



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
19 March 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*

Представлен Специальным докладчиком Морисом Камто

* Специальный докладчик выражает искреннюю признательность г-же Брюсиль Миранде Мету, преподавателю факультета юридических и политических наук Яундского университета II, за помощь в подборе документов, использовавшихся при подготовке настоящего доклада, а также Секретариату Комиссии, автору *Меморандума*, опубликованного как документ A/CN.4/565, оказавшего весьма полезным для докладчика, особенно в процессе анализа национальных законодательств. Вместе с тем ответственность за содержание настоящего доклада Специальный докладчик берет на себя.



Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение	4
I. ДОПОЛНЕНИЯ К ПЕРВОЙ ЧАСТИ, КАСАЮЩЕЙСЯ ОБЩИХ НОРМ	7
Глава 3. Запрещенные виды высылки (продолжение).....	7
A. Коллективная высылка	7
B. Замаскированная высылка.....	10
<i>Проект статьи А.</i> Запрещение замаскированной высылки.....	15
C. Экстрадиция, замаскированная под высылку	16
<i>Проект статьи 8.</i> Запрещение экстрадиции, замаскированной под высылку.....	29
D. Основания для высылки	29
1. Общественный порядок и общественная безопасность.....	30
a) Общественный порядок	31
b) Общественная безопасность	35
2. Критерии пересмотра мотивов общественного порядка и общественной безопасности	39
3. Другие основания для высылки	48
a) Высшие интересы государства	48
b) Нарушение закона	49
c) Наказание в виде тюремного заключения.....	56
d) Несоблюдение административных формальностей	62
e) Общественное здоровье	65
f) Нравственность	70
i) Попрошайничество и бродяжничество.....	74
ii) Дебош и аморальное поведение.....	75
g) Идеологическое основание и политическая деятельность.....	76
i) Идеология.....	76
ii) Политическая деятельность.....	77

	<i>Стр.</i>
h) "Культурное" основание.....	78
i) Незаконный въезд.....	80
j) Нарушение условий допуска.....	85
k) Экономическая ситуация.....	89
l) Превентивная мера или сдерживающее средство.....	91
m) Репрессалии.....	92
n) Прочие основания.....	93
<i>Проект статьи 9. Основания для высылки</i>	95
E. Условия содержания под стражей лица в преддверии высылки.....	95
1. Примеры условий содержания под стражей, затрагивающие права ожидающих высылки иностранцев.....	96
2. Условия осуществления высылки.....	110
3. Условия содержания под стражей иностранца в процессе высылки.....	115
4. Продолжительность периода содержания под стражей.....	130
<i>Проект статьи В. Обязательство уважать права человека иностранцев в процессе высылки или в период содержания под стражей в преддверии высылки</i>	136

Введение

1. В своем пятом докладе (A/CN.4/611) о высылке иностранцев Специальный докладчик продолжил рассмотрение вопросов, связанных с защитой прав человека в отношении высланного или высылаемого лица в плане ограничения права государств на высылку. Недопонимание, возникшее у членов Комиссии в отношении подхода, использованного Специальным докладчиком при рассмотрении данного вопроса, было снято благодаря документу (A/CN.4/617), авторы которого попытались отразить разного рода обеспокоенность членов Комиссии, высказывавшуюся в ходе пленарного обсуждения, а также изменили структуру проектов статей 8 и 15, к которым добавлен проект новой статьи, распространяющей действие упомянутых проектов статей на транзитное государство. Исправленные таким образом проекты статей должны были, по мнению Специального докладчика, быть направлены в Редакционный комитет в соответствии с решением большинства членов Комиссии.

2. В ходе рассмотрения Шестым комитетом Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят первой сессии¹ некоторые делегации отмечали сложность вопроса, связанного с высылкой иностранцев, и высказывали оговорки в отношении целесообразности его кодификации. Внимание также было обращено на трудности, возникающие в плане выработки общих правил, регулирующих данную тему. В то время как некоторые делегации настаивали на необходимости строить работу Комиссии на основе имеющегося у государств-членов практического опыта, другие полагали, что некоторые из предложенных проектов статей носят слишком общий характер или не имеют достаточного практического обоснования с точки зрения норм обычного права.

3. Наряду с пожеланием к Комиссии добиваться в ходе шестьдесят второй сессии дополнительного прогресса в данном вопросе также было предложено, чтобы на заседаниях Комиссии проходили дискуссии относительно позиции по вопросу, подлежащему рассмотрению, в том числе по структуре проектов статей, находящихся в стадии разработки, а также в связи с ожидаемыми результатами работы Комиссии.

4. Некоторые делегации стремились установить четкие границы обсуждаемой темы, принимая во внимание, в частности, многообразие ситуаций и мер, которые предстояло осветить. Было высказано мнение, согласно которому такие темы, как отказ во въезде, экстрадиция и другие виды передачи лиц в интересах поддержания общественного порядка, а также высылка в ситуации вооруженного конфликта должны быть исключены из сферы, затрагиваемой в проектах статей. Внимание также было обращено на различие между правом государства на высылку иностранцев и применением решения о высылке путем депортации. Кроме того, была подчеркнута необходимость проведения различия между иностранцами, находящимися в стране на законных основаниях и пребывающими в стране незаконно.

¹ См. Тематическое резюме обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее шестьдесят четвертой сессии, подготовленное Секретариатом, A/CN.4/620, 26 января 2010 года, пункты 27–39.

5. Что касается невысылки граждан, то была высказана точка зрения, согласно которой практика высылки граждан должна быть запрещена. По этому поводу также было отмечено, что данный запрет распространяется и на лиц, имеющих одно или несколько других гражданств.

6. Коснувшись вопроса о защите прав высланных лиц, делегации приветствовали тот факт, что Комиссия уделила особое внимание вопросам защиты прав человека в ходе рассмотрения этой темы. Некоторые делегации подчеркнули необходимость согласования права государств на высылку иностранцев с правами высланных лиц, с учетом, кроме прочего, ситуации в государстве назначения. Несмотря на предпочтение, отданное делегациями детальному подходу, не ограничивающемуся исключительно перечнем специальных прав, было высказано и другое мнение, согласно которому Комиссии следовало бы ограничиться рассмотрением специальных прав, касающихся непосредственно высылки, в том числе изучить роль гарантий, предоставляемых государством назначения в плане соблюдения этих прав.

7. Некоторые делегации высказывали сомнения в отношении целесообразности подготовки перечня прав человека, которые должны соблюдаться при высылке лица, имея, в частности, в виду, что соблюдению подлежат все права человека и что приведение их полного перечня в проектах статей не представляется возможным. В связи с этим многие делегации поддержали предложение о включении положения, указывающего на общее обязательство высылающего государства соблюдать права высылаемых лиц. Наряду с этим представители ряда делегаций высказались против проведения различий, в том что касается высылки, между разными категориями прав человека, в частности квалифицировав некоторые из них как "основные" или "незыблемые".

8. Комиссии было предложено руководствоваться принципами, которые уже нашли отражение в ратифицированных большинством государств международно-правовых документах, в отличие от понятий или решений, взятых из практики региональных судебных органов.

9. Некоторые делегации упомянули ряд особым образом гарантированных прав человека, подлежащих соблюдению в отношении высылаемых лиц, в числе которых право на жизнь, запрещение высылать лицо в государство, где ему угрожает опасность подвергнуться пыткам или любой другой форме жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения, и право на семейную жизнь. Внимание членов Комиссии также было обращено на права собственности высылаемых иностранцев, в особенности в том, что касается конфискации их имущества, а также на право получения компенсации в случае незаконной высылки. Кроме того, некоторые делегации ссылались на необходимость рассмотрения процессуальных прав лиц, подлежащих высылке, таких как право оспаривать в суде законность высылки или право на помощь адвоката.

10. Высказывались различные точки зрения в отношении обеспечения права на жизнь, предполагающего обязанность государства еще до высылки лица заручиться достаточными гарантиями неприменения к нему смертной казни в государстве назначения. Некоторые делегации высказывали идею, согласно которой государства не должны оказаться в ситуации, при которой им пришлось бы отвечать за неупреждение действий третьей стороны, предусмотреть или проконтролировать которые для них не представляется возможным.

11. Несмотря на озвученное мнение о том, что человеческое достоинство является основой прав человека в целом, а также предложение проработать это юридическое

понятие, некоторые делегации сочли, что значение и возможные правовые последствия применения прав на уважение личного достоинства им неясны.

12. Некоторые делегации высказывали мнение о необходимости включения положения о защите уязвимых категорий лиц, таких как дети, пожилые, инвалиды и беременные женщины. Также было предложено подтвердить незыблемость принципа наилучших интересов ребенка применительно к ситуации, связанной с высылкой.

13. Прозвучало высказывание о недостаточной ясности того, каким образом в контексте высылки следует рассматривать принцип недопущения дискриминации. Было заявлено, что принцип недопущения дискриминации, применяемый исключительно в отношении процедуры высылки, не ущемляет право государств осуществлять контроль допуска на свою территорию и устанавливать перечень оснований для высылки иностранцев в соответствии с национальным миграционным законодательством. Некоторые делегации высказали также определенные сомнения в отношении существования в контексте высылки абсолютного запрещения дискриминации по национальному признаку.

14. Что касается оснований для высылки, то некоторые делегации отстаивали точку зрения, согласно которой любое суверенное государство имеет право высылать иностранных граждан в случае совершения ими преступлений или правонарушений, а также когда их действия являются нарушением национального миграционного законодательства или представляют угрозу национальной безопасности или общественному порядку, либо если высылка мотивирована защитой жизни, здоровья, прав или законных интересов граждан страны. Выступавшие также заявляли, что высылка должна служить законным целям и отвечать критерию пропорциональной защиты интересов высылающего государства и высылаемых лиц.

15. Было отмечено, что сложность темы не должна являться основанием, достаточным для отказа от ее кодификации; наоборот, по мнению Специального докладчика, одна из целей существования Комиссии состоит в том, чтобы попытаться внести ясность в вопросы, представляющиеся запутанными и не входящими на сегодняшний день в свод соответствующим образом структурированных и установленных норм международного права.

16. Что касается других замечаний и вопросов, вызвавших обеспокоенность членов Шестого комитета, то на некоторые из них ответы были даны в упоминавшемся выше документе A/CN.4/617, а на остальные – в настоящем докладе. Действительно, в новом проекте плана работы (A/CN.4/618), в котором, в частности, вводится новая структура проектов статей, Специальный докладчик предложил вниманию Комиссии комплексный подход к рассмотрению темы высылки иностранцев, обозначив аспекты той работы, которую, по его мнению, еще предстоит провести. Настоящий доклад следует структуре упомянутого плана, развивая те из его пунктов, которые были недостаточно подробно изложены. Так, в нем дополнена первая часть плана, посвященная "Общим нормам", и дано развернутое освещение аспектов, касающихся защиты прав высланного или высылаемого лица, которые не затрагивались в предыдущих докладах. Таким образом, настоящий доклад дает сначала дополнительную информацию по "Общим нормам", затем переходит к рассмотрению второй части, касающейся "Процедур высылки", и, наконец, завершается третьей частью, посвященной "Правовым последствиям высылки".

I. ДОПОЛНЕНИЯ К ПЕРВОЙ ЧАСТИ, КАСАЮЩЕЙСЯ ОБЩИХ НОРМ

17. Представленная ниже дополнительная информация касается, во-первых, запрещенных видов высылки, а во-вторых, защиты прав высланного или высылаемого лица.

Глава 3. Запрещенные виды высылки (продолжение)

18. Вопрос коллективной высылки уже рассматривался в рамках этой главы. Мы кратко вернемся к нему в связи с определенной обеспокоенностью, выраженной некоторыми членами Комиссии. Затем будут рассмотрены два других запрещенных вида высылки, а именно замаскированная высылка и экстрадиция, замаскированная под высылку, и, наконец, основания для высылки.

A. Коллективная высылка

19. Данный вопрос уже рассматривался в Третьем докладе о высылке иностранцев². Проект статьи 7, касающейся этого вопроса, был направлен в редакционный комитет, который, проведя необходимую редакционную правку, утвердил его на своем последнем заседании. В качестве дополнительной информации добавим лишь, что проблема коллективной или массовой высылки обсуждалась в ходе проходившей в августе 1986 года в Сеуле 62-й Конференции Ассоциации международного права, принявшей декларацию принципов международного права по этому вопросу³. В данной декларации, включающей 20 принципов, непосредственно массовой высылки иностранцев касаются лишь принципы 17 и 18. Не исключая массовую высылку как таковую, они просто декларируют, что подобная высылка на практике не должна носить необоснованный и дискриминационный характер или служить поводом для геноцида, конфискации собственности или начала репрессий; кроме того, полномочия, связанные с высылкой, должны осуществляться в соответствии с принципами добросовестности, соразмерности и справедливости при соблюдении основных прав заинтересованных лиц.

20. Это краткое возвращение к вопросу о коллективной высылке иностранцев призвано прежде всего снять сохраняющуюся у некоторых членов Комиссии обеспокоенность в отношении пункта 3 проекта статьи 7, посвященного возможности высылки группы лиц, действующих в таком качестве в ситуации вооруженного конфликта, обвиненных в совершении действий с использованием оружия и представляющих угрозу безопасности государства пребывания, вовлеченного в конфликт с государством гражданства высылаемых лиц. В своем первоначальном варианте упомянутый пункт 3 сформулирован следующим образом: "Иностранцы – граждане государства, вовлеченного в вооруженный конфликт, не могут являться объектами мер коллективной высылки, если они, как группа в целом, не проявляют враждебности по отношению к принимающему государству". Обсуждение данного пункта, начатое на пленарном заседании, было продолжено в

² A/CN.4/581

³ См. Ассоциация международного права, Декларация о принципах международного права, касающихся массовой высылки, 62-я Конференция АМП, Сеул, 24–30 августа 1986 года, Conference Report 1986.

редакционном комитете, который счел необходимым внести в него поправки⁴. Несколько членов Комиссии высказали пожелание, чтобы это положение не противоречило международному гуманитарному праву.

21. В качестве реакции на данное пожелание можно обратиться к некоторым положениям Женевской конвенции (IV) от 12 августа 1949 года. Некоторые авторы, обращавшиеся к вопросу о коллективной или массовой высылке иностранцев в период вооруженных конфликтов, рассматривали его прежде всего под углом осуществления депортации, передачи и эвакуации лиц⁵, делая при этом акцент на статье 49 Женевской конвенции (IV), пункт 1 которой запрещает "по каким бы то ни было мотивам угон, а также депортирование покровительствуемых лиц из оккупированной территории на территорию оккупирующей державы или на территорию любого другого государства, независимо от того, оккупированы они или нет". Другой автор, напротив, считает, что рассматривать следует скорее статьи 35–46 упомянутой Конвенции, положения которых, по его мнению, касаются обращения с иностранцами на территории воюющего государства, а также статьи 27–34, содержащие положения, общие как для территории сторон, вовлеченных в конфликт, так и для оккупированных территорий⁶.

22. Разумеется, помимо добровольных выездов, предусмотренных в статье 35 и осуществляемых в условиях, оговоренных в статье 36 Конвенции, существует опасность, что невысланные иностранные граждане позже окажутся объектом мер коллективной или массовой высылки. В этом отношении можно было бы сослаться, с одной стороны, на статью 38, касающуюся невысланных граждан, в которой устанавливается, что "положение покровительствуемых лиц будет в принципе продолжаться регулироваться правилами, касающимися обращения с иностранцами в мирное время", а с другой – на статью 45 о передаче лиц другой державе, регламентирующую любое индивидуальное или коллективное перемещение покровительствуемых лиц, осуществляемое державой, во власти которой они находятся.

23. На самом деле, комбинированное прочтение статей 45 и 4 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года о защите гражданского населения во время войны может создать впечатление, что вышеупомянутый пункт 3 проекта статьи 7 противоречит гуманитарному праву. Это совсем не так.

24. Действительно, в статье 45 говорится: "Покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями". В статье 4 Конвенции покровительствуемые лица определены как "лица, которые в какой-либо момент и каким-либо образом находятся в случае конфликта или оккупации во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей

⁴ Одобренный редакционным комитетом окончательный вариант будет в надлежащее время представлен председателем этого комитета на пленарном заседании.

⁵ См., например, D. Oppenheim et H. Lauterpacht, *International Law, A Treatise*, vol. 2, *Disputes, War and Neutrality*, 7th ed., London, Longman, 1952, pp. 441-442; G.J.L. Coles, "The Problem of Mass Expulsion. A Background Paper" prepared for the Working Group of Experts on the Problem of Mass Expulsion convened by the International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy (16-18 April 1983), spec., pp. 78-80; S. Oda, "The Individual in International Law", M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, London, Melbourne, Toronto, MacMillan, 1968, p. 482.

⁶ См. R. Perruchoud, "L'expulsion en masse d'étrangers", *Annuaire français de droit international*, XXXIV, 1988, pp. 677-693, spéc. p. 687.

державы, гражданами которой они не являются". Вышеупомянутый пункт 3 не укладывается в рамки правовой гипотезы, выдвигаемой в статьях 45 и 4 Женевской конвенции. Во-первых, представляется, что статья 4 не содержит четкого указания на случай, связанный с группой иностранцев, проживающих обычно на территории государства, находящегося в состоянии вооруженного конфликта с государством, гражданами которого они являются. И даже если предположить, что расширительное толкование термина "лица, оказавшиеся во власти стороны, находящейся в конфликте, или оккупирующей державы, гражданами которой они не являются" позволяет включить в него рассматриваемую группу иностранцев, окажется, что данная группа иностранцев не входит в понятие "покровительствуемые лица" по смыслу Конвенции в той степени, в какой они могут быть приравнены к "комбатантам" ввиду их враждебной вооруженной деятельности, несущей угрозу безопасности высылающего государства, которое в данном случае является государством проживания рассматриваемых лиц. Следует напомнить, что согласно положениям международного гуманитарного права под комбатантами понимаются "лица, входящие в состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте (кроме медицинского и духовного персонала, о котором говорится в статье 33 Третьей конвенции) (пункт 2 статьи 43 Дополнительного протокола I 1977 года). Далее, в связи с тем что рассматриваемая группа иностранцев ведет враждебные вооруженные действия в интересах страны, гражданами которой они являются, вовлеченной в вооруженный конфликт с государством проживания, высланные или высылаемые члены группы могут не опасаться "преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями". Сам факт того, что они ведут борьбу в интересах своей страны, служил бы для них защитой от подобной возможности.

25. Как справедливо заметил один из авторов: "В 1949 году, исходя из накопленного во время войны опыта, вопрос состоял не столько в том, чтобы защитить гражданское население неприятеля от массовой высылки, сколько оградить его от интернирования или принудительных работ, то есть мер, которые могли бы превратить данную категорию лиц в виртуальных заложников. Именно по этой причине статья 35 наделяет любое покровительствуемое лицо правом покидать территорию в начале либо в ходе конфликта"⁷. В связи с этим неудивительно, что высылка, независимо от того, является она индивидуальной или групповой, не упомянута ни в статье 45, ни в других положениях, подвергнутых анализу. Из вышеприведенных соображений был сделан следующий вывод, который подтверждает позицию Специального докладчика, высказанную им в ходе обсуждения пункта 3 статьи 7, содержащегося в Третьем докладе:

"Таким образом, в праве, касающемся вооруженных конфликтов, нет специальных норм в отношении массовой высылки; этот вывод относится как к международным, так и к внутренним вооруженным конфликтам, отсылая нас тем самым к общим правилам, действующим в период мирного времени"⁸.

26. Вместе с тем мирное время и военное время – понятия разные, и некоторые действия, которые в мирное время могли бы показаться вполне обычными, в период войны приобретают особый смысл и значение. Особым обстоятельствам соответствуют особые меры. Именно в этом смысле необходимо рассматривать вопрос о коллективной высылке в случае войны, не забывая о том, что такая

⁷ Ibid., p. 687.

⁸ Ibid., pp. 687-688.

высылка может иметь место лишь ввиду обстоятельств и при соблюдении условий, изложенных в Третьем докладе, а также с учетом опыта и судебной практики государств, приведенных в упомянутом докладе.

27. Кроме того, было бы небезынтересно напомнить, что Институт международного права в своей резолюции о "Международных правилах допуска и высылки иностранцев", принятой в ходе Женевской сессии 9 сентября 1892 года, ясно предвидел случаи коллективной высылки. Под общим названием "чрезвычайная высылка" делалось различие между "чрезвычайной (или массовой) окончательной высылкой" и "чрезвычайной (или массовой) временной высылкой", применяющимися в отношении некоторых категорий лиц "в условиях войны или массовых волнений на определенной территории; такая высылка действует лишь на время войны либо в течение определенного периода времени"⁹.

28. Принимая во внимание все вышеприведенные доводы, Специальный докладчик не считает, что пункт 3 проекта статьи 7 противоречит положениям международного гуманитарного права. Совсем наоборот, этот пункт соответствует как прошлой, так и современной юридической практике государств, что было подтверждено Специальным докладчиком в его Третьем докладе.

В. Замаскированная высылка

29. Выражение "замаскированная высылка" нередко используется в различных документах организаций, занимающихся защитой прав иностранцев и членов некоторых профессиональных объединений, например журналистов. Так, в числе отдельных недавних примеров была упомянута "замаскированная высылка" специального корреспондента австралийского телеканала Эй-би-си и группы новозеландского телеканала ТВ-3, вынужденных в полном составе покинуть Фиджи 14 апреля 2009 года по решению военной хунты, пришедшей к власти в Суве в результате государственного переворота в декабре 2006 года. С формальной точки зрения никто из троих журналистов не был арестован фиджийскими силами безопасности, однако последние не оставили журналистам иного выбора, как покинуть страну, препроводив их до аэропорта столицы¹⁰. В действительности речь идет о высылке, ставшей следствием мер, принятых властями государства, не прибегая к формальному акту высылки¹¹; таким образом, данная высылка может рассматриваться как "замаскированная", только если принять тезис о том, что любая высылка осуществляется лишь на основании формального акта. Точно так же в качестве "замаскированной высылки" был приведен случай отказа в продлении виз находившимся на территории Мадагаскара гражданам Франции, в частности корреспондентам "Радио Франс интернасьональ" и "Дойче велле". В аргументации по этому поводу говорилось, что малагасийские власти не соизволили объяснить причины своего отказа, и выдвигалось требование обязать власти дать объяснение причин отказа по крайней мере в отношении данного случая с журналистами¹². При

⁹ Institut de Droit international, Session de Genève, 1892, "Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers", (Rapporteurs L.-J.D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar), art. 23 et 24.

