Тема высылки иностранцев уникальна, поскольку она лежит на перепутье общих международно-правовых норм и международного права прав человека. Вероятно, именно по этой причине некоторым членам Комиссии сразу хотелось заняться некоторыми ее аспектами еще на ранней стадии. В частности, в ходе рассмотрения его второго доклада многие члены Комиссии высказались в пользу того, чтобы уточнить, какие именно права высылаемых лиц ограничивают право государства на высылку, хотя это не может быть сделано до тех пор, пока не будут рассмотрены другие аспекты. Сначала надо провести прения по общему подходу к данной теме. Предыдущие ораторы также проявляли нетерпение по поводу процедурных вопросов, хотя он неоднократно пояснял, что эти вопросы будут затронуты позднее, равно как и те, которые по своему характеру являются наполовину процедурными, наполовину существенными – например, вопросы, связанные с условиями содержания под стражей. Конечно же, факт, что не все высылаемые лица сначала помещаются в центры содержания под стражей; когда принимается решение о высылке, некоторые иностранцы немедленно выдворяются с территории страны. Таким образом, вопрос об условиях содержания под стражей нужно рассматривать тогда, когда Комиссия займется вопросами процедуры содержания – например, о принципе действия права высылаемого иностранца на подачу апелляции.

Аналогичным образом, хотя он согласен с недопустимостью отступлений от права на собственность, этот вопрос не следует обсуждать на данном этапе, поскольку он касается не всех высылаемых иностранцев; лучше будет обратиться к нему в той части доклада, которая посвящена ответственности, и рассмотреть, как дипломатическая защита может помочь высылаемым лицам в защите этого права, если оно будет нарушено. Проблема того, когда рассматривать те или иные вопросы, встает и в связи со многими другими аспектами. Ведь этой теме в целом сложно придать структурную последовательность, в отличие от темы ответственности международных организаций, где имеется образец в виде проектов статей об ответственности государств.

Нынешнее обсуждение указывает на наличие проблемы подхода. Следует ли Комиссии вести речь об основных правах, или же о правах вообще? Она может решить ускорить процесс, просто заявив, что все права иностранцев должны быть защищены, но что это будет означать оставление ситуации в ее нынешнем виде. Комиссия должна принять решение о том, какие основные права, непосредственно связанные со статусом иностранца, должны быть непременно защищены в ходе процедуры высылки. Однако, с другой стороны, в случае центров содержания под стражей крайне важно защищать не только основное ядро прав человека, но и другие права, которые напрямую связаны с положением содержащихся под стражей лиц. Таким образом, в составе Комиссии явно прослеживаются две линии убеждений: одна – в пользу того, что важны права человека в целом, а другая – в пользу того, что существует основное ядро прав, которое обуславливает соблюдение остальных прав.

Заседание закрывается в 12 час. 30 мин.