¹⁰ См. "Censure préalable et expulsion des journalistes étrangers: Fidji devient une dictature militaire", jeudi 16 avril 2009, par Jesusparis.

¹¹ В своем Втором докладе Специальный докладчик показал, что для осуществления высылки достаточно уже одного "поведения" властей государства, не прибегаящих формально к акту высылки (A/CN.4/573, пункт 189).

¹² См. www.courierinternational.com/fiche-pays/Madagascar24.05.2005, где, в частности, цитируются малагасийские газеты: *La Gazette de la Grande Île*, *L'Express*, *Midi Madagasikara*.

этом малагасийское законодательство, впрочем, как и законодательство большинства других стран, не предписывает подобную обязанность властей. Более того, согласно международному праву выдача и продление виз отнесены к суверенным правам каждого государства.

30. Понятие "замаскированная высылка" вызывает ряд вопросов. Во-первых, какую роль в законности или незаконности подобной высылки играет намерение, в частности, в том что касается требования представления обоснования причин высылки? Во-вторых, в какой мере государство вправе выбирать процедуру, которая будет им использована для принуждения иностранца покинуть его территорию при том понимании, что иностранцу, подлежащему высылке, должна быть предоставлена возможность представлять свои интересы в суде и защищать свои права?

31. Отличить случаи замаскированной или косвенной высылки от высылки, осуществленной в нарушение процессуальных норм, не всегда бывает просто. При этом можно говорить о том, что последняя включает не только случаи высылки как результата определенного поведения государства, но и высылки на основании решения неуполномоченного органа или осуществленной с нарушением предусмотренных национальным законодательством сроков, тогда как замаскированная высылка, которая могла бы соответствовать тому, что по-английски звучит как "constructive expulsion"¹³, касается исключительно случаев, в которых эта высылка, ввиду ее неявного или замаскированного характера, не является результатом формально принятых мер. На практике встречаются и другие, помимо вышеперечисленных, примеры: "замаскированная высылка" в связи с изъятием или неправомерным аннулированием действующего разрешения на проживание иностранца; "замаскированная высылка" путем мер "побуждения" к "якобы добровольному" возвращению, на деле не оставляющему иностранцу какого-либо выбора; "замаскированная высылка" как результат враждебного отношения государства к иностранцу.

32. Замаскированная высылка в связи с изъятием или неправомерным аннулированием действительного разрешения на проживание иностранца может быть проиллюстрирована случаем Сильвена Уфера (Sylvain Ufer), иезуитского священника, проживавшего на Мадагаскаре в течение 33 лет. В 2007 году он получил уведомление о признании недействительной его визы на постоянное проживание, в связи с чем должен был покинуть страну. Через два года малагасийский министр внутренних дел пересмотрел данное решение о замаскированной высылке, что позволило заинтересованному лицу вернуться на Мадагаскар¹⁴. К подобному виду замаскированной высылки относятся также нередкие в последние годы случаи в Африке, когда лица подвергаются аресту, несмотря на то что их документы на проживание действительны, либо когда эти документы уничтожаются или изымаются, что ставит людей в положение, при котором у них не остается иного выбора, кроме как покинуть территорию страны. Подобные случаи были отмечены в ЮАР¹⁵ и периодически повторяются в Экваториальной Гвинее¹⁶.

¹³ См. Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата (A/CN.4/565), стр. 57.

¹⁴ <http://www.madagascar-tribune.com>.

¹⁵ О подобных случаях в этой стране сообщалось, в частности, в газете *The Sunday Independent* от 9 апреля 2000 года. Вот что рассказала руководитель правозащитной организации Amnesty International Сара Мота: "Полиция задерживает всех иммигрантов без разбора. Она не обращает

33. Что касается отказа в приеме иностранца, проживавшего в стране на законных основаниях и возвращающегося после пребывания за границей, то речь идет о гипотетической ситуации, в которой иностранец, законно проживавший в каком-то государстве, сталкивается с отказом в разрешении въехать на территорию этой страны после какого-то периода проживания за рубежом. В данном случае высылающее государство находит повод для высылки в факте выезда иностранца.

34. Что касается мер "побуждения" к возвращению, не оставляющих иностранцу выбора, то они являются следствием новой политики в области борьбы с иммиграцией за снижение числа принимаемых страной иностранцев, проводимой рядом государств, в частности в Европе. Это относится, например, к планам по так называемому "добровольному" возвращению, разработанным, в частности, в Испании и Франции. Данные программы выезда или "добровольного" возвращения в действительности вводят требование обязательного возвращения. Вот что рассказывает Гай С. Гудвин-Гилл: «В реальности разница между принудительной высылкой в жестких условиях и "добровольным выездом" в соответствии с законодательством, квалифицирующим непрерывное проживание как незаконное, подкрепленным угрозами о возможных последствиях в случае непрерывного проживания, может быть весьма незначительной»¹⁷. При этом автор сообщает: «Государственные органы могут спровоцировать высылку, используя различные формы угроз и принуждения... В деле *Orantes-Hernandez v. Meese* 685 F. Supp. 1488 (C.D. Cal. 1988) суд установил, что значительная часть лиц, ищущих убежище в Сальвадоре, была вынуждена подписывать бумаги о "добровольном выезде" под принуждением, в том числе под угрозой ареста, депортации, переселения в отдаленный район или сообщения личных данных в правительственные органы своих стран»¹⁸.

35. В Испании в числе мер борьбы с непрекращающимся ростом безработицы как следствия экономического кризиса правительство начало осуществление программы под названием "план добровольного возвращения", ориентированной на граждан 20 стран, с которыми Испания подписала соглашения в области социальной защиты. Данная программа, утвержденная 19 сентября 2008 года, "поощряет" иммигрантов, проживающих в стране на законных основаниях, но не имеющих работы, возвращаться в страны своего происхождения. За это испанское правительство обязуется выплатить всю сумму причитающихся им пособий и компенсаций в два приема: 40 процентов – до выезда и 60 процентов – через месяц после их возвращения в свою страну. Указанные лица должны покинуть испанскую территорию в течение нескольких дней непосредственно после выплаты первой

внимания на наличие статуса просителя убежища. Нам сообщалось о ряде случаев, когда полицейские игнорировали документ, подтверждающий рассмотрение прошения о предоставлении убежища". Есть информация о том, что "люди подвергаются аресту, в то время как их документы на проживание еще действительны, а также о том, что такие документы уничтожаются или изымаются".

Источник: http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_identification=19973467.

¹⁶ См., в числе прочего, ежедневную газету *Mutations*, № 2508 от 13 октября 2009 года, стр. 5, в которой сообщается, что "разрешения на проживание, которые требуют от каждого иностранца, приобретаемые приблизительно за 600 тыс. франков КФА, были попросту изъяты силами правопорядка Экваториальной Гвинеи. В данном случае и по показаниям иностранцев, прибывших в город Дуалу, было установлено, что коррумпированные государственные служащие нередко уничтожают такие документы".

¹⁷ G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 218.

¹⁸ Ibid., p. 155

части пособий вместе со своими семьями, если таковые прибыли ранее на основании права на воссоединение семей, и должны обязаться не возвращаться в Испанию в течение трех лет с момента своего возвращения в страну происхождения¹⁹. Однако указанные лица, пребывающие на территории Испании на законных основаниях, имеют право легально находиться в этой стране, работать или получать пособия по безработице. Разумеется, правительство делает упор на "добровольный" характер решения о возвращении. Однако речь, явно, идет об умелом правовом оформлении мер, связанных с замаскированной высылкой. В самом деле, не является ли факт поощрения законопослушных мигрантов к возвращению в страну происхождения взамен на положенную им по закону компенсацию посягательством на право выбора местопроживания, гарантированное, заметим, выданным этим иностранцам видом на жительство? Может ли заинтересованное лицо в подобной ситуации пользоваться свободой выбора, оказавшись в тисках, с одной стороны, бремени безработицы, а с другой – перспективы получения компенсации (которую это лицо могло бы получать в виде пособия по безработице, оставаясь в Испании) в случае своего возвращения в страну происхождения?

36. Во Франции "содействие возвращению", некогда введенное в соответствии с Законом Столеру²⁰ (Stoleru, по имени инициировавшего принятие Закона министра внутренних дел), было отменено после прихода к власти в 1981 году социалистов, а позже вновь введено под названием "гуманитарное возвращение". В действительности, ввиду того что основной задачей миграционной политики стало "регулирование миграционных потоков", французское правительство разработало и внедрило метод "принудительного гуманитарного возвращения", в частности в свете "сложностей", возникших, по словам министра по вопросам миграции, в вопросе "высылки румын и болгар", чьи страны происхождения теперь стали членами Европейского союза (ЕС). Данные механизмы содействия "гуманитарному возвращению", введенные циркулярным письмом министра в декабре 2006 года, неоднократно использовались в качестве обоснования при проведении операций по высылке этих новых граждан Европы. Так, например, Ассоциация защиты прав трудящихся-мигрантов (GISTI) сообщала, что 26 сентября 2007 года в Бонди, 10 октября в Сен-Дени, 24 октября в Баньоле и других городах Франции полиция ранним утром блокировала места проживания цыган, граждан Болгарии и Румынии, грузила проживавших там лиц в специально для этого зафрахтованные автобусы и ставила перед выбором: оказаться в тюрьме или же немедленно направиться в страну происхождения, "пользуясь содействием возвращению". Никому не разрешили взять свои вещи "или предъявить документы, которые могли бы подтвердить выполнение лицом всех формальностей, дающих право на долговременное проживание во Франции. У тех же, кто имел при себе паспорта, документы были отобраны"²¹. Подобный случай поражает, в особенности тем, что

¹⁹ Источник: www.planderetornovoluntario.es. Для получения дополнительной информации см.: ежедневная испанская газета *El País*, Мадрид, от 19 сентября 2008 года; <http://www.elpais.com/articulo/espana/plan/retorno/voluntario/inmigrantes/entrara/vigor/novi/embre/caracter/permanente/elpepuesp/20080919elpepunac10/tes>.

²⁰ Обзор французского миграционного законодательства см. в: D. Lochak, "La politique de l'immigration au prise de la législation sur les étrangers" в: *Les lois de l'inhospitalité*, La Découverte, 1997, и "La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers (2)". Источник: <http://www.gisti.org/doc/presse/1997/lochak/po-2html>.

²¹ GISTI, "Les nouveaux retours humanitaires forcés: un nouveau concept! Un communiqué du GISTI", ноябрь 2007 года. Чек на сумму 153 евро на взрослого и 46 евро на ребенка по возвращении в свою страну.

жертвы принудительного возвращения являются европейскими гражданами, наделенными в связи с этим правом свободного передвижения и проживания в пределах Европейского союза.

37. В своем Втором докладе Специальный докладчик указывал на то, что высылка не обязательно предполагает принятие формальных мер, но может являться следствием соответствующего отношения государства, в результате которого проживание иностранца на его территории становится настолько затруднительным, что ему не остается иного выбора, кроме как покинуть страну²². В связи с этим можно вспомнить решение Ирано-американского трибунала по претензиям, рассматривавшего различные жалобы, связанные с подобной формой высылки, похожей на замаскированную; суд следующим образом сформулировал отличительные особенности "подразумеваемой высылки":

"Представляется, что подобные случаи по меньшей мере предполагают, что в стране пребывания созданы такие условия, при которых у иностранца просто нет какого-либо реального выбора, и что за событиями или действиями, ведущими к высылке, стоит намерение выдворить иностранца, более того, что данные действия, в соответствии с принципами ответственности государств, могут быть приписаны властям государства"²³.

38. В деле *Erythrée/Ethiopie* Комиссии по спорам тоже пришлось рассматривать вопрос о замаскированной высылке; факт, который тем не менее в данном деле не получил отражение в выводах. Эфиопия обвинила Эритрею в осуществлении "косвенной" или "подразумеваемой" высылки эфиопов в нарушение норм международного права. Комиссия отклонила данное обвинение на том основании, что упоминавшиеся эфиопы не были высланы непосредственно эритрейским правительством или в результате проводимой этим правительством политики, а покинули страну по причинам экономического характера или вследствие сложностей, связанных с войной, за которую Эритрея ответственности не несет. По мнению Комиссии, в 1999 и начале 2000 года имел место ряд добровольных выездов эфиопов из Эритреи. Действительно, имеющиеся свидетельства говорят о том, что возвращение в Эфиопию или другие страны могло проходить в достаточно жестких условиях, особенно для тех, кому предстояло пересекать пустыню. "Вместе с тем факты не подтверждают, что все это явилось результатом действий или бездействия эритрейских властей, за которые Эритрея должна нести ответственность. Таким образом, претензии Эфиопии по данному вопросу были отклонены"²⁴.

²² См. Второй доклад о высылке иностранцев, A/CN.4/573, 17 июля 2006 года.

²³ D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4th ed., London, Sweet and Maxwell, 1991, p. 502 (по поводу рассматриваемых Ирано-американским трибуналом по претензиям дел, касающихся конструктивной высылки"). См. также G. Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, pp. 283-314, spéc. pp. 289-290, где изложены следующие решения Трибунала: *Short v Iran case*, решение от 14 июля 1987 года. 16 *Iran-United States claims Tribunal Reports (1987-III)* 76, pp. 85-86; *International Technical Products Corporation v. Iran case*, Judgment of 19 August 1985. 9 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1985-II)* 10, p. 18; и *Rankin v. Iran case*, Judgment of 3 November 1987, 17 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-IV)* 135, pp. 147-148; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., London/New York, Routledge, 1997, p. 262; J.R. Crook, "Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience", *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, pp. 278-311, 308-309; и Ruth L., Cove, "State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals", *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, pp. 802-838.

²⁴ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians claims, Eritrea's claims*, 15, 16, 23 and 27, 32, The Hague December 17, 2004.

39. Основываясь на вышесказанном, можно методом рассуждения от противного сделать вывод о том, что Комиссия согласилась бы с тезисом о "косвенной" или "подразумеваемой" высылке в случае, если бы отъезд эфиопов из Эритреи в страну своего происхождения явился следствием действий или бездействия эритрейских властей. Подобное поведение, в котором усматривается замаскированная высылка, противоречило бы международному праву.

40. Точно так же определение термина высылка, содержащегося в Декларации о принципах международного права, касающихся массовой высылки (принята Ассоциацией международного права на 62-й Конференции в Сеуле), также охватывает случаи, когда обязательный или принудительный отъезд лиц достигается с помощью иных средств, чем официальное решение или приказ властей государства. Данное определение касается ситуаций, когда государство способствует совершению либо допускает совершение своими гражданами действий с целью спровоцировать отъезд лиц с территории этого государства²⁵:

«...В контексте настоящей Декларации "высылка" может быть определена как действие или бездействие государства с целью заставить лиц совершить отъезд с его территории против их воли по признаку расы, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений... "бездействие" может включать ситуации, в которых власти государства проявляют терпимость или даже оказывают помощь или содействие в отношении действий их граждан, призванных вызвать отъезд активных и деятельных групп или категорий лиц с территории данного государства, либо когда власти создают атмосферу страха, приводящую к паническому бегству, не обеспечивают защиту этих лиц или препятствуют их последующему возвращению...»²⁶.

41. Замаскированная высылка по своему характеру противоречит международному праву, с одной стороны, поскольку она нарушает права высылаемых таким способом лиц, а значит противоречит основным международным нормам в области высылки, предусматривающим одновременно как право государства на высылку, так и его обязанность по соблюдению прав высылаемого лица, а с другой стороны, в связи с тем, что подобная высылка нарушает соответствующие процессуальные нормы, дающие высылаемому лицу возможность отстаивать свои права.

42. Принимая во внимание вышеизложенные соображения, можно предложить следующий проект статьи:

Проект статьи А. Запрещение замаскированной высылки

1 Запрещается любая форма замаскированной высылки иностранца.

2 По смыслу настоящего проекта статьи под замаскированной высылкой понимается принудительный отъезд иностранца из государства в результате действий или бездействия данного государства или возникновения ситуаций, при которых это государство способствует либо проявляет терпимость по отношению к действиям, совершаемым его гражданами с целью спровоцировать выезд определенных лиц с его территории.

²⁵ См. *Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата*, A/CN.4/565, пункт 72.

²⁶ Ассоциация международного права, Декларация принципов международного права о массовой высылке, 62-я Конференция Ассоциаций международного права, Сеул, 24–30 августа 1986 года, *Conference Report 1986*, p. 13.

43. Можно сказать, что данный проект статьи представляет собой одновременно попытку кодификации соответствующей нормы и прогрессивное развитие международного права. В действительности, несмотря на то что положения данного проекта статьи не имеют формальной основы в виде существующих договоров или закреплённой нормы обычного международного права, они, с одной стороны, являются следствием того, что, как указывалось ранее, на практике замаскированная высылка нарушает обязательства по соблюдению общих гарантий, предоставляемых иностранцу, в частности иностранцу, находящемуся в принимающем государстве на законных основаниях, а также процессуальных норм, касающихся высылки такого иностранца; с другой стороны, эти положения вытекают из признания того, что подобная практика является предметом активной критики со стороны гражданского общества в упомянутых государствах.

C. Экстрадиция, замаскированная под высылку

44. Высылка иностранца может фактически являться открытой экстрадицией. Хотя эти процедуры аналогичны в том отношении, что обе ведут к принудительному выезду иностранца с территории государства, где он пребывает, они вместе с тем различаются как с точки зрения существа вопроса, так и по форме. Напомним, что экстрадиция представляет собой межгосударственную процедуру, состоящую для одного государства в том, чтобы передать другому государству, по просьбе последнего, лицо, находящееся на территории первого и "уголовно преследуемое либо осужденное вторым государством, требующим его выдачи для предания суду либо отбытия наказания"²⁷. Данная процедура может иметь серьезные последствия с точки зрения соблюдения прав человека и личных свобод рассматриваемого лица. Действительно, "общеправовые нормы, в том виде, в котором они закреплены в действующих соглашениях об экстрадиции, (...) рассматривают выдачу преступника иностранным судебным органам как серьезный акт, который в интересах защиты свободы личности и уважения государства обусловлен соблюдением четких гарантий как по существу, так и по форме"²⁸. По этой причине так называемая скрытая экстрадиция, как правило, осуждается в нормах международного права. Как писал об этом один автор, "скрытая экстрадиция является следствием очевидных и внешне правомерных договоренностей, которые тем не менее представляют собой процессуальное злоупотребление. Их настоящая и при этом скрываемая цель состоит в том, чтобы добиться экстрадиции, используя параллельную юридическую процедуру, которая обычно имеет другую цель, но которая позволяет в данном конкретном случае получить равноценный результат"²⁹.

45. Прежде всего необходимо внести терминологическую ясность по причине различия, которое проводят некоторые авторы между понятиями "скрытой экстрадиции" и "фактической экстрадиции"³⁰. Термин "скрытая экстрадиция" может иметь негативный оттенок, поскольку подразумевается скрытый мотив, который может служить признаком злоупотребления правом или недобросовестности. В противоположность этому термин "фактическая экстрадиция" может иметь

²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2008, Association Henri Capitant, 4^e éd., p. 395.

²⁸ A. Decocq, "La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition", *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 412; см. также D. Rouget, «Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées"», *RTDH*, 1999, n° 37, pp. 169-197.

²⁹ C. Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, 2^{ème} éd. 688 p., p. 563.

³⁰ См. *Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата*, пункты 432–433, стр. 247–248.

нейтральный смысл, поскольку указывает лишь на последствия высылки. По этому поводу один автор пишет:

«Без сомнения, если власти страны назначения намерены преследовать в судебном порядке или подвергнуть высылкаемое лицо наказанию за уголовное преступление, депортация может вылиться в фактическую экстрадицию. В связи с этим стало обычным квалифицировать подобную высылку как "скрытую экстрадицию", но, по-видимому, данный термин следует использовать с осторожностью. Подлинно "скрытая экстрадиция" – это та, при которой главным мотивом высылки является экстрадиция. Такая ситуация могла бы иметь место, скажем, когда бежавший от правосудия гражданин государства А въезжает на территорию государства В из государства С, но депортируется в государство D, где он разыскивается по уголовным обвинениям. Вместе с тем подобные столь очевидные случаи весьма редки. Когда депортация предписывается в государстве отправления или государстве гражданства этого лица, обозначение "скрытая экстрадиция" на самом деле является заключением, сделанным его авторами для внимания депортирующих властей. Хотя побуждение вернуть преступника в сферу компетентного правосудия может действительно быть доминирующим в намерениях депортирующего государства, во многих случаях может быть и чистым совпадением то, что депортация имеет этот результат. Поэтому предлагается использовать нейтральный термин "фактическая экстрадиция"»³¹.

46. Проведение различия между скрытой и фактической экстрадицией может быть полезным, однако на практике это принимается не всеми. Понятие "скрытая экстрадиция" было описано следующим образом:

«На практике обычная процедура, известная как "скрытая экстрадиция", состоит в отказе лицу во въезде по просьбе иностранного государства и в депортации этого лица в данное либо в другое государство, которое намерено преследовать это лицо в судебном порядке или подвергнуть его наказанию. Цель такой экстрадиции состоит в том, чтобы обойти положения национального законодательства, которые, как правило, позволяют оспорить законность процедуры экстрадиции и представить доказательства, что упомянутое лицо преследуется по политическим мотивам.

Издавна законность обращения к законам об иммиграции для достижения подобных целей оспаривалась, однако при этом можно утверждать, что такие законы помогали в международном контроле за преступниками, и поэтому фактическая экстрадиция вполне оправданна. Действительно, несколько стран требуют применение процедуры экстрадиции в государстве, которое уже приняло решение, руководствуясь собственным миграционным законодательством, отказать иностранцу в пребывании на своей территории. Как бы то ни было, главная цель высылки состоит в том, чтобы избавить государство от нежелательного иностранца, и эта цель достигается с его отъездом. Теоретически страна, в которую он направляется, не должна иметь существенного значения для высылающего государства, хотя в трудных случаях можно оспорить в суде обязанность другого государства принимать своего гражданина, которому некуда направиться. В отличие от экстрадиции, которая осуществляется на основе договора, высылка не дает каких-либо прав другому государству интересоваться местом назначения высылкаемого лица, и, опять же теоретически, такое государство не может осуществлять контроль за местом назначения иностранца.

[...]

Версия упрощенной процедуры экстрадиции будет и далее активно обсуждаться, в частности, между союзными или дружественными государствами. Задержки и расходы уменьшаются, а процедура высылки, в соответствии с положениями иммиграционных законов, позволяет избежать проблем, связанных с отсутствием правонарушения, вменяемого в вину на основании договора об экстрадиции, и даже с отсутствием самого договора. Вместе с тем представляется, что в современном законодательстве о высылке учтены требования, касающиеся законности и необходимости обеспечения права

³¹-I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971, p. 78.

обжалования. В такой степени эти законы отражают развитие принципов прав человека, и их можно воспринять в качестве некоего свидетельства отношения современного государства к правам личности"»³².

47. Вопрос о скрытой экстрадиции уже давно привлекает внимание судейского сообщества и правоведов. По словам Ивана Энтони Ширера, термин "скрытая экстрадиция" восходит к решению французского суда в середине XIX века: "Термин *extradition déguisée* (скрытая экстрадиция) использовался французским судом уже в 1860 году..."³³. В 1892 году Институт международного права заявил, что "отказ от экстрадиции не подразумевает отказа от права высылки" и что "высланное лицо, укрывающееся на территории с целью избежания уголовного преследования, не может быть выдано государству-истцу иначе, как при условии надлежащего выполнения требований, предусмотренных в области экстрадиции"³⁴. Гораздо позже, в 1983 году, Институт международного права напомнил, что "тот факт, что экстрадиция иностранца запрещена национальным законодательством, не может служить препятствием тому, чтобы этот иностранец был выслан из страны в соответствии с действующими процессуальными нормами"³⁵.

46. В договорном праве отсутствует четкая формулировка о незаконном характере экстрадиции, замаскированной под высылку, и в то время как национальная судебная практика, как будет отмечено далее, изобилует подобными примерами по данному вопросу, практика международного судопроизводства в данной сфере весьма небогата. Вместе с тем Европейский суд по правам человека вслед за французскими судебными инстанциями недвусмысленно объявил о незаконности подобной практики применительно к делу *Bozano c. France*³⁶, сославшись на пункт 1 статьи 5 Европейской конвенции о правах человека.

49. Вот факты данного дела. Г-н Бозано, гражданин Италии, был задержан итальянской полицией 9 мая 1971 года, 12 мая отпущен, а затем снова задержан 20 мая за изнасилование и убийство 6 мая 1971 года в Генуе швейцарской девочки Милены Зуттер, 13 лет. Он также был обвинен в попытке совершения развратных действий и применении насилия в отношении четырех женщин. 15 июня 1973 года после нескольких месяцев слушаний суд присяжных Генуи приговорил его к двум годам и пятнадцати дням тюремного заключения за совершение преступлений в отношении четырех женщин и вынес оправдательное решение в отношении других преступлений, включая преступление против Милены Зуттер, в связи с отсутствием доказательств. Обвинение обжаловало данное решение суда. Однако сразу после возобновления судебных слушаний обвиняемый подал ходатайство о переносе сроков процесса на основании медицинской справки о его госпитализации в связи с болезнью. Апелляционный суд присяжных Генуи счел, что обвиняемый сознательно отказывается предстать перед судом, и продолжил слушания. По завершении судебного процесса 22 мая 1975 года суд вынес решение приговорить г-на Бозано

³² Goodwin-Gill, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, Oxford University Press, U.K., 1977, 525 p., p. 55-156.

³³ I.A. Shearer, *op. cit.*, p. 78, note 2 (citant A. Decocq, "La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition", *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 411 à 424).

³⁴ 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*, tome XII, 1892-1894, p. 218 sqq.

³⁵ Institut de Droit international, Résolution du 1^{er} septembre 1983 sur les "Nouveaux problèmes en matière d'extradition", session de Cambridge, article VIII, par. 2.

³⁶ CEDH, *Bozano Case*, 18th December 1986, в: *International Law Reports*, vol. 86, pp. 322 et s.

заочно к пожизненному тюремному заключению за преступления, совершенные им в отношении Милены Зуттер, и к четырем годам заключения за другие преступления; суд не усмотрел каких-либо смягчающих обстоятельств в данном деле. 25 марта 1976 года итальянский кассационный суд отклонил апелляцию, поданную осужденным; председатель уголовного суда Генуи издал постановление об аресте, а 1 апреля 1976 года итальянская полиция выпустила международный ордер на арест.

50. В январе 1979 года французская жандармерия в ходе обычной проверки документов задержала г-на Бозано на территории французского департамента Крёз. В тот же день задержанный был помещен в тюрьму в Лиможе (департамент От-Вьен). 15 мая 1979 года обвинительная палата Апелляционного суда Лиможа, которой было передано данное дело, высказалась против экстрадиции Бозано в Италию, сославшись на противоречие процедуры вынесения заочного приговора судом присяжных Генуи французским публично-правовым нормам. В соответствии со статьей 17 французского Закона о выдаче иностранцев от 10 марта 1927 года постановление обвинительной палаты являлось окончательным.

51. Вечером 26 октября 1979 года, приблизительно в 20 час. 30 мин., трое полицейских в форме, по меньшей мере один из которых был вооружен, задержали г-на Бозано, когда он входил в свой дом, надели на него наручники и доставили в комиссариат полиции. Они предъявили задержанному нижеприведенное предписание, адресованное уже более месяца назад префекту департамента От-Вьен и подписанное министром внутренних дел:

"Министр внутренних дел,

Принимая во внимание положения статьи 23 Закона об иностранцах (Условия въезда и пребывания) от 2 ноября 1945 года,

Принимая во внимание Декрет от 18 марта 1946 года,

Принимая во внимание информацию относительно г-на Лоренцо Бозано, родившегося 3 октября 1945 года в Генуе (Италия);

Полагая, что пребывание вышеупомянутого иностранного гражданина на территории Франции может представлять угрозу общественному порядку (*ordre public*),

Настоящим предписывает:

Вышеназванному лицу покинуть территорию Франции;

Префектам обеспечить выполнение настоящего предписания"³⁷.

52. Несмотря на то что г-н Бозано протестовал против "депортации" и настаивал на рассмотрении вопроса в апелляционной инстанции в соответствии со статьей 25 Ордонанса от 2 ноября 1945 года, ему было заявлено, что об этом не может быть и речи и что он "будет незамедлительно препровожден до швейцарской границы (однако не до ближайшей испанской)"³⁸. Таким образом, не получив возможность, выезжая из Франции, выбрать страну назначения и информировать о случившемся свою жену и адвоката, задержанный был в наручниках доставлен на автомашине к швейцарской границе в районе города Анмас, где был передан представителям полиции этой страны.

53. Напомним, что в 1976 году Италия, которую со Швейцарией связывает Европейская конвенция о выдаче от 13 декабря 1957 года, обратилась к Швейцарии с просьбой об экстрадиции г-на Бозано. Высланный Францией в Швейцарию

³⁷ См. *ibid.*, par. 24.

³⁸ *Ibid.*, par. 25.

Л. Бозано был 18 июня 1980 года выдан властям Италии, после того как Федеральный суд Швейцарии отклонил его апелляцию от 13 июня.

54. При этом с декабря 1979 года адвокат г-на Бозано добивался в судебных органах Франции возможности его возвращения во Францию. 14 января 1980 года председатель уголовного суда вынес следующее мотивированное решение:

"Ряд событий, имевших место с момента задержания Бозано и до момента его передачи швейцарской полиции, свидетельствует о наличии явных и серьезных нарушений как с точки зрения французского публичного порядка (*ordre public*), так и с точки зрения предписаний, принятых на основании статьи 48 Римского договора. Кроме того, странно, что именно швейцарская граница была выбрана в качестве места депортации, хотя ближайшей к Лиможу является граница с Испанией. И наконец, следует отметить, что судам не была предоставлена возможность установить обстоятельства, касающиеся возможных нарушений при выдаче предписания о депортации в отношении рассматриваемого лица, поскольку сразу же после предъявления ему предписания Бозано, несмотря на его протесты, был передан швейцарской полиции. Таким образом, орган исполнительной власти привел в исполнение принятое им же решение.

Создается впечатление, что данная операция состояла не в том, чтобы просто выслать лицо в соответствии с предписанием о депортации, а в заранее спланированной передаче этого лица швейцарской полиции..."³⁹.

55. В своем постановлении от 18 декабря 1986 года Европейский суд по правам человека подтвердил данный вывод, в частности квалификацию случая как "скрытой экстрадиции", следующим образом:

«Рассмотрев обстоятельства дела в целом и принимая во внимание объем материалов, указывающих в том же направлении, суд соответственно делает вывод о том, что лишение заявителя свободы в ночь с 26 на 27 октября 1975 года не являлось ни "законным" по смыслу статьи 5 1) f), ни согласующимся с "правом на безопасность личности". Лишение г-на Бозано свободы подобным способом вместо "задержания", как необходимого в обычной ситуации "действия.., предпринятого с целью последующей депортации", фактически явилось замаскированной формой экстрадиции, призванной обойти вынесенное обвинительной палатой Апелляционного суда Лиможа 15 мая 1979 года постановление об отказе в экстрадиции. Выводы председателя Парижского уголовного суда (суда большой инстанции), пусть даже прозвучавшие в числе прочих, а также Лиможского административного суда, даже при том что этому суду предстояло всего лишь установить законность предписания от 17 сентября 1979 года, имеют, по мнению Европейского суда по правам человека, крайне важное значение, поскольку являются свидетельством бдительности, проявленной французскими судебными органами.

Таким образом, имело место нарушение статьи 5 1) Конвенции»⁴⁰.

56. Юридическая наука разделяет данную точку зрения. Автор одного из комментариев к статье 5 Европейской конвенции о правах человека, анализируя судебную практику ЕСПЧ в 1986 году, указывает, что в пункте 1 статьи 5 Конвенции содержится двойное требование: с одной стороны, соблюдения национального права, инкорпорированного в Конвенцию в рамках выражения "в порядке, установленном законом", а с другой – соответствия целям данной статьи, состоящим в том, чтобы "защитить человека от произвола", как было указано судом в деле *Бозано* (пункт 54). В данном деле произвол заключался в условиях исполнения предписания о высылке: рассматриваемое лицо не знало о принятом за месяц до этого решении, исполнение которого происходило с применением силы непосредственно в момент уведомления; рассматриваемое лицо не имело

³⁹ Ibid., par. 31.

⁴⁰ Ibid., par. 60.

возможности выбрать принимающую страну⁴¹ и не было препровождено к ближайшей границе; и, наконец, рассматриваемое лицо было передано властям Швейцарии, связанной с Италией Конвенцией о выдаче и информированной через Интерпол о неизбежности высылки, а также являющейся государством гражданства жертвы, за убийство которой г-н Бозано был осужден в Италии. Автор делает следующий вывод: "Такая оперативная форма сотрудничества полиции является неправомерной по смыслу статьи 5 и несовместимой с правом на личную безопасность; вмененное в вину Франции лишение рассматриваемого лица свободы вытекает из ее исключительного права на высылку и является нечем иным, как незаконным лишением свободы с целью скрытой экстрадиции (постановление по делу *Bozano*, пункты 55–60)"⁴². Другой автор просто констатирует, что первое осуждение Франции Европейским судом по правам человека имело место в связи с постановлением по делу *Bozano*, принятым «в контексте особого судебного дела, если говорить о "скрытой экстрадиции" в Италию, где Бозано был заочно приговорен к пожизненному заключению за совершение тяжкого преступления»⁴³.

57. Вопрос о скрытой экстрадиции вновь был поднят в деле *Öcalan c. Turquie*⁴⁴. В свете постановления, вынесенного Европейским судом по правам человека по данному делу, касающиеся дела факты можно резюмировать следующим образом. Абдулла Очалан – турецкий курд. До своего ареста возглавлял Курдскую рабочую партию (КРП). 9 октября 1998 года Очалан был выслан из Сирии, где проживал в течение многих лет. По прибытии его в тот же день в Грецию ему было предложено местными властями в течение двух часов покинуть греческую территорию, а на просьбу предоставить политическое убежище последовал отказ. 10 октября 1998 года Очалан прибыл в Москву на самолете, зафрахтованном греческими спецслужбами. Государственная дума согласилась удовлетворить его просьбу о предоставлении статуса политического беженца, однако премьер-министр России так и не привел в исполнение данное решение. 12 ноября 1998 года Очалан прилетел в Рим и подал заявление с просьбой о предоставлении политического убежища. Сначала итальянские власти поместили заявителя под стражу, затем перевели под домашний арест. Отказываясь выдать Очалана Турции, местные административные органы тем не менее отклонили его просьбу о предоставлении политического убежища. В связи с оказывавшимся на него по этому поводу давлением Очалану пришлось покинуть Италию. Проведя один или два дня в России, он снова отправился в Грецию примерно 1 февраля 1999 года. На следующий день, 2 февраля 1999 года, Очалан был вывезен в Кению, принят в аэропорту Найроби сотрудниками греческого посольства и размещен в резиденции посла. На имя греческого посла в Найроби им было подано заявление с просьбой о предоставлении политического

⁴¹ Как указывал Шарль Руссо в связи с делом *Klaus Barbie* (в рамках данного дела Франция попросила о выдаче ей лица, обвинявшегося в совершении преступлений против человечности, однако Верховный суд Боливии отказал в этом, сославшись на отсутствие межгосударственного соглашения о выдаче, после чего Боливия осуществила высылку обвиняемого во Францию): "Смысл высылки состоит в том, чтобы предоставить высылкаемому лицу возможность выехать в страну, которую он выберет, а не передавать его представителям иностранного государства с целью последующего его ареста и доставки на территорию этого государства" (Ш. Руссо сделал эту запись под постановлением палаты по уголовным делам французского Кассационного суда от 6 октября 1983 года), *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 510).

⁴² См. V. Coussirat-Coustere, "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986", *Annuaire français de droit international* (AFDI), XXXIII, 1987, p. 245.

⁴³ E. Decaux, "Le droit international malgré tout..." *Accueillir*, n° 252, décembre 2009, p. 54.

⁴⁴ ЕСПЧ, Заявление в суд № 37 46221/99, Постановление от 12 мая 2005 года.

убежища в Греции. Реакции на данное заявление не последовало. 15 февраля 1999 года министр иностранных дел Кении заявил, что г-н Очалан прибыл на кенийскую территорию на борту самолета, приземлившегося в Найроби, и, будучи в сопровождении сотрудников греческого посольства, не предоставил информацию о себе и не прошел паспортный контроль. В последний день пребывания заявителя в Найроби посол Греции, по завершении встречи с кенийским министром иностранных дел, объявил Очалану, что тот может свободно выехать в любую страну и что Нидерланды подтвердили свою готовность принять его. 15 февраля в посольство Греции прибыли представители кенийских спецслужб, чтобы препроводить г-на Очалана в аэропорт. Поскольку посол Греции высказал пожелание лично сопроводить заявителя до аэропорта, этот вопрос был обсужден им (послом) с кенийцами. В итоге г-н Очалан сел в машину, за рулем которой находился агент кенийских спецслужб. По дороге эта автомашина отделилась от основной колонны и через проезд, предназначенный для служб безопасности, въехала на территорию аэропорта Найроби и остановилась у трапа самолета, в котором г-на Очалана уже ждали сотрудники турецких спецслужб. Примерно в 20 час., по прибытии на борт самолета, он был задержан⁴⁵.

58. В отношении Абдуллы Очалана турецкими судебными органами было выдано семь постановлений об аресте, а Интерпол издал в отношении него розыскное извещение "красный формуляр". Во всех этих документах в вину г-ну Очалану вменялось создание вооруженных формирований с целью нарушения территориальной целостности турецкого государства и организация терактов, приведших к гибели людей⁴⁶.

59. В ходе судебного следствия заявитель ссылаясь на то, что никакой процедуры экстрадиции в отношении него в Кении начато не было и что власти этой страны сняли с себя ответственность за его передачу Турции. Банальный сговор между неуполномоченными кенийскими чиновниками и правительством Турции не мог рассматриваться как межгосударственное сотрудничество. По мнению заявителя, его арест явился результатом операции, спланированной Турцией, Италией, Грецией и другими государствами. Ссылаясь на дело *Bozano c. France* (Постановление суда от 18 декабря 1986 года) (série A n° 111, p. 23, par. 54), г-н Очалан сделал упор на необходимость защиты свободы и безопасности личности перед лицом произвола властей. Он подчеркнул, что в данном деле "его принудительная высылка, по сути, является скрытой экстрадицией, которая лишает его каких-либо процессуальных или материальных гарантий"⁴⁷. В связи с этим он напомнил, что требование соблюдения законности по смыслу пункта 1 статьи 5 относится как к международному, так и к национальному праву. По мнению заявителя, ссылки на решение Комиссии по делу *Sanchez Ramirez c. France* (n° 28780/95, решение Комиссии от 24 июня 1996 года, DR 86-A, p. 155) в его деле неуместны. В отличие от Франции и Судана, сотрудничавших с упомянутому делу, в его случае кенийские власти не взаимодействовали с властями Турции. В вышеупомянутом деле Комиссия сочла, что заявитель однозначно являлся террористом. Крайняя "болезненность" вопроса, поднятого в рамках данного дела, несомненно, повлияла на решение суда, принимая во внимание то, насколько большой угрозой стал терроризм. Однако г-н Очалан и его Курдская рабочая партия заявляли, что использовали силовые методы для того, чтобы добиться права курдского населения на самоопределение. Ссылаясь на

⁴⁵ Ibid., pars. 14, 15, 16 et 17.

⁴⁶ Ibid., par. 18.

⁴⁷ Ibid., par. 77.

прецеденты, имевшие место в турецких судах⁴⁸, заявитель утверждает, что его арест был произведен в условиях, противоречивших как кенийскому законодательству, так и нормам международного права, что данный арест может быть квалифицирован как похищение и что его содержание под стражей и судебный процесс над ним, в основе которых лежит незаконный арест, следует рассматривать как неправомочные.

60. Суд принял не версию заявителя, а версию турецкого правительства, в соответствии с которой "заявитель был задержан властями Кении и передан турецким властям в рамках сотрудничества между этими двумя государствами". С точки зрения турецкого правительства, "речь не идет о скрытой экстрадиции: Турция приняла предложение органов власти Кении передать им заявителя, который к тому же находился в последней стране нелегально"⁴⁹. Следуя этой аргументации, Суд заявляет:

"Конвенция не препятствует сотрудничеству между государствами-членами в рамках соглашений об экстрадиции или в области высылки, направленных на привлечение к судебной ответственности скрывающихся от правосудия преступников, если только это сотрудничество не ущемляет какое-либо частное право, признанное Конвенцией (там же, стр. 24–25, пункт 169). Что касается отношений в области экстрадиции между государством-участником и государством, не являющимся участником Конвенции, то нормы, установленные соглашением об экстрадиции или, в случае отсутствия такого соглашения, сотрудничество между рассматриваемыми государствами также фигурируют среди существенных элементов в деле установления законности ареста, которая впоследствии была поставлена под сомнение. Выдача беглеца, протекающая из сотрудничества между государствами, как таковая, не является посягательством на законность ареста, а следовательно не представляет проблемы с точки зрения статьи 5 (*Freda c. Italie*, n° 8916/80, решение Комиссии от 7 октября 1980 года, DR 21 p. 250, *Altmann (Barbie) c. France*, № 10689/83, решение Комиссии от 4 июля 1984 года, DR 37, p. 225 и *Reinette c. France*, n° 14009/88, решение Комиссии от 2 октября 1989 года, DR 63, p. 189)"⁵⁰.

Далее суд добавляет:

"(...). Даже нетипичная экстрадиция, при условии, что она является результатом сотрудничества между рассматриваемыми государствами и что законным основанием выдачи ордера на арест является постановление о приводе, вынесенное властями государства гражданства заинтересованного лица, не может, как таковая, противоречить Конвенции (*Sánchez Ramirez*, вышеупомянутое решение)"⁵¹.

61. Таким образом, Европейский суд по правам человека считает, что сама по себе скрытая экстрадиция не противоречит европейскому своду законов, если является результатом сотрудничества между вовлеченными государствами и если передача основана на постановлении о приводе, выданном властями страны гражданства соответствующего лица⁵². Несмотря на такую позицию Суда, факты, по-видимому,

⁴⁸ См., например, *Décision de la Chambre des Lords dans l'affaire R. v. Horseferry Road Magistrates' Court*, ex parte *Bennet Appeal Cases* 1994, vol. 1, p. 42; решение Апелляционного суда Новой Зеландии в деле *Reg. v. Harlley*, *New Zealand Law Reports* 1978, vol. 2, p. 199; решение Апелляционного суда Соединенных Штатов (второй цикл, 1974 год) в деле *United States v. Toscanino*, *Federal Reporter (Second Series)*, vol. 555, pp. 267-268; решение от 28 мая 2001 года Конституционного суда Южной Африки *Mohamed and Dalvie v. President of the Republic of South Africa and Others*, *South African Law Reports 2001*, vol. 3, p. 893 (CC).

⁴⁹ См. сноску 44.

⁵⁰ *Ibid.*, pars. 86, 87.

⁵¹ *Ibid.*, par. 89.

⁵² См. также : Европейская комиссия по правам человека, решение от 4 июля 1984 года, *Klaus*

свидетельствуют в пользу его позиции в деле *Bozano*. Весьма вероятно, что, если бы обстоятельства дела не указывали на террористическую деятельность, для Суда не представляло бы никакой трудности подтвердить судебный прецедент по *Bozano*.

62. Американская практика, судя по всему, скорее склонна придерживаться этого мнения, подтвержденного в деле *Öcalan*, нежели того, которое утверждается в постановлении суда по *Bozano*. Так, в конце 2001 года Соединенные Штаты настойчиво добивались сотрудничества с Европейским союзом в рамках иммиграционной политики и борьбы с терроризмом, в частности обратились с просьбой рассмотреть возможность введения "альтернатив экстрадиции, таких как высылка или выдворение, в случаях когда закон это позволяет и когда это более эффективно"⁵³.

63. Суды ряда государств были вынуждены рассматривать вопрос о том, являлась ли высылка действительно скрытой экстрадицией⁵⁴. В некоторых случаях, для того чтобы принять решение, эти суды изучали цель высылки и намерение государств⁵⁵.

Altmann (Barbie) c. France, req. n° 10689/83, D. R. 37, p. 225; Европейская комиссия по правам человека, решение от 24 июня 1996 года, Illich Ramirez Sánchez c. France, req. n° 28780/95, D. R. 155; Европейская комиссия по правам человека, Постановление от 12 марта 2003 года, Öcalan c. Turquie, par. 91, подтвержденное Европейской комиссией по правам человека, Постановлении от 12 мая 2005 года, Öcalan c. Turquie, par. 89.

⁵³ Текст письма президента Соединенных Штатов Америки Джорджа Буша с предложением о сотрудничестве с Европейским союзом, 16 октября 2001 года, www.statewatch.org: "Explore alternatives to extradition including expulsion and deportation, where legally available and more efficient". Полный текст письма ср., например: www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm. Этот источник цитирует V. Champeil-Desplat, "Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative", семинар, организованный в Нантерре Центром европейских юридических сравнительных исследований и Центром исследования и изучения основных прав, *Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001: approche comparée France, Europe, États-Unis*, 20 мая 2003 года, опубликованы в *Gazette du Palais* 19–21 октября 2003 года, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 12-19, p. 16.

⁵⁴ См., например, *Barton v. Commonwealth of Australia*, Высокий суд, 20 мая 1974 года, *International Law Reports*, vol. 55, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 11 à 37; *Lülf c. État néerlandais*, Апелляционный суд Гааги, 17 июня 1976 года, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 424 à 426; *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, Высокий суд Англии (Отделение Суда), 25 июня 1981 года, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 336 à 345; *R. v. Guildford Magistrates' Court*, ex parte *Healy*, Высокий суд Англии (Отделение Суда), 8 октября 1982 года, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht (dir. publ.) et C. J. Greenwood, p. 345 à 350; *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Зимбабве – Родезия, Высокий суд, Генеральное отделение, 21 ноября 1979 года, *International Law Reports*, vol. 88, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood et A.G. Oppenheimer (dir. publ.), p. 246 à 259; affaire de l'arrêté d'interdiction de séjour (2), op. cit., p. 433 à 436; *Hans Muller of Numberg v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, 1955, op. cit., p. 497; *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., p. 469. Анализируя оспариваемые решения о высылках и их последствиях, суды обращали особое внимание на форму, существо дела и цель спорных процедур. Примеры упомянутых национальных судов взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 438–442.

⁵⁵ "Не было вопроса скрытой экстрадиции, поскольку не было доказательства, что [рассматриваемое] государство оказало влияние на решение Западной Германии отозвать свой запрос об экстрадиции, и это государство резонно сочло себя обязанным передать этого западного немца западногерманской пограничной полиции, поскольку только Западная Германия была обязана его принять, и у этого государства были основания полагать, что ни одна другая страна не примет его без действительных проездных документов". *Lülf c. État*

64. В деле, переданном в Конституционный суд Южной Африки, истцы оспаривали законность передачи г-на Мохамеда Соединенным Штатам, ссылаясь на то, что такая депортация представляет собой скрытую экстрадицию. Приговор суда основывался на иных соображениях, а именно, что факт выдачи г-на Мохамеда Соединенным Штатам, где он был приговорен к смертной казни, противоречила Конституции Южной Африки. Между тем заслуживают внимания его выводы касательно различия между депортацией и экстрадицией:

«Депортация и экстрадиция имеют различные цели. Цель депортации – удаление из государства иностранца, не имеющего разрешения находиться на его территории. Экстрадиция – это передача одним государством другому государству человека, осужденного за совершения преступления или обвиняемого там в совершении преступления, с тем чтобы дать возможность принимающему государству поступить с таким лицом в соответствии с собственным законом. Тем не менее цели могут совпасть, когда нелегальный иностранец "депортируется" в другую страну, которая намерена предать его суду за совершение уголовного преступления, преследование которого подпадает под юрисдикцию ее судов.

Обычно депортация является односторонним действием, тогда как экстрадиция основана на консенсусе. В конкретных случаях процедуры существенным образом различаются, в частности если оспаривается законность высылки. При обстоятельствах

néerlandais, op. cit., p. 426. "Поэтому, если в данном деле намерением министра внутренних дел была выдача заявителя как беглого преступника Соединенным Штатам Америки, поскольку они требовали его выдачи, то это было бы противоправно. И наоборот, если намерением министра внутренних дел была высылка правонарушителя в страну происхождения, поскольку он посчитал, что пребывание заявителя в Великобритании было нежелательным, тогда действия министра правомерны. Суды могут расследовать, было ли намерение, которым руководствовался министр внутренних дел, правомерным или противоправным". *Reg v. Governor of Brixton Prison, ex parte Soblen*, op. cit., p. 280. "Нет никаких оснований предполагать, что полиция предпринимала попытки убедить власти Соединенных Штатов депортировать этого заявителя, с тем чтобы получить возможность арестовать его в этой стране и таким образом обойти положения договора об экстрадиции между двумя странами". *R. v. Guildford Magistrates' Court, ex parte Healy*, op. cit., p. 348; "Фактически вопрос ставится следующим образом: было ли право задержать заявителя осуществлено с целью высылки нежелательного иностранца – лица, пребывание которого не способствует общественному благу? Или такое право было использовано для скрытой цели передачи Великобритании в интересах правосудия вообще лица, обвиняемого в нарушении законов этой страны?" *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, op. cit., p. 251; "Аналогичным образом, высылка не может быть предписана с целью обойти запрет на экстрадицию. Тем не менее такая высылка не считается недопустимой, только там, где стало очевидным, что власти намерены уклониться от исполнения ограничительных постановлений об экстрадиции". Дело о постановлении о высылке (2), op. cit., p. 435; см. также *Lopez de la Calle Gauna*, Conseil d'État, France, 10 avril 2002 (допускается высылка в государство гражданства, даже если уголовные обвинения находятся там в процессе рассмотрения до тех пор, пока не была представлена проба об экстрадиции). И наоборот, "Тот факт, что была выдвинута просьба [об экстрадиции], никак не ограничивает свободу действий правительства при выборе менее громоздкой процедуры [высылки], предусмотренной Законом об иностранцах, однако при условии, что соответствующее лицо покинет Индию свободным человеком". *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., p. 500; "Если бы заявитель за пределами нашей территории не был оставлен на свободе, а был бы выдан Италии [где, возможно, подвергнулся бы преследованию за свою политическую деятельность], тогда действительно была бы осуществлена подлинная экстрадиция, о которой правительство Италии не просило и которую правительство Бразилии не санкционировало". *In re Esposito*, Федеральный Верховный суд Бразилии, 25 июля 1932 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, E. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 138, p. 333.

данного дела, впрочем, эти различия не имеют к нему отношения. Процедура препровождения Мохамеда в Соединенные Штаты Америки была противозаконной независимо от того, характеризуется ли она как депортация или как экстрадиция. Более того, лежащая на правительстве Южной Африки обязанность получить заверения, что смертная казнь не будет назначена лицу, которое оно велит препроводить из Южной Африки в другую страну, не сможет зависеть от того, совершается ли передача путем экстрадиции или депортации. Эта обязанность зависит от фактов конкретного дела и положений Конституции, а не от положений законодательства, уполномочивающего правительство на те или иные действия, или от договора об экстрадиции, в соответствии с которым осуществляется "депортация" или "экстрадиция"⁵⁶.

65. В одном из предшествующих дел Верховный суд Индии признал принцип свободы выбора государства назначения при определении процедуры принуждения иностранца к выезду с его территории:

"Закон об иностранцах предоставляет Индии полномочия по высылке иностранцев. Он наделяет центральное правительство абсолютной и неограниченной свободой действий и, в отсутствие конституционных норм, ограничивающих эту свободу, неограниченным правом на осуществление высылки [...] Закон об иностранцах не регламентируется положениями Закона об экстрадиции. Эти два закона различны и независимы друг от друга. Даже если просьба об экстрадиции обоснована, правительство не обязано ее удовлетворять... Если оно решит ее отклонить, то, следовательно, лицо, в отношении которого она была высказана, не может настаивать на ее удовлетворении... Оно не обладает таким правом, и тот факт, что имела место просьба об экстрадиции, не ограничивает дискреционных полномочий правительства при выборе менее сложной процедуры, предусмотренной Законом об иностранцах, однако при условии, что соответствующее лицо покинет Индию свободным человеком. Ситуация развивалась бы иначе, если бы у правительства не оставалось выбора, но в данном случае его нельзя обвинить в недобросовестности, поскольку оно воспользовалось правом, предоставленным ему законом. И ряд доводов о недобросовестности правительства не имеет под собой никаких оснований"⁵⁷.

66. В деле *Barton v. Commonwealth of Australia* Верховный суд Австралии, на чье рассмотрение было передано дело об экстрадиции австралийского гражданина, с просьбой в отношении которого правительство Австралии обратилось к Бразилии, отметил, что правительство Австралии обратилось по дипломатическим каналам со следующей просьбой:

"Ввиду отсутствия Договора об экстрадиции между Бразилией и Австралией посольство имеет честь обратиться с просьбой о применении меры по задержанию на основании статьи 114 Декрета-закона 66.689 от 11 июня 1970 года. Несмотря на то, что в австралийском праве не существует подобного закона, Закон о миграции предусматривает процедуры депортации, которые, с согласия министров, могли бы быть применены в случае, если лицо, скрывающееся от правосудия, запрашивается Бразилией у Австралии"⁵⁸.

67. Признавая правомерность просьбы об экстрадиции, суд вынес решение, что выдвинутое на основе взаимности требование об экстрадиции в отсутствие Договора об экстрадиции между странами не может быть удовлетворено путем ссылки на положения Закона о депортации: эти две процедуры различны. Председатель Суда судья Барвик подчеркнул следующее:

⁵⁶ *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., p. 486 et 487, par. 41 et 42.

⁵⁷ *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., p. 498 à 500.

⁵⁸ *Barton v. Commonwealth of Australia*, op. cit., p. 12.

"В отличие от принятия мер по экстрадиции как средства выдачи большинство стран пользуется правом высылать лиц, чье продолжающееся присутствие в стране считается нежелательным. Там, где право высылки зависит от законов, как это обычно имеет место в странах общего права, существуют ограничения на его осуществление, часто затрагивающие и ограничивающие цель, которая может побудить к высылке. Иногда могут возникать вопросы о том, допустима ли фактическая цель высылки и не идет ли в действительности речь о незаконной экстрадиции или, как некоторые ее называют, "замаскированной экстрадиции" (см. О'Хиггинс в: 27 Mod LR 521). Очевидно, что полномочия на высылку, проистекающие, например, из законов о миграции или иммиграции, не эквивалентны полномочиям на осуществление экстрадиции. Как с международной, так и национальной точки зрения практика использования в качестве такой замены права на высылку неудовлетворительна. Кроме того, исполнительная власть, связанная законом относительно случаев и причин высылки, не может, действуя правомерно, согласиться использовать эти полномочия в качестве общего эквивалента права совершать экстрадицию, однако в отдельном случае в силу обстоятельств, связанных именно с этим случаем, высылка может служить в качестве экстрадиции. Имеются бесспорные возражения против применения высылки или законов об иммиграции для замены экстрадиции: см. Shearer, *Extradition in International Law*, p. 19 et 87 à 90; см. также О'Хиггинс, *Disguised Extradition*, 27 Mod LR, p. 521 à; *Hackworth's Digest of International Law*, vol. 4, p. 30.

[...]

Следовательно, там, где право выдавать правонарушителя не существует отдельно от закона, как в случае с Австралией, запрашивающая сторона не может обоснованно предлагать действовать на взаимной основе в отношении лиц или правонарушений, не подпадающих под действие соответствующего законодательства, или в своих отношениях с государством, к которому это законодательство не применяется. Страна не может взять на себя обязательство использовать свое право на высылку, как и право на экстрадицию, чтобы удовлетворить потребность во взаимности. По причинам, кратко мной изложенным, ограниченная цель, для которой может быть надлежащим образом использовано право на высылку, делает его совершенно недостаточным для того, чтобы подтвердить заверение о возможности экстрадиции любого лица, скрывающегося от правосудия, на основании соответствующей просьбы. В случае Австралии Закон об иммиграции 1958–1966 годов не мог служить эквивалентом права на экстрадицию, как и существование этого закона не могло гарантировать заверения об установлении режима взаимности в процессе экстрадиции. Между тем самому запрашиваемому государству решать, удовлетворено оно или нет заверением о взаимности"⁵⁹.

68. Вопрос о последствиях скрытой экстрадиции был поднят в деле *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*⁶⁰, когда Высокий суд Англии рассматривал, может ли он приступить к рассмотрению дела иностранца, который был выслан из Зимбабве в целях осуществления скрытой экстрадиции. Суд заявил следующее:

"Какова бы ни была причина пребывания заявителя в аэропорту Гатвик, было ли его прибытие туда обеспечено мошенническими или незаконными средствами, он оказался там. Он подлежал аресту полицией этой страны. Следовательно, сам факт, что его

⁵⁹ Ibid., p. 14 à 16. "Однако в данных обстоятельствах высылка может быть противозаконна согласно национальному праву. В этом случае, как отметил Федеральный суд Австралии в деле *Schlieske v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, "провести различие [...] между депортацией в целях осуществления экстрадиции ("скрытая экстрадиция") и депортацией в целях осуществления контроля за иммиграцией, которая отражается на фактической экстрадиции", может быть "сложно для практического применения" GAJA, op. cit., p. 299 (цитируется судебное решение от 8 марта 1988 года, *Australian Law Reports*, vol. 84, p. 725).

⁶⁰ *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*, op. cit., p. 343. Вынося свое решение, Суд в значительной степени опирался на решение о высылке, вынесенное Высоким судом Родезии в деле *Mackeson*, op. cit., p. 246–259.

прибытие, возможно, было осуществлено незаконно, никаким образом не исключает юрисдикцию Суда"⁶¹.

69. Тем не менее Суд воспользовался своим дискреционным правом не осуществлять юрисдикции в данном деле как средством защиты по праву справедливости⁶².

70. Как бы то ни было, практика скрытой экстрадиции в форме высылки противоречит позитивному международному праву. Действительно, ее можно рассматривать как противоречащую, в частности, пункту 1 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, предусматривающего, что: "Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом". Также в статье 13 разрешается высылка иностранца, законно находящегося на территории какого-либо из участвующих в Пакте государств, только "во исполнение решения, вынесенного в соответствии с законом (...)".

71. С точки зрения судебной практики постановление Европейского суда по правам человека по делу *Bozano* может быть основано на решении Комитета Организации Объединенных Наций по правам человека по делу *Garcia c. Equateur*⁶³, даже несмотря на то что скрытая экстрадиция не являлась непосредственным основанием для вынесения этого решения. В данном деле рассматривалась проблема высылки колумбийского гражданина из Эквадора в Соединенные Штаты Америки, где он преследовался за торговлю наркотиками. Было установлено, что американское правительство не применило договор об экстрадиции, заключенный между двумя заинтересованными странами, потому что сомневалось в том, что судебные органы Эквадора разрешат экстрадицию заявителя. Заявитель не имел возможности проконсультироваться с адвокатом, а также не смог потребовать рассмотрения эквадорским судьей вопроса о правомерности своей высылки. После того как власти высылающего государства признали процедуру высылки неправомерной, Комитет объявил, что имело место нарушение статей 9 и 13 Пакта 1966 года⁶⁴.

72. Удалось выявить несколько решений, вынесенных по этому вопросу судебными инстанциями универсального характера. Тем не менее, благодаря ясности и значимости основания, на которое ссылались национальные суды, а затем и Европейский суд по правам человека, осудивший практику замаскированной под видом высылки экстрадиции, а также поддержке данной позиции судебных практиков со стороны представителей юридической науки, дело *Bozano* становится показателем тенденции. Поэтому, вместо того чтобы говорить о кодификации обычной правовой нормы, касающейся запрещения практики высылки в целях экстрадиции, можно было бы закрепить это правило в рамках прогрессивного развития международного права.

⁶¹ *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, op. cit., p. 343.

⁶² Ibid., p. 336 à 345.

⁶³ Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций, заключения от 5 ноября 1991 года, *Edgar A. Cañón Garcia c. Equateur*, communication n° 319/1988 du 4 juillet 1988, CCPR/C/43/D/319/1988, 12 novembre 1991. Affaire citée par D. Rouget, op. cit., p. 181.

⁶⁴ A.-L. Ducroquetz, "L'expulsion des étrangers en droit international et européen", thèse, Université de Lille 2, 2007, p. 414.

Проект статьи 8. Запрещение экстрадиции, замаскированной под высылку
Без ущерба для обычной процедуры экстрадиции иностранец не должен подвергаться высылке без своего согласия ни в государство, направившее просьбу о его экстрадиции, ни в государство, имеющее особый интерес в удовлетворении подобной просьбы.

D. Основания для высылки

73. Несмотря на то что, как принято считать, условия допуска иностранцев на территорию государства относятся к вопросам его суверенитета и, следовательно, находясь в его исключительной компетенции, государство не может по собственному усмотрению лишить их права на пребывание. "Решение о высылке может быть принято только при наличии достаточных оснований, веских причин, исходя из общественного интереса и потребностей, ввиду которых высылка становится необходимой"⁶⁵. К этому сводится сущность теоретических трудов по вопросам высылки иностранцев начиная по меньшей мере с конца XIX века⁶⁶.

74. В международном праве также закреплено, что высылающее государство "должно, при наличии такой возможности, привести доводы в обоснование своего решения"⁶⁷, будь то в связи с просьбой высланного лица, государства назначения высланного лица⁶⁸ или при рассмотрении дела в Международном Суде⁶⁹. Иными словами, высылка должна быть обоснована высылающим государством. Кроме того, необходимо, чтобы эти основания не были произвольными. "Для использования права высылки, нужны достаточные основания", – утверждал Канонико⁷⁰, и этой же точки зрения придерживались другие авторы конца XIX – начала XX века⁷¹. Тогда

⁶⁵ См. A. Martini, *L'expulsion des étrangers*, Thèse, Paris, 1909, p. 54.

⁶⁶ См., например: de Bar, в: *Journal du droit international privé*, 4^e éd. trad. Antoine, t. 3, n° 1297, p. 93.

⁶⁷ См. *Affaire Boffolo*, в: Ralston, *Law and Procedure of International Tribunals*, par. 515.

⁶⁸ Например, в некоторых соглашениях, заключенных в XIX веке между Францией и рядом государств Америки, оговаривалось, что, прежде чем приступить к высылке, правительство каждого из договаривающихся государств сообщает ее основания дипломатическим или консульским представителям соответствующих иностранных государств. Именно так обстоит дело с соглашением между Францией и Боливией от 9 декабря 1834 года; соглашением между Францией и Эквадором от 6 июня 1843 года; соглашением между Францией и Гватемалой от 8 марта 1848 года; соглашением между Францией и Сальвадором от 22 февраля 1856 года; и с соглашением между Францией и Перу от 9 марта 1861 года. И благодаря наличию данного условия со стороны наиболее благоприятствуемой нации эти положения распространились на отношения с другими государствами (V. Fauchille, *Traité de droit international public*, t. 1, 1^{re} partie, Paix, 1922, n° 447, *in fine*, p. 878 et n° 450, p. 982; DESPAGNET et C. De Boeck, *Cours de droit international public*, 4^e éd., 1910, n° 337 *in fine*, p. 478; E. Brochard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co., 1915, § 30, p. 56).

(см. Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. 1, Part 1, paix 1922, No. 447, *in fine*, p. 878 and No. 450, p. 982; Frantz Despagnet and Charles De Boeck, *Cours de droit international public*, 4th ed., 1910, No. 337 *in fine*, p. 478; Edwin Montefiore Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of Diplomatic Protection*, The Banks Law Publishing Co., 1915, para. 30, p. 56).

⁶⁹ См. вышеупомянутое дело *Boffolo*, Ralston, *op cit.*, par. 515, p. 287-288; E. Brochard, *op. cit.*, p. 56, note 4 et p. 57, note 4; N. Politis, *Le problème de la limitation de la souveraineté*, 1926, p. 487.

⁷⁰ Canonico в: *Journal du droit international privé*, Clunet, 1890, p. 219.

⁷¹ См., например: A. Martini, *L'expulsion des étrangers*, Thèse, Paris, 1909, p. 54; C. De Boeck,

считалось, что эти "достаточные основания" "были созвучны простой идее о том, что в высших интересах защиты государство может выслать иностранца, чье пребывание на национальной территории несет угрозу его внутренней или внешней безопасности"⁷².

75. Дискуссия по поводу оснований или причин для высылки ведется давно. Заметим, что в старых и более молодых правовых системах государств в этом вопросе используется различная и не всегда точная терминология. Так, в них могут использоваться такие основания, как защита, с одной стороны, "общественного порядка", "общественной безопасности", "внутренней и внешней безопасности", "внутреннего и внешнего спокойствия", а с другой – "общественной гигиены", "общественного здоровья" и т. д.

76. При этом из рассмотрения действующих конвенций и международной судебной практики в отношении вопроса высылки иностранцев следует, что принятые основания в конечном счете весьма немногочисленны и сводятся главным образом к двум: общественному порядку и общественной безопасности⁷³. Вопрос заключается в том, идет ли речь о двух единственных основаниях высылки, принятых в международном праве и исключающих любые другие основания, тогда как практика показывает, что государства ссылаются на различные другие основания, чтобы осуществлять высылку иностранцев.

77. Далее возникает проблема определения точного содержания двух главных оснований, которыми являются общественный порядок и общественная безопасность, проблема тем более затруднительная, что оценка угрозы общественному порядку или общественной безопасности зависит от каждого государства, в данном случае от высылающего государства, и что содержание этих двух понятий в высшей мере расплывчато. Эти понятия фигурируют в большинстве правовых систем, не имея точного значения и тем более поддающегося определению содержания. В связи с этим важно установить критерий оценки. И наконец, ряд примеров из практики доказывает, что некоторые государства приводят такие основания для высылки, которые с трудом можно было бы соотнести с вопросами общественного порядка или общественной безопасности. Подобные основания должны получать оценку с точки зрения международного права.

1. Общественный порядок и общественная безопасность

78. Понятия общественного порядка и общественной безопасности нередко используются в качестве оснований для высылки⁷⁴.

79. Как было отмечено, Конвенция о статусе беженцев от 28 июля 1951 года, а также Конвенция о статусе апатридов от 26 апреля 1954 года предусматривают в статьях 32, пункт 1, и 31, пункт 1, соответственно, что договаривающиеся государства не будут высылать законно проживающих на их территории беженцев или апатридов "иначе как по соображениям государственной безопасности или общественного порядка". То же относится к статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, в которой, однако, приводится ссылка лишь на

"L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", Rcađi, 1927, II, pp. 532-533.

⁷² С. De Voeck, *op. cit.*, p. 532.

⁷³ См. международные конвенции и международную судебную практику, цитируемые во втором, третьем и пятом докладах.

⁷⁴ См. А.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, *op. cit.*, p. 55.

"императивные соображения государственной безопасности", но не общественного порядка в качестве основания, достаточного для осуществления высылки иностранца, законно пребывающего на территории государства-участника. Аналогичным образом, пунктом 1 статьи 3 Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве 1955 года оговаривается, что граждане государств-участников, на законных основаниях проживающие на территории другой стороны, могут быть высланы, если они "представляют угрозу национальной безопасности или нарушают общественный порядок". В широком смысле можно считать, что эти два основания для высылки распространяются на всех иностранцев, законно пребывающих на территории высылающего государства, тогда как нарушение законодательства в отношении въезда и пребывания иностранцев может служить основанием для высылки иностранцев, незаконно пребывающих на территории государства; это не отменяет возможности защиты, оказываемой, согласно некоторым национальным законодательствам, определенным категориям иностранцев, пребывающим в стране незаконно, в зависимости, как мы увидим далее, от соображений, различающихся по странам.

80. При этом ни вышеупомянутые международные конвенции, ни международная судебная практика тоже не дают точного определения понятиям общественного порядка и общественной безопасности; таким образом, большую помощь в этом отношении смогут оказать национальные законодательства и региональная судебная практика.

а) Общественный порядок

81. Общественный порядок – понятие неоднозначное, и в связи с этим не раз подвергались критике попытки произвольного манипулирования им в связи с отсутствием точного и непреложного содержания. Оказывается к тому же, что его смысл варьируется в зависимости от того, употребляется ли оно для обозначения внутреннего порядка государства, международного порядка или же, к примеру, в значении европейского "общественного порядка"; а также в зависимости от того или иного вопроса, в котором оно применяется. Так, в бытовом смысле понятие общественного порядка имеет иное содержание, нежели понятие общественного порядка в рамках административного надзора. Именно в последнем случае, охватывающем вопросы контроля в сфере общественных свобод и в более конкретном плане в сфере пребывания иностранцев, речь идет о понятии общественного порядка, рассматриваемом в данном докладе.

82. *Примечательное определение общественного порядка* дается в Словаре международного права (*Dictionnaire de droit international public*): "Совокупность принципов *внутреннего правового порядка определенной страны*, которые считаются основополагающими в данный момент и которые запрещено нарушать"⁷⁵. Как явствовало из вышеизложенного, международное право, в данном случае в отношении высылки иностранцев, действует посредством отсылки к таким принципам. В этом смысле протоколом к Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве от 13 декабря 1955 года оговаривается, что: "а) Каждая Договаривающаяся Сторона имеет право определять в соответствии с национальными критериями: 1. Соображения, касающиеся общественного порядка, национальной безопасности, здоровья населения или нравственности.

⁷⁵ См. по этому вопросу комментарии, данные в отношении понятий "европейский общественный порядок" и "международный общественный порядок" в: *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de J. Salmon).

3. Обстоятельства, представляющие собой угрозу национальной безопасности или нарушение общественного порядка или норм морали". В разделе II того же протокола указывается, что: "а) Понятие "общественный порядок" следует понимать в широком смысле, обычно принятом в континентальных странах". Так, помимо вышеупомянутых международных конвенций Европейский суд по правам человека признает, что "некоторые преступления, ввиду их особой тяжести и реакции населения на их совершение, могут вызвать нарушение общественного порядка, способное послужить основанием для помещения под стражу, по крайней мере на время", "в той степени, в которой внутреннее право признает (...) понятие нарушения общественного порядка, вызванного преступлением"⁷⁶. Судебная практика международного частного права использует тот же метод отсылки, вынося решения о том, что суды какого-либо государства обязаны применять иностранное законодательство, только если его применение или соблюдение прав, полученных на основании упомянутого законодательства, "не являются посягательством на принципы или положения их национального закона, считающиеся необходимыми для поддержания общественного порядка"⁷⁷. Наконец, заметим, что в документах по делу *Certains emprunts norvégiens* Франция привлекла внимание к тому, что правительство Норвегии, расширяя область применения положений, которые оно считало необходимыми для поддержания внутреннего общественного порядка, превысило свое право, "поскольку (...) применило к иностранцам, живущим за пределами этой страны, понятие внутреннего общественного порядка, которое не признает национальное законодательство заинтересованных лиц"⁷⁸.

83. В еще более недавнем деле *Ahmadou Sadio Diallo* Международный Суд ограничился констатацией того факта, что сторона защиты действительно ссылалась на оговорку, связанную с поддержанием общественного порядка, для того чтобы обосновать высылку оспариваемого лица, находящегося в данном случае под защитой своего государства, посредством дипломатической защиты. В самом деле, Суд считает установленными следующие факты:

«31 октября 1995 года премьер-министр Заира подписал в отношении г-на Диалло постановление о высылке. В соответствии с указанным постановлением, основанием для высылки послужил тот факт, что "присутствие и поведение [г-на Диалло] подорвали и продолжали подрывать общественный порядок в Заире, в особенности в финансово-экономической и монетарной сферах". 31 января 1996 года г-н Диалло, помещенный до этого под арест, был выдворен с территории Заира и самолетом доставлен в Гвинею. Этот факт выдворения с заирской территории, оформленный актом, был доведен до сведения г-на Диалло в форме протокола о принудительном возвращении по причине "незаконного пребывания", который был составлен в тот же день в аэропорту Киншасы"⁷⁹. ДРК толкует это понятие общественного порядка до такой степени расплывчато, что создается впечатление, будто оно распространяется на все поступки г-на Диалло, не снискавшие ее одобрения. Действительно, власти страны "добавляют, что основанием для высылки в отношении г-на Диалло стали все более непомерные финансовые требования, "явно лишённые всяких оснований", которые он адресовал заирским государственным предприятиям и частным компаниям, работающим в Заире, а также кампания по дезинформации, которую он развернул в адрес " высших властных

⁷⁶ ЕСПЧ, Letelier, Постановление от 26 июня 1991 года, серия А.

⁷⁷ Кассационный суд Франции, *État russe c/ La Ropit*, arrêt du 5 mars 1928, *Journal de droit international privé (Clunet)*, 1928, p. 674.

⁷⁸ Международный Суд, *Certains emprunts norvégiens*, ответ правительства Франции от 20 февраля 1957 года, *Mémoire*, vol. I, p. 398.

⁷⁹ Международный Суд, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Постановление от 24 мая 2007 года, пункт 15.

структур заирского государства, а также высокопоставленных иностранных лиц". ДРК подчеркивает, что "общая сумма, которую г-ну Диалло, по его словам, задолжали компании, которыми он руководил, составляла 36 млрд. долл. США..., что составляет сумму, почти в три раза превышающую внешний долг (ДРК)". Сообщается также, что "заирским властям стало известно, что г-н Диалло был причастен к некоторым валютным спекуляциям, а также повинен в ряде попыток подкупа". Таким образом, существовала опасность того, что поступки г-на Диалло серьезно повредят не только деятельности заинтересованных предприятий, но и общественному порядку в Заире"⁸⁰. Из зачитанных в суде документов также следует, "что именно мошеннические действия [г-на Диалло], наносящие ущерб общественному порядку, послужили основанием для его выдворения с национальной территории"⁸¹.

84. Суд, призванный вынести решение в отношении предварительных возражений, вероятно, не предполагал, что должен будет рассматривать на этом этапе судебной процедуры упомянутые неотъемлемые части понятия общественного порядка или выявлять противоречие между ссылкой на "общественный порядок Заира" в постановлении о высылке и упоминанием о "незаконном пребывании" в протоколе о принудительном возвращении, или, тем более, откажется дать определение этому понятию общественного порядка. Весьма вероятно, что, не давая ответа на вопрос, Суд намеревается имплицитно сослаться на компетенцию внутреннего правопорядка в данном деле. Тем не менее международное право не может воздерживаться от выработки некоторых критериев оценки приведения этого основания – как и основания "общественной безопасности", – с тем чтобы избежать возможных злоупотреблений при выполнении государством международных обязательств, без какого бы то ни было контроля. В этой связи во внутреннем праве, в частности во французском праве, предусматривается, что правительство должно противодействовать угрозе общественному порядку, о которой ему известно⁸², не позволять затягиваться незаконной ситуации⁸³ и при необходимости оказать всю необходимую поддержку правоохранительным органам в целях исполнения вынесенного судебного постановления⁸⁴. Это в равной степени естественное и разумное обязательство является "условием соблюдения закона, неизбежным следствием преемственности международной правосубъектности государства и элементарной потребностью жизни в обществе"⁸⁵.

85. В национальном правопорядке, как и в международном правопорядке, наличие цели поддержания общественного порядка обуславливает законность поступка или действия, совершенного в силу властных полномочий в рамках административного надзора. Эта власть должна доказывать, что преследует цель поддержания общественного порядка, а не только цель общественной пользы в широком смысле. Если это не так, значит, имеет место превышение полномочий⁸⁶.

86. Тем не менее отметим, что хотя существуют законодательные тексты по данному вопросу, они зачастую сводятся лишь к обоснованию компетенции

⁸⁰ Ibid., par. 19.

⁸¹ Ibid., par. 81.

⁸² Государственный совет (ГС), 23 октября 1959 года, Doublet et CE, Sect. 14 декабря 1962 года, Doublet; CE Ass. 27 октября 1995 года, *Commune de Morsang-sur-Orge*. В целом см. P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962.

⁸³ Государственный совет, 20 октября 1972 года, *Ville de Paris c/ Marabout*.

⁸⁴ Государственный совет, 20 ноября 1923 года, *Couitéas*.

⁸⁵ D. Truchet, "L'autorité de police est-elle libre d'agir?", *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 1991, p. 81.

⁸⁶ См. V. Tchen, "Police administrative. – Théorie générale", *Jurisclasseur administratif* (cote: 04, 2007), Fasc. 200, 6 juin 2007, par. 64, p. 24.

полицейских полномочий и редко определяют содержание понятия общественного порядка⁸⁷. В лучшем случае в них перечисляются составляющие этого весьма неопределенного "стандарта"⁸⁸. Определение цели поддержания общественного порядка тем более неуловимо, что зависит в основном от фактических соображений, а, следовательно, от обстоятельств.

87. Не углубляясь в данном случае в определение встречающихся в некоторых правовых системах различий между "общим" общественным порядком (в случаях, когда орган полицейской власти осуществляет свои полномочия на данной территории в отношении любой деятельности и любых лиц) и "специальным" общественным порядком (в случаях, когда в правовом документе точно определяется область применения, содержание и порядок осуществления полномочий полиции), отметим, что некоторые национальные правовые документы дают слишком широкое определение общественного порядка. К примеру, во Франции из статьи L.2212-2 Общего кодекса органов местного самоуправления следует, что понятие общественного порядка включает, "в частности", "надлежащий порядок, общественную безопасность и санитарии". Это наглядный пример тех трудностей, которые возникают при определении данного понятия, поскольку, кроме того, что перечень его составляющих явно не является исчерпывающим, в нем еще фигурирует понятие общественной безопасности, которое в международном праве представляет собой отдельное основание для высылки иностранца.

88. В конечном счете статья L.2212-2, 2° включает в "надлежащий порядок" понятие "общественное спокойствие", не проясняя вопроса о том, являются ли эти два понятия синонимичными; а французская судебная практика добавляет к вышеупомянутым составляющим дополнительно такие понятия, как общественная нравственность⁸⁹, человеческое достоинство⁹⁰, эстетика⁹¹.

⁸⁷ В Камеруне, к примеру, пункт 2 статьи 40 Постановления № 2008/377 от 12 ноября 2008 года, закрепляющий полномочия глав административных округов и определяющий организацию и деятельность их учреждений, предписывает, что префект может "в случае посягательства на внутреннюю или внешнюю безопасность государства или общественного порядка осуществить лично или привлечь все средства и компетентные органы к осуществлению всех необходимых действий с целью установления фактов совершения преступлений и правонарушений и предания виновных в них суду, в порядке и в сроки, установленные действующими правовыми документами".

⁸⁸ См. V. Tchen, "Police administrative. – Théorie générale", art. préc. p. 26.

⁸⁹ См. ряд прежних дел, затрагивающих понятие "нравственная чистота", Государственный совет, 7 ноября 1924 года, *Club sportif indépendant chalonais*, *Recueil*, CE 1924, p. 863; *Dalloz Périodique* (DP) 1924, 3; p. 58, *conclusion Cahen-Salvador* (pour des combats de boxe); Государственный совет, 30 сентября 1960 года, *Jauffret*, *Rec. CE* 1930, p. 582 (по соображениям "благопристойности").

⁹⁰ См., например, Государственный совет, Ass., 27 октября 1995 года, *Communes Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence*, *JurisData* n° 1995-047649; *Rec. CE* 1995, p. 372; Версальский административный трибунал, 25 февраля 1992 года, *Société Fun Productions, Wachenein c/Commune Morsang-sur-Orge*, *AJDA* 1992, p. 525, note C. Vimbert; *revue française de droit administratif* 1992, p. 1026, note J. – F. Flauss; см. также Конституционный совет, 19 января 1995 года, Решение № 94-359 D.C., Положение 6, а также Конституционный совет, 27 июня 1994 года, Решение № 94-343, Положение 2.

⁹¹ См., например, в отношении законности сохранения эстетики общественных мест: Государственный совет, 2 августа 1924 года, *Legoux*, *Rec. CE*, 1924, p. 780 – Государственный совет, 23 октября 1936 года, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie*, *Rec. CE*, 1936, p. 906.

b) *Общественная безопасность*

89. Ссылка на "национальную безопасность" или "существенные интересы безопасности" фигурирует в различных международных соглашениях, касающихся таких разных вопросов, как международное торговое право (см., например, знаменитую статью XXI Генерального соглашения по тарифам и торговле или статью 2102 Североамериканского соглашения о свободной торговле), право в области защиты международных инвестиций, право свободного транзита или же взаимной правовой помощи⁹². Между тем нас главным образом интересуют конвенции в отношении прав человека, поскольку проблема высылки иностранцев затрагивает скорее эти права, нежели только что рассмотренные вопросы. Как и в случае основания, связанного с общественным порядком, оговорка касательно общественной безопасности содержится, в частности, в МПГПП (статьи 4 и 13), Конвенции о статусе беженцев (статья 32), Европейской конвенции о защите прав человека (статья 15), Американской конвенции о правах человека (статья 27) и Африканской хартии прав человека и народов (статья 12).

90. Понятие общественной безопасности не менее расплывчато, чем понятие общественного порядка. Трудность, связанная с определением его содержания, усугубляется определенной терминологической неточностью. Являются ли синонимами термины "sécurité" и "sûreté" при обозначении "общественной безопасности" или "внутренней и внешней безопасности", или же термины "национальная" и "публичная безопасность"? Национальные законодательства не помогают найти ответ на этот вопрос. Они способствуют сохранению этой путаницы, то создавая впечатление, что это различные понятия, то давая понять, что они взаимозаменяемы. В статье 13 польского Закона об иностранцах от 25 июня 1997 года упоминается, в частности, участие в деятельности, угрожающей независимости, территориальной целостности, политической системе и оборонной мощи государства, терроризм, торговля оружием и наркотиками, а также любая другая причина, связанная с угрозой государственной безопасности или необходимости обеспечения законности и порядка. Несмотря на эти попытки в формулировании, было признано, что речь идет о расплывчатых и "нарочито неясных" понятиях, создающих благоприятную почву для неправомерных оценок⁹³. Международно-правовые исследования по данному вопросу, по-видимому, не уделяют особого внимания этой терминологической проблеме, применяя выражения "национальная безопасность" и "публичная безопасность" как равнозначные термины⁹⁴. Из практических соображений в данной публикации также отдается предпочтение подходу, согласно которому эти выражения являются синонимами.

91. Следовательно, что же такое общественная безопасность, приравняемая по своему значению к термину национальной безопасности?

92. Этот термин широко используется во всех национальных законодательствах, не получая, однако, в них определения. Это, по словам одного американского автора, настолько неопределенная, растяжимая и неточная концепция, что все происходящее

⁹² См. Th. Christakis, "L'État avant le droit? L'exception de "sécurité nationale", *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 2008, vol. 112, n° 1 pp. 16-22. Дальнейшему развитию темы в немалой степени способствовало это исследование.

⁹³ См. доклад Мануэлы Агияр, Докладчику от Комитета по вопросам миграции, положения беженцев и демографии в Парламентской ассамблее Совета Европы, доклад от 27 февраля 2001 года, Doc. 8986.

⁹⁴ Ibid., p. 10.

в какой-либо стране может так или иначе рассматриваться как касающееся национальной безопасности⁹⁵. По мнению другого автора, национальная безопасность "связана (...) с любой угрозой, способной создать угрозу независимости государства, его суверенитету или нанести ущерб его демократическим свободам и институтам"⁹⁶, в то время как общественный порядок предполагает борьбу с "особо тяжкими преступлениями"⁹⁷. Эта трудность с определением концепции также подчеркивается некоторыми судебными органами. Например, Верховный суд Соединенных Штатов в своем решении в деле *United States v. United States District Court* отмечает, что "С учетом трудности в определении интересов внутренней безопасности становится очевидной угроза злоупотреблений в связи с защитой этих интересов". Верховный суд Австралии также указывает на растяжимый характер этого понятия в деле *Church of Scientology Inc. v. Woodward* 1982 года, подчеркивая, что "эта безопасность является концепцией, суть которой изменяется в зависимости от обстоятельств, имеющих место в тот или иной период времени"⁹⁸.

93. Кое-где можно найти элементы определения понятия "национальная безопасность" в некоторых странах, отказываясь рассматривать на систематической основе то, как каждая правовая система пыталась установить границы этого понятия, автор данного исследования пишет: "Пока нам достаточно заметить, что а) повсеместно принято, как нам кажется, что данный термин охватывает как внешние, так и внутренние угрозы; б) правительства, похоже, не торопятся давать точное определение (и а fortiori определение без ограничительных оговорок) этому термину, чтобы, возможно, сохранить за собой свободу действий; и с) риски, вытекающие из неуточненного характера этого понятия, нередко критиковались гражданским обществом и иногда даже национальными судами"⁹⁹.

94. Поскольку в международном плане международные конвенции, в которых в качестве мотива высылки упоминается общественная безопасность, хранят молчание относительно определения данному термину¹⁰⁰, следовало бы обратиться к судебной практике.

95. В последние годы угроза национальной безопасности, создаваемая международным терроризмом, все чаще принимается во внимание для обоснования высылки иностранцев. Многие государства, среди которых Франция¹⁰¹, Германия¹⁰²,

⁹⁵ Он пишет: «Фактом является то, что чтобы ни случилось в данной стране, так или иначе это будет затрагивать нашу "национальную безопасность"». Цитируется Th. Christakis в упомянутой статье, стр. 10 оригинального текста.

⁹⁶ N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration – Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., p. 197.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Эти два решения цитируются P. Hanks, "National Security – A political concept", *Monash U.L. Rev.*, vol. 14, 1988, p. 118, и повторяются Th. Christakis в упомянутой статье стр. 11 оригинального текста.

⁹⁹ Ibid., p. 12.

¹⁰⁰ См., например, пункт 1 статьи 6 Конвенции о статусе иностранцев.

¹⁰¹ Проект закона, касающегося условий, разрешающих высылку лиц, упомянутых в статье 26 Ордонанса № 45-2658 от 2 ноября 1945 года, принятый в первом чтении Национальной ассамблеей Франции 17 июня 2004 года (№ 309).

¹⁰² "Германские земли, такие как Бавария, применяют Федеральный закон от 1 января 2005 года, который позволяет им высылать проживающих в стране на законных основаниях иностранцев-резидентов, которые "поддерживают или поощряют террористическую деятельность" или разжигают ненависть в отношении определенных слоев населения",

Италия¹⁰³ и Соединенные Штаты¹⁰⁴, внесли изменения в свое национальное законодательство, стремясь эффективнее реагировать на эту проблему. Соединенное Королевство провозгласило новую политику в отношении депортации, обусловленной деятельностью, связанной с подстрекательством к терроризму или его провоцированием; в настоящее время готовится новое законодательство по данному вопросу¹⁰⁵. Понятию "национальная безопасность" может быть придано широкое толкование, с тем чтобы охватить акты или угрозы, направленные против существования и внешней безопасности территориального государства, а также, возможно, и других государств; этот вопрос будет рассмотрен ниже.

96. Отметим, что судебная практика Международного Суда малопригодна для определения этого понятия, а вот практика других региональных международных судебных органов, например Суда Европейских сообществ, представляет в связи с вопросом гораздо больший интерес. Дело в том, что Суду Европейского союза приходилось часто выражать свое мнение по поводу определения и содержания исключения "общественной безопасности", явно склоняясь в пользу более широкого понимания этого понятия. Например, в деле *Svenska Journalistförbundet c. Conseil de l'Union européenne* заявитель предлагал, чтобы в отсутствие определения понятия общественной безопасности в решении 93/731 Совета Союза, которое вводило это

Benjamin Ward, "Expulsion Does Not Help", *International Herald Tribune*, 2 décembre 2005, по адресу: <http://www.eht.com/articles/2005/12/02/opinions/edward.php> (доступен с 26 января 2006 года). См. Германия, Закон 2004 года, статьи 54 4) и 6) и 55 2), 8 а), содержащие релевантные антитеррористические положения.

¹⁰³ "С 2003 года Италия выслала не менее пяти имамов, и Закон о борьбе с терроризмом, принятый 31 июля 2005 года, облегчает такие действия", Benjamin Ward, *op. cit.*, сноска 791, выше. См. в целом Италия, Закон 2005 года.

¹⁰⁴ См. Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 3 В) и F) и 237 а) 4 В) и в целом раздел V, общие сведения о релевантных положениях по борьбе с терроризмом.

¹⁰⁵ После взрывов в лондонской транспортной системе 7 июля 2005 года британский министр внутренних дел Чарлз Кларк заявил, что он использует свои полномочия для того, чтобы депортировать из Соединенного Королевства любого иностранца, который пытается сеять терроризм или провоцирует других на совершение террористических актов любыми способами, в том числе путем: 1) изложения в письменном виде, создания издания или распространения соответствующих материалов, 2) публичных выступлений, включая проповеди, 3) сообщений на сайте в интернете; или 4) использования ответственного положения, например преподавателя, общественного или молодежного руководителя, для изложения своих взглядов, что помогает им: а) пропагандируя конкретные вероисповедания, распространять, оправдывать или прославлять террористическое насилие; б) провоцировать других на террористические акты; в) распространять иную опасную преступную деятельность или провоцировать других на совершение опасных преступлений; или д) разжигать ненависть, способную привести к межобщинному насилию в Соединенном Королевстве. Сообщение для печати Министерства внутренних дел 118/2005, *Exclusion or Deportation from the UK on Non-Conducive Grounds: Consultation Document*, 5 августа 2005 года. Закон о терроризме, находящийся на рассмотрении в парламенте, в случае его принятия должен: "1) запретить поощрение или прославление терроризма; 2) ввести понятие нового правонарушения, затрагивающего экстремистские книжные магазины, распространяющие радикальные публикации; 3) объявить незаконным предоставление или получение террористической подготовки или участие в "лагере по подготовке террористов"; 4) ввести понятие нового правонарушения, что даст возможность разыскивать лиц, планирующих террористические акты или готовящихся их совершить; 5) продлить максимальные сроки содержания под стражей без предъявления объяснений по делам о терроризме до трех месяцев; и 6) расширить рамки оснований для объявления вне закона, для задержания, с тем чтобы включить группы, прославляющие терроризм". Сообщение для печати Министерства внутренних дел 148/2005.

исключение в принцип распространения документов Совета, это исключение могло бы быть определено как применяющееся к "документам или извлечениям из документов, открытый публичный доступ к которым создавал бы для граждан Сообщества, его институтов или органов власти государств-членов угрозу терроризма, преступности, шпионажа, восстаний, подрывных действий, революции или прямо препятствовал бы усилиям властей по предупреждению подобного рода деятельности (...)"¹⁰⁶. В свою очередь Совет Европейского союза, поддержанный Францией, считал, что "для применения решения 93/731 нет никакой необходимости принимать ограничительное определение общественной безопасности. Оно должно быть гибким, с тем чтобы была возможность учитывать меняющиеся обстоятельства"¹⁰⁷. Суд первой инстанции присоединился к позиции Совета. По его мнению, "практика Суда показывает, что понятие общественной безопасности не имеет одного и единственного значения"¹⁰⁸.

97. Следует сказать, что согласно постоянной практике этого Суда с 1991 года понятие общественной безопасности охватывает, как и во внутренней концепции большинства государств, не только внутреннюю безопасность государства – члена Европейского союза, но и его внешнюю безопасность, причем последняя рассматривается в более широком понимании, чем это следует из дела *l'arrêt Leifer du 17 octobre 1995*¹⁰⁹. Такое широкое толкование понятия общественной безопасности также возникает в Постановлении Суда Европейских сообществ от 10 июля 1984 года по делу *Campus Oil* (Ирландия против Соединенного Королевства), касающегося обеспечения поставок нефтепродуктов. Его, похоже, разделяют другие юрисдикции также в областях, не затрагивающих непосредственно права человека. Так обстоит дело с четырьмя судами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), о чем свидетельствуют решения, принятые между 12 мая 2005 года и 28 сентября 2007 года в рамках преследования, возбужденного иностранными инвесторами против Аргентины в связи с мерами, принятыми этим государством в 2000–2003 годах с целью противостояния переживаемому им в этот период тяжелому финансовому кризису¹¹⁰.

98. Напротив, в области международной защиты прав человека иногда делались попытки давать ограничительное толкование того, что может быть дозволено в порядке исключения в области общественной безопасности, с тем чтобы избежать злоупотреблений, в частности, в контексте борьбы с терроризмом. Так, например, в недавнем докладе Генеральной Ассамблеи Специальный докладчик по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом Мартин Шейнин подчеркивает, что «ссылка на государственную безопасность может использоваться для оправдания мер, ограничивающих определенные права, только в тех случаях, когда они принимаются для защиты существования государства, его территориальной целостности или политической независимости против силы или угрозы применения силы. На соображения государственной безопасности нельзя ссылаться как на причину введения ограничений с целью предотвращения исключительно местных или относительно

¹⁰⁶ Arrêt du TPI du 17 juin 1998, Affaire T-111/74/95, par. 91.

¹⁰⁷ Ibid., par. 95.

¹⁰⁸ Ibid., par. 121.

¹⁰⁹ Affaire *Leifer*, arrêt du 17 octobre 1995, paras. 27-28.

¹¹⁰ См., например, судебное решение от 12 мая 2005 года по делу *CMS c. Argentine*. По поводу арбитражных решений см. Th. Christakis, в упомянутой статье стр. 14–16.

изолированных угроз для правопорядка и служить основанием для высылки. В 1994 году Комиссия по правам человека Организации Объединенных Наций, согласившись с тем, что понятие общественного порядка само по себе является "неопределенным", уточнила, что национальная безопасность находится под угрозой "в исключительных случаях прямой политической или военной угрозы всему населению страны"¹¹¹.

99. Неопределенный характер понятий общественного порядка и государственной безопасности создает риск произвола со стороны высылающего государства при оценке поведения иностранца. В некоторых случаях достаточно будет посчитать иностранца нежелательным лицом, чтобы выслать его под предлогом посягательства на общественный порядок или создания угрозы государственной безопасности.

2. Критерии пересмотра мотивов общественного порядка и общественной безопасности

100. Как представляется, право на въезд и пребывание иностранцев в каком-либо государстве ограничено соображениями общественного порядка и общественной безопасности. Как мы видели, для определения сути этих мотивов международная практика отсылает к национальному правопорядку. Вопрос в том, чтобы знать, располагает ли при этом государство абсолютными дискреционными полномочиями оценки в этой области.

101. Ответ на этот вопрос является отрицательным в свете теории, международной судебной практики, позиции ряда государств¹¹², а также позиции Комиссии Европейского сообщества относительно пределов оговорок, касающихся общественного порядка, которые, по нашему мнению, могли бы быть распространены на мотив национальной безопасности. Несмотря на широкие дискреционные полномочия государств в области оценки угрозы национальной безопасности, некоторые авторы считают, что на мотив высылки, вытекающий из национальной безопасности, может распространяться принцип соразмерности: "Некоторые договоры обязывают государства не высылать иностранцев, если для этого нет конкретных причин (например, национальная безопасность). Было бы трудно отказывать высылающему государству в определенных дискреционных полномочиях при установлении, существует ли угроза национальной безопасности в конкретном случае и затрагивает ли ее присутствие соответствующего лица. Ясно, что высылающее государство может наилучшим образом оценить наличие угрозы собственной безопасности и общественному порядку. Государство оценивает угрозу

¹¹¹ Комиссия по правам человека Организации Объединенных Наций "Вопрос о правах человека применительно к лицам, подвергаемым задержанию или тюремному заключению в какой бы то ни было форме", пятьдесят первая сессия, 14 декабря 1994 года, E/CN.4/1995/32.

¹¹² Например, во Франции административный судья не признает за органами по надзору дискреционные полномочия по оценке в области общественного порядка. Он проверяет, является ли нарушение или угроза нарушения "достаточно серьезными" для оправдания принятой меры, и может использовать свою оценку конкретной ситуации вместо оценки, данной муниципальными властями. В таком случае он превращает целесообразность в требование законности. См., в частности, постановления Государственного совета: *Benjamin* (CE, 19 mai 1933, *Sirey* 1934, 3, p. 1, concl. Michel; *Ville Brest c. Laurent* (CE, 8 déc. 1989, n° 71172, *Juris-Data*, n° 1979, tables p. 653; *Bedat c. Commune de Borce* (CE, 29 juin 1990, concl. Toutée, note Cardon; судебная практика Апелляционного административного суда города Бордо в Постановлении *Commune de Tarbes* (C.A.A., 26 avr. 1999, n° 97BX01773); и A. de Laubadere, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 14^e éd. 1996, t. 1.

безопасности, основываясь на обстоятельствах, которые становятся известны во время высылки; более поздняя оценка апостериори не выглядела бы справедливой. Таким образом, с точки зрения надзирающего органа, представляется оправданной необходимость оставить высылающему государству "пределы усмотрения" – формулировка Европейского суда по правам человека и Комитета по правам человека Эти пределы затрагивают не только право на пересмотр, которым может обладать судебный или какой-либо иной орган, но также объем обязательства государства.

102. Когда применяются упомянутые ограничения, требуется также соблюдать принцип соразмерности. Иными словами, "даже когда государство вправе считать, что иностранец представляет собой угрозу для его национальной безопасности, высылка будет являться исключительной мерой, если опасность минимальна"¹¹³. В связи с арбитражным решением по делу *J.N. Zerman c. Mexico* международная судебная практика подтвердила право государства высылать любого иностранца, основываясь на мотивах, связанных с национальной безопасностью. Он, однако, указал, что государство, если оно не находится в состоянии войны, не может высылать иностранца как лицо, угрожающее национальной безопасности, не предъявляя ему обвинений или не предавая его/ее суду. "Арбитр считает, что, строго говоря, президент Мексиканской Республики имел право выслать со своей территории иностранца, который мог считаться опасным, и что в ходе войны или беспорядков может оказаться необходимым осуществлять это право даже при малейшем подозрении; но в данном случае войны не было, мотивы безопасности не могли выдвигаться как основание для высылки истца без предъявления ему обвинений или без суда; однако, если же мексиканское правительство имело основания для такой высылки, оно должно было по меньшей мере доказать достоверность обвинений в Комиссии. Тем не менее одно только утверждение или мнение консула Соединенных Штатов, содержавшееся в донесении его правительству, будто истец был нанят империалистическими властями, не представляется арбитру достаточным доказательством того, что истец был нанят таким образом или что это послужило достаточным основанием для его высылки"¹¹⁴.

103. В контексте, в частности, Договора, учреждающего европейские сообщества, общественный порядок не является для государств общим правовым основанием для вмешательства и не может использоваться в качестве мотива, кроме специально предусмотренных случаев: "Чтобы иметь возможность ссылаться на статью 36 (новая статья 30), государства-члены должны оставаться в границах, определенных этим положением как в отношении достигаемой цели, так и характера средств"¹¹⁵. С другой стороны, смешанная природа понятия общественного порядка, принятая на сегодняшний день в теории¹¹⁶, приводит к тому, что это понятие благодаря своему предмету сохраняет сильное национальное измерение, поскольку этот предмет

¹¹³ G. Gaja, *op. cit.*, p. 296.

¹¹⁴ J.N. Zerman c. Mexico, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, p. 3348.

¹¹⁵ Суд Европейских сообществ, 10 декабря 1968 года, дело 7/68, *Comm. CE c'Italie: Rec. CJCE* 1968, p. 628.

¹¹⁶ См., например: E. Picard, "L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public", *AJDA*, 1996, p. 62, n° spécial; S. Poillot-Peruzzetto, "Ordre public et droit communautaire", *Dalloz*, chronique, p. 177; F. Hubeau, "L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire", *Cahiers de droit européen*, 1981, p. 212.

зависит от *конкретных обстоятельств, присущих данному пространству и времени*¹¹⁷; но в общеевропейской юридической системе это не "означает, однако, что [...] государства вправе свободно определять их и интерпретировать в соответствии со своей собственной практикой и традициями"¹¹⁸.

104. Разумеется, это рассуждение вписывается в комплексный правопорядок, построенный на соответствующем договоре, который обязателен для всех государств-членов и не может механически переноситься в международную систему. В свете практики государств можно, следовательно, допустить, что в отличие от этой концепции оценки общественного порядка в рамках общеевропейского права государства, как может показаться, вправе свободно определять и истолковывать понятие общественного порядка согласно собственной практике и традициям в рамках правового режима иностранцев. Однако их свобода в этой области не абсолютна, так как, поскольку речь идет об области, затрагивающей права и свободы человеческой личности, любое действие государства обязательно ограничивается требованием соответствия или совместимости с соответствующими нормами международного права, в частности с теми, которые относятся к защите прав человека. В данном случае именно международное право является основой общественного порядка и безопасности, определяет мотивы высылки и, следовательно, исключения в праве пребывания иностранцев, в частности тех, кто находится на законном основании. Вот почему пределы этих исключений могут быть определены государством в одностороннем порядке, только если это не нарушает соответствия международному праву или происходит под его контролем. Если опираться на мнение Дж. Венеции относительно "дискреционных полномочий", то государство должно пользоваться своим правом на высылку "с учетом особых обстоятельств для каждого рассматриваемого им случая, что обязывает провести предварительное рассмотрение обстоятельств"¹¹⁹. В статье 3 Директивы 64/221 относительно положений, касающихся удаления с территории по соображениям общественного порядка или общественной безопасности, указывается, что подобные меры "должны быть основаны исключительно на личном поведении индивида", тем самым в точности повторяя пункт 2 статьи 27 директивы 2008/38. В свою очередь Суд Европейских сообществ также систематически напоминает в своей судебной практике об этой норме.

105. В деле *Bonsignore* от 26 февраля 1975 года¹²⁰ выслаемым лицом был гражданин Италии, проживавший в ФРГ и осужденный за нарушение закона об оружии и убийство по неосторожности. Компетентные органы надзора за иностранцами отдали приказ о его высылке. Суд Европейских сообществ, рассматривавший это дело по преюдициальному направлению административного суда Кёльна, которому было поручено рассмотреть вопрос о правомерности данного решения о высылке, прежде всего напоминает о том, что, как гласит пункт 1 статьи 3

¹¹⁷ См. С. Picheral, "Ordre public et droit communautaire. – Communautarisation des réserves d'ordre public", *Jurisclasser Europe Traitée*, Fasc. 650, 05 février 2007, p. 6.

¹¹⁸ Комиссия ЕС, Коммюнике от 19 июля 1999 года о специальных мерах, касающихся передвижения и проживания граждан Союза, обоснованных соображениями общественного порядка, общественной безопасности или общественного здоровья", *Doc. Com* (1999), 372 *final*, p. 8.

¹¹⁹ J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, Paris, 1959, 176 p., p. 138.

¹²⁰ Суд Европейских сообществ, Постановление от 26 февраля 1975 года, *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, aff. C-67/74, Rec. p. 297; Выводы генерального адвоката X. Майраса, представленные 19 февраля 1975 года, стр. 308 оригинального текста).

директивы 1964 года, "меры общественного порядка или общественной безопасности должны иметь своим основанием исключительно личное поведение соответствующего лица"¹²¹. Он уточняет, что, следовательно, не могут быть приняты во внимание "основания, оторванные от индивидуального случая"¹²². Далее Суд Европейских сообществ напоминает, что цель данной директивы состоит в устранении любой дискриминации "между своими гражданами и гражданами других стран-членов", и делает вывод, что "понятие личного поведения выражает требование о том, что такая мера, как высылка, может касаться только угроз общественному порядку и общественной безопасности, которые могут быть деянием лица, являющегося объектом рассмотрения"¹²³. Решение о высылке не может, следовательно, быть принято с целью удержания других иностранцев от совершения какого-либо подобного правонарушения. Иными словами, приказ о высылке должен быть принят исключительно по специальным превентивным соображениям (там же, стр. 7 текста на французском языке), а "не на основании глобальных оценок"¹²⁴.

106. Директива 2004 года закрепляет эту практику Суда Европейских сообществ, предусматривая, что "*обоснования, не связанные прямо с рассматриваемым индивидуальным случаем или относящиеся к соображениям общей профилактики, не могут быть приняты во внимание*"¹²⁵. В любом случае речь должна идти о личном поведении, а не о следствии принятия мер общего характера по сохранению общественного порядка и общественной безопасности.

107. Продолжая в рамках этого вопроса, касающегося критериев оценки понятия общественного порядка и общественной безопасности, поиск примеров в общеевропейском праве, мы увидим, что Совет Европейского сообщества, сознавая риски, создаваемые для свободного перемещения лиц дискреционными полномочиями по отступлению от правил, принял действующую с 25 февраля 1964 года Директиву 64/221 по координации национальных положений в отношении мер, обоснованных причинами общественного порядка, общественного здравоохранения и общественной безопасности¹²⁶. Хотя эта общеевропейская директива не определяла эти понятия, тем не менее она ставила ссылку на них в зависимости от ряда условий как по существу, так и по процедуре. Впоследствии это юридическое обеспечение стало более точным и насыщенным для преюдициальных ответов Суда Европейских сообществ, поскольку все достигнутое в этой области было кодифицировано и развито далее в рамках Директивы 2004/38 от 29 апреля 2004 года, касавшейся права граждан Союза и членов их семей свободно перемещаться и проживать на территории государств-членов¹²⁷.

108. Следует отметить, что практика Суда Европейских сообществ специально закрепляет требование соблюдения основных прав в случае ссылки на общественный порядок. Действительно, в соответствии с судебной практикой Elliniki Radiophonia Teléorassi (ERT) оговорки относительно общественного порядка должны применяться "*в общем контексте прав человека и демократических*

¹²¹ Ibid., p. 5.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid., p. 7.

¹²⁵ См. пункт 2 статьи 27, раздел 2 Директивы № 2004/38/CE от 29 апреля 2004 года Европейского парламента и Совета.

¹²⁶ См. *Journal Officiel des Communautés européennes*, 4 avril 1964.

¹²⁷ См. *Journal Officiel de l'Union européenne*, 30 avril 2004.

*принципов*¹²⁸. Она подчеркивает, что в своей совокупности ограничения полномочий государств в области надзора за иностранцами являются особым проявлением более общего принципа, закрепленного в различных положениях Европейской конвенции о защите прав человека, согласно которым посягательства на гарантированные права не могут выходить за рамки того, что необходимо для защиты потребностей общественного порядка и общественной безопасности "в демократическом обществе"¹²⁹. Государство, следовательно, может использовать эти ограничения только в том случае, если применяемая регламентация или ограничительные меры находятся в соответствии с основными правами¹³⁰.

109. Один из критериев соответствия основным правам – это справедливое равновесие между защитой общественного порядка и интересами личности. Суд Европейского союза в таком смысле принял, в частности, решение в деле *Orfanopoulos et Oliveri*¹³¹, повторив тем самым подход Европейского суда по правам человека в постановлении *Boultif*¹³². По мнению Суда Европейских сообществ, для того чтобы определить, является ли ограничительная мера *соразмерной*, необходимо учитывать степень тяжести допущенного нарушения, продолжительность пребывания соответствующего лица в принимающем государстве-члене, время, прошедшее с момента совершения нарушения, семейное положение данного лица и значительность трудностей, с которыми могут столкнуться, в случае их наличия, супруг и дети соответствующего лица в его/ее стране происхождения¹³³.

110. Не следует упускать из виду, что обеспечение исключений в контексте общественного порядка и общественной безопасности вписывается в данном случае в общеевропейские рамки, в которых Суд Европейских сообществ, Комиссия Европейского союза и многие ученые подчеркивают, что концепция европейского гражданства требует более узкого определения пределов данных исключений по надзору¹³⁴ в административном праве, а именно мотивов законности и целесообразности, не относящихся к поведению их адресата¹³⁵.

111. В международных и общеевропейских документах, как и в национальных законодательствах, с которыми смог ознакомиться Специальный докладчик, не существует определения понятия персонального поведения в контексте высылки.

¹²⁸ Документ COM (1999), 372 final, préc., p. 7.

¹²⁹ Суд Европейских сообществ, 28 октября 1975 года, *дело 36/75, Rutili*, Rec. CJCE 1975, p. 1219, point 32.

¹³⁰ Суд Европейских сообществ, 18 июня 1991 года, *дело C-260/89, ERT*: Rec. CJCE 1991, I, p. 2925, point 43, относительно свободного предоставления услуг. В целях применения в рамках обязательных требований в области свободного обращения товаров, Суд Европейски[с] сообществ, 26 июня 1997 года, *дело C-368/95, Vereinigte Familiapress*: Rec. CJCE 1997, I, p. 3689, point 24.

¹³¹ Суд Европейских сообществ, 29 апреля 2004 года, *дело Jtes C-482/01 et C-493/01 Orfanopoulos et Oliveri*, Rec. CJCE, 2004, I, p. 5257, points 96 et 97.

¹³² ЕСПЧ 2 августа 2001 года, *Boultif*, пункт 48.

¹³³ *Orfanopoulos et Oliveri*, préc., point 99; см. также Директиву 2004/38, стр. 38 оригинального текста.

¹³⁴ См. Суд Европейских сообществ, 29 апреля 2004 года, *дело C-493/01, Oliveri*, Rec. CJCE 2004, I, p. 5257, point 65; Doc. COM (1999), 372 final, point 8; J.-Ph. Lhernoud, "Les mesures d'éloignement sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation?" *JurisClasseur périodique*, G. 1999, II, 10104; G. Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable", *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 2002, p. 8.

¹³⁵ См. M. Distel, "Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense", *Rec. D. S. 1997, Chronique XXI*, p. 169.

Суд Европейских сообществ был вынужден сделать некоторые уточнения по этому поводу. Так, например, в деле *Van Duyn* суд решил, что принадлежность к какой-либо группе или организации в плане участия в их деятельности и согласия с их целями может рассматриваться как добровольный акт со стороны данного лица и считаться поэтому неотъемлемой частью его поведения¹³⁶. В деле *Rutili* по поводу запрета на проживание в четырех французских департаментах, в которых присутствие данного лица, по мнению Министерства внутренних дел, могло бы вызвать проблемы, учитывая проводившуюся им в 1967 и 1968 годах профсоюзную и политическую деятельность, Суд Европейских сообществ согласился с тем, что простое присутствие данного гражданина Европейского союза может восприниматься как угроза общественному порядку и поэтому оправдывает ограничения права на проживание и перемещение по территории государств-членов¹³⁷. Эти разъяснения не были ни опровергнуты, ни подтверждены Директивой 2004/38; она ограничилась напоминанием о том, что в связи с практикой Суда Европейских сообществ "поведение данного лица должно представлять реальную, актуальную и достаточно серьезную угрозу основным интересам общества". В действительности на основании практики дел *Rutili*¹³⁸ и *Bouchereau*¹³⁹ действительно свободного перемещения ссылка на общественный порядок "предполагает во всяком случае существование помимо нарушения общественного правопорядка, происходящего от любого несоблюдения закона, реальную и достаточно серьезную угрозу, затрагивающую основные интересы общества".

112. Европейская Директива 2004/38 запрещает соображения общей профилактики при ссылке на общественный порядок и общественную безопасность. Согласно пункту 2 статьи 27 "Обоснования, не связанные прямым образом с рассматриваемым индивидуальным случаем или исходящие из соображений общей профилактики, не могут быть приняты во внимание". Поведение данного лица должно представлять реальную, актуальную и достаточно серьезную угрозу основным интересам общества. Попытка Суда прояснить понятие "угроза" остается тем не менее недостаточной. Что подразумевается под *актуальной* угрозой? Что делать, например, если на момент исполнения решения о высылке прошло много времени после его принятия? Ни формулировка статьи 3 Директивы 64/221, ни практика Суда не дают более точных указаний относительно соответствующей даты для определения "актуального" характера угрозы. Комиссия указала на роль, которую играет существование уголовных наказаний при оценке угрозы со стороны данного лица для общественного порядка или общественной безопасности, настаивая на принятии во внимание того, сколько прошло времени и как изменилось положение данного лица. Она посчитала, что "то, каким образом изменилось положение соответствующего лица, имеет особое значение в случаях, когда угроза оценена спустя долгое время после совершения действий, угрожающих общественному порядку, и прошло много времени между принятием первоначального решения и его осуществлением, а также когда данное лицо использует свое право на новое обжалование. При рассмотрении мотивов удаления (...) гражданина другого

¹³⁶ См. Суд Европейских сообществ, 4 декабря 1974 года, дело 41/74, *Van Duyn*, *Rec. CJCE* 1975, p. 1231.

¹³⁷ См. CJCE, 28 octobre. 1975, affaire. 36/75, *Rutili*, *Rec. CJCE*, 1975, p. 1231.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 1219.

¹³⁹ Суд Европейских сообществ, 27 октября 1977 года, дело 30/77, *Rec. CJCE*, 1977, p. 2014.

государства-члена примерное поведение должно было бы иметь такое же значение, как и в случае со своим гражданином"¹⁴⁰.

113. Законодатели Европейского союза в своем стремлении ограничить насколько это возможно злоупотребления государств в плане обращения к общественному порядку с целью высылки предусмотрели в подпункте 1 пункта 2 статьи 27 директивы от 29 апреля 2004 года, что "*наличие предшествующих уголовных наказаний не может само по себе служить мотивом*" для принятия мер, основанных на понятии общественного порядка или безопасности. Кроме того, законодатели уточнили, что "решение о высылке", принятое в качестве наказания или дополнительной меры, является важным моментом, выполняется более чем через два года после его принятия, государство-член проверяет, действительно ли соответствующий индивид в настоящее время представляет угрозу общественному порядку или общественной безопасности, и оценивает, произошли ли существенные изменения в обстоятельствах со времени принятия вышеуказанного решения. Любое удаление с территории должно быть обосновано продолжающим сохраняться риском для общественного порядка и общественной безопасности и должно рассматриваться в свете нынешнего положения лица, против которого оно направлено¹⁴¹.

114. На основании этих норм Суд принял решение по делу *Orfanopoulos et Oliveri*¹⁴². В нем Суд дает толкование понятию "актуальная угроза". В данном случае в отношении двоих граждан Союза с греческим и итальянским гражданством было принято решение о высылке на основании совершения ими серьезных правонарушений и риска рецидива. Данные лица проживали на законном основании на территории Германии. Суд прежде всего напоминает, что согласно статье 18 европейской Конституции "принцип свободы перемещения трудящихся следует интерпретировать широко, тогда как отступления от него, наоборот, должны иметь точное толкование"¹⁴³. Он напоминает далее, что на основании его практики нарушение является посягательством на общественный порядок, если оно создает для него реальную и достаточно серьезную угрозу, затрагивая основные интересы общества. В данном случае, "если верно, что государство-член может рассматривать употребление наркотиков как угрозу для общества"¹⁴⁴, ссылка на общественный порядок должна тем не менее иметь ограничительное толкование, потому что наличие уголовного наказания может обосновывать высылку только в том случае, если обстоятельства, приведшие к этому наказанию, "указывают на личное поведение, создающее актуальную угрозу общественному порядку"¹⁴⁵. Однако Суд не довольствовался использованием своего предыдущего опыта; он уточнил, по предложению генерального адвоката, что актуальность угрозы должна быть оценена на основании всех относящихся к делу обстоятельств и фактов. Как указывала

¹⁴⁰ См. Коммюнике от 19 июля 1999 года Комиссии Совета и Европейского парламента о специальных мерах, касающихся передвижения и пребывания граждан Союза, обоснованных соображениями общественного порядка, общественной безопасности или общественного здоровья, COM(1999) 372 final.

¹⁴¹ См. А.-L. Ducroquetz, thèse *op. cit.*, p. 116.

¹⁴² Суд Европейских сообществ, Постановление от 29 апреля 2004 года, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, affaires jointes C- 482/01 et C- 493/01, pt. 20, Rec. I- p. 5295; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 septembre 2003, Rec. I- p. 5262.

¹⁴³ Ibid., p. 64.

¹⁴⁴ Ibid., p. 66.

¹⁴⁵ Ibid., p. 67.

генеральный адвокат г-жа К. Стикс-Хакль, проблема в том, что ни статья 3 Директивы 64/221, ни судебная практика Суда не уточняют, какой должна быть соответствующая дата для определения "актуального" характера угрозы¹⁴⁶. Суд отвечает, что национальные юрисдикции должны учитывать фактические обстоятельства, имевшие место после принятия решения о высылке, в той мере, в какой они могут свидетельствовать о "прекращении или существенном уменьшении актуальной угрозы": дело обстоит так прежде всего в том случае, если между датой приказа о высылке и датой пересмотра этого решения прошло продолжительное время¹⁴⁷. Поэтому необходимо обратить должное внимание на все обстоятельства, включая факты, имевшие место после решения о высылке, которые могли бы существенно уменьшить или устранить представляемую данным лицом угрозу, связанную с поддержанием общественного порядка. Это решение было подтверждено в рамках жалобы гражданина Турции в отношении органов власти Германии по поводу процедуры удаления с территории Германии¹⁴⁸. Суд принял решение в соответствии с Директивой 64/221, собственной судебной практикой и положениями соглашения об ассоциации, заключенного между Европейским экономическим сообществом и Турцией¹⁴⁹, что "национальные суды при пересмотре вопроса о законности высылки (...) должны принимать во внимание фактические обстоятельства, которые имели место после окончательного решения компетентных органов власти и которые могут свидетельствовать о прекращении или существенном уменьшении актуальной угрозы поддержанию общественного порядка, которую представляет собой поведение данного лица"¹⁵⁰.

115. Необходимость увязывания мер по поддержанию общественного порядка с основополагающим в общеевропейском праве принципом свободного перемещения граждан заставили Суд Европейских сообществ признать, что национальные власти не должны использовать в отношении граждан Европейского сообщества "обоснований отделяемых от конкретного случая"¹⁵¹. Из этого следует, что данное лицо не может быть высланным в качестве "назидательного примера для других иностранцев", в данном случае для того, чтобы заставить соблюдать закон о хранении оружия¹⁵², получить отказ на проживание на основании того, что его деятельность могла бы способствовать бандитизму, притом что связь с преступной средой в данном случае не установлена¹⁵³. В этом же духе Институт международного права в своей резолюции 1892 года о *Международных правилах приема и высылки иностранцев* указывал, что "высылка никогда не должна производиться в частных интересах, чтобы помешать законной конкуренции или прекратить справедливые

¹⁴⁶ См. Les conclusions de l'avocat général, Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 septembre 2003.

¹⁴⁷ Суд Европейских сообществ, Постановление от 29 апреля 2004 года, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, op. cit., p. 82.

¹⁴⁸ Суд Европейских сообществ, Постановление от 11 ноября 2004 года, *Inan Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, aff. C- 467/02, Rec. Ip. 10924; Conclusions de l'avocat général M. P. Léger, présentées le 10 juin 2004, *Rec. I- p.* 10898).

¹⁴⁹ Соглашение об ассоциации между Европейским экономическим сообществом и Турцией, подписанное в Анкаре 12 сентября 1963 года, заключенное, одобренное и подтвержденное решением 64/732/СЕЕ Совета от 23 декабря 1963 года, J.O. 1964, n° 217, p. 3685.

¹⁵⁰ Суд Европейских сообществ, Постановление от 11 ноября 2004 года, *Cetinkaya, loc. cit.*, pt. 47.

¹⁵¹ Суд Европейских сообществ, Постановление от 26 февраля 1975 года, *Bonsignore*, affaire. 67/74, *Rec. CJCE*, 1975, p. 297 points 5 et 6.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Суд Европейских сообществ, Постановление от 18 мая 1982 года, дела 115 и 116/81, *Adoui et Cornuaille, Rec. CJCE*, 1982, p. 1708.

требования или действия и жалобы, регулярно направляемые в адрес судов или компетентных органов власти"¹⁵⁴.

116. Хотя предшествующее соображение в основном вписывается в особый общеевропейский правопорядок, оно могло бы, по мнению Специального докладчика, быть без ущерба распространено на случай высылки иностранцев в более общих рамках международного права.

117. Национальные суды также рассматривают дела, касающиеся высылки, на основании поддержания общественного порядка¹⁵⁵. Их критерии оценки не отличаются от критериев, вытекающих из вышеупомянутой региональной и международной судебной практики.

118. Таким образом, при пересмотре или контроле за правильностью основания, касающегося поддержания общественного порядка или национальной безопасности, определяющими являются фактические обстоятельства, актуальность угрозы и особый контекст, в который вписывается персональное поведение гражданина. Причина этого состоит в том, что почвой для возражения против использования аргументов общественного порядка и национальной безопасности, в частности в рамках права высылки, являются мотивы, а не цели. Разница между целью и мотивом состоит в следующем: "В то время как цель является результатом деяния, мотив ему предшествует"¹⁵⁶. Деяние, совершаемое с какой-то целью, ведет к осуществлению соответствующей задачи, которая может носить общий характер, в то время как деяние, совершенное на основании мотива, может быть только в пользу наступления этого мотива. Таким образом, мотив какого-либо административного акта – это правовое или фактическое положение, которое заставило администрацию совершить этот акт. Из предшествующего анализа следует:

- a) что государство не обладает абсолютными дискреционными полномочиями при оценке посягательства или угрозы посягательства на общественный порядок или общественную безопасность; оно обязано соблюдать или учитывать некоторые объективные обстоятельства¹⁵⁷;
- b) правильность ссылки на мотивы общественного порядка и безопасности основывается на принятии во внимание ряда критериев:
 - особых обстоятельств и фактического положения, способствующих или составляющих посягательство или угрозу посягательства на

¹⁵⁴ Институт международного права, Женева, сессия 1892 года. "Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers" (Rapporteurs: MM. L.-J.-D. Féraud-Giroud et Ludwig von Bar), art. 14.

¹⁵⁵ См., например, *Keledjian Garabed c. Le Procureur de la République*, Cour de cassation (Chambre criminelle), 17 décembre 1937; *Maffei c. Le Ministre de la justice*, Conseil d'État (Comité du contentieux), 12 novembre 1980, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (dir. publ.), C. J. Greenwood, p. 652 à 657; *In re Salom*, Conseil d'État, 3 avril 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (vol. supplémentaire), H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 105, p. 198 et 199.

¹⁵⁶ Pauline de FAY, "Police municipale", *Juris Classeur Administratif*, Fasc. 126-20, 16 mai 2007, p. 26.

¹⁵⁷ См. Goodwin-Gill, который считает, что "общественный порядок не может быть понятием, определенным только по национальным критериям" (op. cit., p. 154).

общественный порядок или общественную безопасность; речь идет об общем принципе права высылки иностранцев¹⁵⁸;

- персонального поведения данного лица, которое должно представлять реальную, актуальную и достаточно серьезную угрозу основным интересам общества;
- справедливый баланс между защитой общественного порядка и интересами гражданина.

3. Другие основания для высылки

119. Различные другие основания для высылки могут выдвигаться государством или быть предусмотрены национальным правом, не являясь во всех случаях мотивами, касающимися общественного порядка и общественной безопасности.

а) *Высшие интересы государства*

120. Высшие интересы государства могут рассматриваться скорее как релевантный фактор в решении вопроса о высылке иностранца исходя из соображений общественного порядка, чем как отдельное основание для высылки.

121. В национальных законах конкретизируются различные основания для высылки иностранца, которые могут быть сгруппированы под общей рубрикой "высшие интересы государства"¹⁵⁹. В частности, государство может выслать иностранца, который, как предполагается, представляет собой опасность или ставит под угрозу национальные интересы¹⁶⁰, основополагающие интересы¹⁶¹, существенные интересы¹⁶², достоинство (включая достоинство граждан государства)¹⁶³, национальную "полезность"¹⁶⁴ или интересы¹⁶⁵, общественную необходимость¹⁶⁶, государственную¹⁶⁷ или внешнюю¹⁶⁸ политику, международные соглашения,

¹⁵⁸ См. J.-A. Darut, *L'expulsion des étrangers. Principe général – Application en France*, Thèse, Droit, Aix, 1902, который пишет: "(...) Государство побуждает к высылке не брутальный факт вызываемых иностранцем беспорядков, а обстоятельства" (р. 64).

¹⁵⁹ См. наш *Предварительный доклад о высылке иностранцев*, *op. cit.*, première partie, II.C.1 c). Рассмотрение национальных законодательств по этому вопросу взято из документа "*Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата*", пункты 377–379.

¹⁶⁰ Австралия, Закон 1958 года, статья 197AD; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); Бразилия, Декрет 1981 года, статья 98, и Закон 1980 года, статьи 1–3, 7 и 56 2), 64 и 66; Канада, Закон 2001 года, статьи 34 2), 35 2) и 37 2); Чили, Декрет 1975 года, статьи 2, 15 1), 63 2), 65 1) и 3); Китай, Правило 1986 года, статья 7 6); Гватемала, Правило 1999 года, статья 97; Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 14), 24 4) о); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) g); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 19 2) и 35 1); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статьи 21 1) и 6), 88 1) и 5); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1) c); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 3) и 8); и Швеция, Закон 1989 года, статья 4.7 2).

¹⁶¹ Франция, Кодекс, статья L.521-3.

¹⁶² Германия, Закон 2004 года, статья 55 1).

¹⁶³ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1) c).

¹⁶⁴ Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 и 66.

¹⁶⁵ Бразилия, Закон 1980 года, статья 26; и Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 и 66.

¹⁶⁶ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 38.

¹⁶⁷ Литва, Закон 2004 года, статьи 7 5) и 126 1) и 3); и Польша, Закон № 1775 (2003 год), статьи 21 1) 6) и 88 1) 5).

¹⁶⁸ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 3) С).

участником которых государство является¹⁶⁹, или международные отношения с другими государствами¹⁷⁰, или общие человеческие ценности¹⁷¹.

122. Государство может вполне определенно обосновать решение, принятое по вышеуказанным соображениям, сославшись полностью или частично на свои обязательства по международным соглашениям, участником которых оно является¹⁷², или дипломатические отношения¹⁷³, или уважение к международным отношениям других государств, с которыми у него имеются отдельные договоренности¹⁷⁴. Государство также может определенно стремиться к соблюдению политического нейтралитета, рассматривая вопрос о высылке иностранцев на этом основании¹⁷⁵. Основания для высылки, имеющие отношение к "высшим интересам государства", также могут применяться к иностранцу в силу его членства в организации, которая занимается деятельностью, затрагивающей интересы государства¹⁷⁶. Кроме того, интересы государства могут влиять на требования и обязанности иностранца, въезжающего на территорию государства или пребывающего на ней¹⁷⁷. Нарушение условий въезда на территорию государства может стать отдельным основанием для высылки.

b) *Нарушение закона*

123. Иностранец подпадает под действие национального закона и юрисдикции государства, в котором он находится в соответствии с принципом территориальной юрисдикции государства¹⁷⁸. Несоблюдение национального законодательства принимающего государства может послужить правомерным основанием для

¹⁶⁹ Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1).

¹⁷⁰ Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 3) и 66; Финляндия, Закон 2004 года, статья 149; и Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 3).

¹⁷¹ Финляндия, Закон 2004 года, статья 11 1) 5); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4, 6 и 8; и Закон № 40 (1998 год), статья 4 6); и Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1).

¹⁷² Испания, Закон 2000 года, статья 26 1); и Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 6) и 8, и Закон № 40 (1998 год), статья 4 6).

¹⁷³ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b); и Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 83.

¹⁷⁴ Шенгенские соглашения являются примером такой договоренности [см. Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 11, 25 1) и 2) e)].

¹⁷⁵ Эквадор, Закон 2004 года, статья 3.

¹⁷⁶ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b).

¹⁷⁷ Австралия, Закон 1958 года, статьи 197 A B и 197 A G; Бразилия, Закон 1980 года, статья 109; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 f); и Республика Корея, Закон 1992 года, статья 22. Иностранцу может быть предъявлено совершенно определенное требование не наносить ущерба интересам государства при осуществлении его прав и свобод (Беларусь, Закон 1993 года, статья 3; и Китай, Закон 1986 года, статья 5).

¹⁷⁸ Как уже отмечалось, существуют особые категории иностранцев, например дипломаты, которые имеют право на специальные привилегии и иммунитеты. Статус этих иностранцев не рассматривается в данном разделе. "При въезде в государство иностранец сразу же подпадает под его территориальную супрематию, хотя в то же время он остается под верховенством собственного государства. Если он не принадлежит к одной из этих особых категорий (например, к дипломатам), на которые распространяются специальные правила, то находится под юрисдикцией государства его пребывания и несет ответственность за все действия, совершенные им на территории этого государства. [...] Поскольку иностранцы подчиняются территориальному верховенству местного государства, оно может применять по отношению к находящимся на его территории иностранцам свои законы, а они должны их соблюдать и уважать". Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I, Peace (parts 2-4), Londres, Longman, 1996, p. 904 и 905 (ссылки опущены).

высылки, которое признано в Европейском союзе, практике государств¹⁷⁹ и правовой литературе¹⁸⁰. В ряде случаев это основание может быть распространено на незаконную деятельность иностранца в государстве ином, чем принимающее государство¹⁸¹.

124. Было высказано мнение, что высылка иностранца – это мера, принимаемая не столько в целях наказания иностранца, сколько для защиты интересов государства¹⁸². Если преступная деятельность может служить основанием для высылки иностранца, то вопрос о его выдворении должен решаться исходя из необходимости защитить интересы принимающего государства, а не наказать иностранца. Тем не менее высылка или депортация могут предусматриваться как наказание за преступление, совершенное иностранцем по внутригосударственному законодательству соответствующего государства¹⁸³. Следует отметить, что в отношении уголовного судопроизводства, в отличие от процедуры высылки, применяется различное материально-процессуальное право. Взаимосвязь между этими двумя судебными процедурами может варьироваться в зависимости от законодательства.

¹⁷⁹ "Рассмотренные системы муниципального права демонстрируют, пожалуй, обычную последовательность в выборе оснований для высылки. Как правило, иностранец подлежит высылке, если он подпадает под одно или несколько из следующих положений: [...] 4. Вовлеченность в преступную деятельность. [...] Практика государств допускает, что высылка оправдана [...] вследствие участия в преступной деятельности [...]". G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 255 и 262. "Обычно депортация иностранца может быть предписана [...] по причине его преступного поведения", R. Plender, *International Migration Law*, 2^e éd. rév., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 468 и 482, примечание 119 (ссылки: Дания, Закон № 226 об иностранцах от 8 июня 1983 года, статья 25 1); Норвегия, Закон об иностранцах 1956 года, статья 13 1) d); Португалия, Декрет-закон № 264-B181, статья 42; Швеция, Закон об иностранцах (Utlänningslag) № 376 1980 года, Prop. 1979/80:96, статья 40; Турция, Закон № 5683 от 15 июля 1980 года о проживании и передвижении иностранцев, статья 22).

¹⁸⁰ "Признается, что высылка за деятельность в нарушение местного законодательства является обоснованной и, далее, что содержание местного законодательства касается только высылающего государства", G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 206 (ссылки опущены). См. также *Règles internationales, op. cit.*, статья 28, пункты 5 и 6.

¹⁸¹ "В некоторых странах, например в Бельгии и Люксембурге, высылка может быть предписана за преступления, предположительно совершенные за границей, только если имело место осуждение", E.M. Borchard, *op. cit.*, p. 52.

¹⁸² "Депортация в конечном счете рассматривается не как наказание, а главным образом как метод освобождения высылающего государства от присутствия нежелательного лица [...]", J.F. Williams, *op. cit.*, pp. 58 и 59. "Высылка – это мера, направленная прежде всего на защиту интересов государства. Это по существу не мера наказания иностранцев, хотя ее последствия могут быть для них ужасающими", G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 257. "Высылка, по крайней мере в теории, является не наказанием, а административной мерой, состоящей из распоряжения правительства, приказывающего иностранцу покинуть страну", R. Jennings и A. Watts, *op. cit.*, p. 945 (ссылки опущены). "Высылка иностранца не является наказанием; это исполнительный акт, включающий распоряжение, предписывающее иностранцу покинуть страну", S. Oda, *op. cit.*, p. 482. "Высылка не является наказанием, и поэтому она должна осуществляться со всей возможной осторожностью, учитывая конкретное положение отдельного лица", *Règles internationales, op. cit.*, статья 17.

¹⁸³ Поскольку государство вправе наказывать иностранца, который грубо нарушает его законы, находясь на его территории, и в некоторых случаях это наказание может включать высылку или депортацию иностранца, осужденного за крупное преступление", L.B. Sohn и T. Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, 1992, p. 89. "Можно отметить следующие особенности последних проявлений в области осуществления полномочий в отношении высылки: высылка используется как дополнительное наказание в отношении иностранца за более тяжкие преступления...", E.M. Borchard, *op. cit.*, p. 55.

125. В Европейском союзе применение высылки в качестве наказания ограничено во многих отношениях¹⁸⁴. Согласно статье 33 Директивы 2004/ЕС Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года высылка может назначаться в качестве наказания гражданам Союза или членам их семей, если такая мера не отвечает требованиям других положений этой Директивы, допускающей высылку по соображениям общественного порядка, общественной безопасности или общественного здравоохранения.

"Статья 33. Высылка как мера наказания или правовое последствие

1. Приказы о высылке не могут быть изданы принимающим государством-членом как мера наказания или правовое последствие наказания, связанного с лишением свободы, если они не соответствуют требованиям статей 27¹⁸⁵, 28¹⁸⁶ и 29¹⁸⁷.

2. Если приказ о высылке, предусмотренный в пункте 1, выполняется более чем через два года после его издания, то государство-член проверяет, действительно ли соответствующее лицо в настоящее время представляет угрозу общественному порядку или общественной безопасности, и оценивает, произошли ли существенные изменения в обстоятельствах с момента принятия решения о выдворении"¹⁸⁸.

126. Несоблюдение внутригосударственного права принимающего государства, включая его уголовное законодательство, во многих государствах является основанием для высылки. Может потребоваться¹⁸⁹ или может не потребоваться¹⁹⁰, чтобы Суд, выносящий приговор, был судом вышлагающего государства. Что

¹⁸⁴ Анализ вопросов, возникающих в связи с высылкой в качестве двойного наказания согласно национальным законам и практике государств – членов Европейского союза, включая Бельгию, Германию, Данию, Италию, Португалию, Соединенное Королевство и Францию, см. *La double peine*, Documents de travail от Sénat, France, série Législation comparée, Division des études de législation comparée от Service des études juridiques, n° LC 117, février 2003.

¹⁸⁵ См. меморандум Секретариата, цит. соч., часть VII.A.6 с).

¹⁸⁶ Статья 28 предусматривает следующее:

"Защита от высылки

1. До вынесения решения о высылке по соображениям общественного порядка или общественной безопасности принимающее иностранцев государство-член учитывает такие факторы, как длительность проживания соответствующего лица на его территории, его/ее возраст, состояние здоровья, семейное и экономическое положение, социальная и культурная интеграция в общество принимающего государства-члена и степень его/ее связей со страной происхождения.
2. Принимающее государство-член не может принять решение о высылке в отношении граждан Союза или членов их семей независимо от гражданства, которые имеют право на постоянное проживание на его территории, кроме как по серьезным соображениям общественного порядка или общественной безопасности.
3. Решение о высылке не может быть принято в отношении граждан Союза, за исключением случаев, когда это решение основывается на настоятельных соображениях общественной безопасности, как определено государствами-членами, если эти граждане:
 - а) проживали в принимающем государстве-члене в течение предыдущих 10 лет; или
 - б) являются несовершеннолетними, кроме случаев, когда высылка необходима в наилучших интересах ребенка, как предусмотрено в Конвенции Организации Объединенных Наций о правах ребенка от 20 ноября 1989 года".

¹⁸⁷ См. меморандум, цит. соч., часть VII.A.6 g). В этом положении определяются болезни, которые могут оправдать высылку по соображениям общественного здоровья.

¹⁸⁸ Поправка к Директиве 2004/38/ЕС, *op. cit.*

¹⁸⁹ Аргентина, Закон 2003 года, статьи 29 f)–g) и 62 b); Австралия, Закон 1958 года, статьи 201 а) и 203 1) а); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) h); Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 1) и 66.

¹⁹⁰ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 с); Австралия, Закон 1958 года, статья 201 а)–с); Канада, Закон 2001 года, статья 36 1)–3).

касается основной нормы уголовного права, то в релевантном законе могут: 1) содержаться положения о том, что эта норма должна соблюдаться высылающим государством¹⁹¹; 2) определяться конкретные положения, нарушение которых обосновывает высылку¹⁹²; 3) признаваться нарушения закона иностранного государства¹⁹³, иногда подлежащего сравнению с законом высылающего государства¹⁹⁴, или 4) может не определяться конкретная норма уголовного права, но она должна оцениваться и классифицироваться с точки зрения закона высылающего государства¹⁹⁵.

127. В национальных законах некоторых государств не конкретизируется вид нарушения или процессуального действия, который может привести к высылке на этом основании¹⁹⁶. Национальные законы других государств, наоборот, за определенные виды поведения предусматривают высылку. Например, если иностранец помогал заниматься контрабандой или содействовал незаконному въезду других иностранцев (за исключением случаев торговли людьми, относящихся к нормам нравственности) или принадлежал к организации, занимающейся такой деятельностью¹⁹⁷, согласно релевантному закону: 1) эти действия могут быть рассмотрены как основания для высылки¹⁹⁸; 2) можно потребовать вынесения приговора по уголовному делу на соответствующих основаниях¹⁹⁹; 3) можно определить наказание в дополнение к высылке²⁰⁰; 4) возложить юридическую ответственность на иностранца, но не обязательно подвергать его высылке²⁰¹. Когда речь идет о нелегально въезжающих в страну лицах, не связанных с занятием контрабандой, законодательство может устанавливать, что высылка состоится после исполнения назначенного наказания²⁰². Это основание для высылки может быть вменено в вину всем членам семьи иностранца²⁰³.

¹⁹¹ Австралия, Закон 1958 года, статья 250 1); Беларусь, Закон 1998 года, статьи 14 и 28, и Закон 1993 года, статья 20 3); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) а) и 47 1) а); Испания, Закон 2000 года, статья 57 7) и 8); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 4), 5 8) и 5 9)-2); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 88 1) 9); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 2), 1) 8), 46 2), 67 1), 89 1) 5).

¹⁹² Германия, Закон 2004 года, статья 53 2); Австралия, Закон 1958 года, статья 203 1) с); Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv)–vi).

¹⁹³ Колумбия, Закон, статья 89 7); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 4); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) d).

¹⁹⁴ Канада, Закон 2001 года, статья 36 2) b)–c); Испания, Закон 2000 года, статья 57 2); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 6), 9) 6 и 18 9) 6), и Закон 1996 года, статьи 26 3), 27 3).

¹⁹⁵ Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 3), 16 1) и 65 1).

¹⁹⁶ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) а) и 47 1) а); Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 10 4).

¹⁹⁷ Канада, Закон 2001 года, статья 37 1) b).

¹⁹⁸ Германия, Закон 2004 года, статьи 53 3) и 54 2); Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 с); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 XII) и XIII) и 127; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) с); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8; Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108 2) и 111. Государство может, безусловно, не подвергать высылке на таких основаниях некоторые категории лиц, например религиозных деятелей или дипломатов [Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8)].

¹⁹⁹ Германия, Основной закон, статьи 53 3) и 54 2); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а).

²⁰⁰ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 XII) и XIII) и 125–127; Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108 2) и 111.

²⁰¹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 26.

²⁰² Чили, Декрет 1975 года, статьи 69 и 87; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 276 с); Франция, Кодекс, статьи L.621-1, L.624-2 и L.624-3; Италия, Декрет-

128. Если законодательством допускается высылка после вынесения приговора иностранцу²⁰⁴, необходимо выдержать пороговую величину в отношении суровости наказания²⁰⁵. В подобных случаях высылка может 1) применяться в качестве отдельного или комбинированного наказания²⁰⁶; 2) быть аннулирована, может быть заменен приговор к лишению свободы либо другой приговор или высылка может быть произведена в период отбывания наказания²⁰⁷; 3) быть предписана после того, как иностранец начинает отбывать наказание, связанное с лишением свободы, или другое наказание²⁰⁸ или отбывает наказание в какой-либо другой форме заключения,

закон № 286 (1998 год), статья 16 4) и 16 8); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 108 2) и 111.

²⁰³ Бразилия, Закон 1980 года, статья 26 2).

²⁰⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статья 64 а) и b); Австралия, Закон 1958 года, статьи 200 и 201 а)–с); Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 2); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 47 4) и 57 1) h); Канада, Закон 2001 года, статья 36 1) а)–с); Китай, Положения 1992 года, статьи I i) и II i) и ii); Колумбия, Закон, статья 89 1); Дания, Закон 2003 года, статья 22; Испания, Закон 2000 года, статья 57 1); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 а) 48 и а) 50) f) 7); Финляндия, Закон 2004 года, статья 149 2); Франция, Кодекс, статья L.521-2; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 4) и 24 4) g) i); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) d); Норвегия, Закон 1988 года, статья 29 b) и c); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 f); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6, 7 3) и 81 5); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 25 2) с); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 46 1) 11); Швеция, Закон 1989 года, статьи 4.2 3) и 4.7; Швейцария, Уголовный кодекс, статья 55 1). Эта норма может, в частности, содержать требование, чтобы преступление было определенного типа или характера (отмывание денег или, например, преднамеренное преступление) [Германия, Закон 2004 года, статьи 53 1) и 2) и 54 1); Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 с) и 62 b); Бразилия, Декрет 1981 года, статья 101, и Закон 1980 года, статья 67; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 2), 237 а) 2) и 238 с); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) е); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 9)–2, 24 4) f) и 4)–2; Нигерия, Закон 1963 года, статья 18 1) с); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 88 1) 9)].

²⁰⁵ Германия, Закон 2004 года, статьи 53 1) и 2) и 54 1) и 2); Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 с) и 62 b); Австралия, Закон 1958 года, статья 201 а)–с); Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 2); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 47 4) и 57 1) h); Канада, Закон 2001 года, статья 36 1) b) и c); Дания, Закон 2003 года, статья 22; Испания, Закон 2000 года, статья 57 2) и 7); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 а) 50) f) 7); Финляндия, Закон 2004 года, статья 149 2); Франция, Кодекс, статья L.521-2; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) е); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 4) и 24 4) g), i); Норвегия, Закон 1988 года, статья 29 b) и c); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 4), 7 3) и 81 5); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 25 2) с); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.7; Швейцария, Уголовный кодекс, статья 55 1). Если высылка следует за приговором, вынесенным в высылающем государстве, возможна проверка суровости наказания по постановлению суда [Австралия, Закон 1958 года, статья 201 а)–с); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) h)]. После вынесения приговора иностранным судом соответствующие юристы могут рассмотреть вопрос о соразмерности приговора, который высылающее государство применило бы к этому нарушению [Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 с) и 62 b); Канада, Закон 2001 года, статья 36 1) b) и c); Испания, Закон 2000 года, статья 57 2); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) е); Норвегия, Закон 1988 года, статья 29 b) и c); Парагвай, Закон 1996 года, статья 7 3)].

²⁰⁶ Китай, Закон 1978 года, статья 35; Положения 1998 года, статья 336, и Положения 1992 года, статья I i); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 46 1).

²⁰⁷ Аргентина, Закон 2004 года, статья 64 а)–с); Испания, Закон 2000 года, статьи 53 и 57 1), 7); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 16 1), 4), 8) и 9); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 62 3)–5), 63; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 85 2); Швейцария, Уголовный кодекс, статья 55 2)–4).

²⁰⁸ Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 b); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 47 4); Чили, Декрет 1975 года, статья 57; Китай, Положения 1992 года, статьи II ii) и VI i) и Положения 1998 года, статья 336; Испания, Закон 2000 года, статья 57 8); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 238 а) 1); Франция, Кодекс, статья L541-1; Гондурас,

связанного с возможным или фактическим наказанием²⁰⁹; 4) быть назначена потому, что иностранец был приговорен к наказанию, не предусматривающему высылку, или когда за приговором иным образом не следует высылка²¹⁰.

129. Согласно соответствующему национальному законодательству основания по этой рубрике могут также быть найдены, если иностранец: 1) осужден или иным образом сочтен виновным²¹¹, обвинен²¹², находится под судом²¹³ или в розыске²¹⁴, преследуется в судебном порядке²¹⁵ или уличен в нарушении закона²¹⁶; 2) подозревался²¹⁷ или подозревается²¹⁸ в совершении нарушения; 3) имеет судимости²¹⁹; 4) обнаруживает склонность²²⁰ к преступным деяниям или поведению²²¹, совершает их²²², умышляет их²²³ или предрасположен к ним²²⁴; 5) был

Закон 2003 года, статья 89 1); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 62 3) и 63 2); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 81 5) и 111; Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 8 1) 9); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 84 2), 85 1) и 2) и 86 2); Швейцария, Уголовный кодекс, статья 55 4).

²⁰⁹ Австралия, Закон 1958 года, статья 250 3)–5); Беларусь, Закон 1998 года, статья 14.

²¹⁰ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 47 4) и 57 1) g) и h); Колумбия, Закон, статья 89 1).

²¹¹ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b); Австралия, Закон 1958 года, статьи 200 и 203 1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 66; Колумбия, Закон, статья 89 7); Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 1); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 5). Эта норма может, в частности, содержать требование, чтобы преступление было определенного типа или характера, такое, например, как отмывание денег или преднамеренное преступление [Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) g); Канада, Закон 2001 года, статья 36 1) a) и b), и 2) a) и b); Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 3), 16 1), 63 1), 64 1), 65 1) и 2) и 66; Испания, Закон 2000 года, статья 57 2) и 7) и 8); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 a) 50) f) 8)]; Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 5), 9 5) и 18 9) 5); Франция, Кодекс, статьи L.511-1 5) и L.541-1; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) a); Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 10 1). Возможность обжалования или пересмотра приговора отражается на способности степени "приемлемости" формулы осуждения служить в качестве основания для высылки. (Ср. австрийский Закон 2005 года, статья 3.54 2) 1), который разрешает высылку, когда решение суда не является окончательным, и нигерийский Закон 1963 года, статья 21 2), который не разрешает депортацию во исполнение рекомендации о высылке до тех пор, пока не рассмотрены все апелляционные жалобы).

²¹² Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 2); и Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 3), 16 1), 64 1), 65 1) и 66.

²¹³ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 f).

²¹⁴ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b).

²¹⁵ Бразилия, Закон 1980 года, статья 66.

²¹⁶ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2) 2); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 4) 8).

²¹⁷ Китай, Закон 1978 года, статья 35; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 2) A); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 67 1) и 89 1) 5). Релевантное законодательство может определенно включать деяние, совершенное за пределами территории государства (Беларусь, Закон 1998 года, статья 28).

²¹⁸ Такое деяние может быть либо определенного типа [Беларусь, Закон 1998 года, статья 14; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 25 2) d); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 2) и 11 1) 8)], либо не конкретизировано [Австралия, Закон 1958 года, статья 250 1); Беларусь, Закон 1993 года, статья 20 3)].

²¹⁹ Германия, Закон 2004 года, статья 53 1); Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 c); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 a) 2) B); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 6), 9 6) и 18 9) 6), и Закон 1996 года, статьи 26 3) и 27 3); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 5).

²²⁰ Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 b).

²²¹ Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 2), 17, 63 2) и 65 1) 3).

²²² Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 b); Швеция, Закон 1989 года, статья 3.4 2).

²²³ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 25 2) e); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 3), 4.7

выслан из этого или другого государства на основании определенных положений уголовного законодательства²²⁵; 6) является членом организации, занимающейся, как считается, преступной деятельностью²²⁶.

130. Высылка на этом основании может зависеть: 1) от того, был ли иностранец во время совершения деяния гражданином²²⁷, имел ли он или нет разрешение находиться или постоянно проживать на территории этого государства²²⁸, был ли он помилован или была ли с него снята соответствующая судимость²²⁹, был ли он реабилитирован²³⁰; 2) от продолжительности пребывания этого иностранца на территории государства во время совершения деяния²³¹; 3) от того, предоставляет ли закон высылающего государства особый режим этому иностранцу²³²; 4) от того, имеет ли государство гражданства иностранца особые отношения с высылающим государством²³³; 5) от порядка прибытия или размещения иностранца в соответствующее время²³⁴.

131. В национальном законодательстве может содержаться прямое положение, которым объявляется не относящимся к делу соотношение времени осуждения иностранца и времени вступления в силу конкретного закона²³⁵ и может²³⁶ или не может²³⁷ рассматриваться в качестве основания для признания недопустимым присутствие иностранца в стране тот факт, что его въезд был обеспечен с помощью лица или организации, занимающихся противоправной деятельностью.

132. Многие дела в национальных судах касаются высылки иностранцев, осужденных²³⁸ за совершение серьезных преступлений²³⁹.

и 4.11.

²²⁴ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 7).

²²⁵ Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 5) и 2).

²²⁶ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) е); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) g); Канада, Закон 2001 года, статья 37 1) и 2);

²²⁷ Австралия, Закон 1958 года, статьи 201 а) и b), 203 1) а) и b), 7, 204 1) и 2) и 250 1)–3); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 74, 75 и 76 1).

²²⁸ Австралия, Закон 1958 года, статьи 201 b) и 204; Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2); Дания, Закон 2003 года, статья 22; Испания, Закон 2000 года, статья 57 5) и 7); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 238 b); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 9)–2 и 24 4)–2; Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 4) и 5); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 3).

²²⁹ Канада, Закон 2001 года, статья 36 3) b).

²³⁰ Ibid., статья 36 3) c).

²³¹ Австралия, Закон 1958 года, статья 201 b); Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 2); Дания, Закон 2003 года, статья 22; Парагвай, Закон 1996 года, статья 81 5); и Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 3). Период тюремного заключения может иметь значение для исчисления продолжительности пребывания иностранца в стране (Австралия, Закон 1958 года, статья 204).

²³² Австралия, Закон 1958 года, статья 201 b) ii).

²³³ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b).

²³⁴ Австралия, Закон 1958 года, статья 250 1).

²³⁵ Ibid., статьи 201 а) и 203 1) а).

²³⁶ Ibid., статья 250 1 а).

²³⁷ Канада, Закон 2001 года, статья 37 2) b).

²³⁸ В 1933 году Верховный суд Канады просили установить, можно ли объявить индивида, который полностью отбыл срок тюремного заключения или был помилован (королевская прерогатива помилования), нежелательным лицом или лицом, пребывание которого в стране запрещено, и выслать на основании факта его осуждения. Суд постановил, что отбытие наказания за преступное деяние не исключает возможности депортации при последующем административном производстве. Предметом рассмотрения стал вопрос о последствиях осуществления Его Превосходительством генерал-губернатором королевской прерогативы помилования для судопроизводства по делам о

133. По-видимому, в практике государств признается юридическая сила этого основания для высылки. Однако в соответствии с практикой различных государств в отношении некоторых элементов этого основания может потребоваться дальнейшее их рассмотрение с точки зрения: 1) достаточной степени серьезности нарушения национального законодательства; 2) типа преступного поведения с точки зрения планирования нарушения, его подготовки, совершения, подстрекательства к нему или вступления в сговор с целью его совершения²⁴⁰; 3) требования предоставления достоверных доказательств такого противоправного поведения на всех этапах рассмотрения дела от "ничем не подтвержденного подозрения" до окончательного решения²⁴¹; 4) права иностранца иметь возможность опровергнуть выдвигаемые против него обвинения в преступном поведении²⁴²; 5) необходимости проведения отдельного

депортации. Ссылка на Верховный суд Канады, 15 и 29 марта 1933 года, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933 и 1934, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 135, pp. 328–330. См. также *Sentenza* n° 58, Конституционный суд Италии, 1995 год, (объявивший неконституционным положение о высылке иностранца, отбывшего срок тюремного заключения по осуждению в уголовном порядке, при отсутствии заключения о том, что его пребывание в стране по-прежнему опасно); *idem*, *Sentenza* n° 62, 24 февраля 1994 года (подтвердивший конституционность приостановки исполнения тюремного заключения на срок менее трех лет в пользу высылки осужденного иностранца).

²³⁹ *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Федеральный суд, Общий отдел, 13 ноября 1979 года, *International Law Reports*, *op. cit.*, pp. 627–634 (осужден за насильственные преступления, включая злоумышленную стрельбу с намерением причинить тяжкое телесное повреждение); дело *Deportation to U.*, Федеративная Республика Германия, Высший административный суд (Oberverwaltungsgericht), Рейнланд-Пфальц, 16 мая 1972 года, *International Law Reports*, *op. cit.*, pp. 613–617 (осужден за убийство); *Urban v. Minister of the Interior*, *op. cit.*, pp. 340–342; дело иностранца без гражданства (Германия), *op. cit.*, pp. 507 и 508 (Иностранец гражданин, признанный виновным в совершении уголовного преступления, как правило, высылается в свою страну происхождения). В деле *Leocal v. Ashcroft* Верховный суд Соединенных Штатов Америки постановил, что управление автомобилем в нетрезвом состоянии является правонарушением, аналогичным совершенному во Флориде, такие правонарушения либо не имеют компонента вины, либо требуют только доказывания небрежности при эксплуатации транспортного средства, они не квалифицируются как "насильственные преступления" в соответствии с законодательством о высылке (*Leocal v. Ashcroft, Attorney General, et al.*, Апелляционный суд Соединенных Штатов, одиннадцатая выездная судебная сессия, 9 ноября 2004 года, № 03-5830). В некоторых случаях национальные суды рассматривали обвинительные приговоры, вынесенные за тяжкие преступления, совершенные вне принимающего государства, в качестве достаточного основания для признания конституционным указания о высылке по соображениям общественного порядка.

²⁴⁰ "Оно может выслать со своей территории лицо, которое совершает действия, запрещенные его законами, или которое вполне может рассматриваться как возможный нарушитель их, или которое высказывает свои возражения против них, независимо от взглядов на его поведение или ожидаемое поведение его собственного государства", С. Н. Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd. rév., Boston, Little Brown and Company, 1947, p. 234 (ссылка опущена).

²⁴¹ "Наиболее частой причиной высылки является осуждение за преступление. Все страны сохраняют за собой это право, хотя к нему обычно прибегают только в вопиющих случаях, когда присутствие иностранца может нанести вред общественной безопасности. В тех странах, где необходимость поддержания общественного порядка достаточно велика, особенно если преступление носит политический характер, высылка может осуществляться по приказу исполнительной власти без судебного приговора", Е.М. Borchard, *op. cit.*, p. 52. "Право на высылку или депортацию может быть использовано, если поведение или деятельность иностранца после допуска в страну ведется в нарушение некоторых основополагающих норм. Такое поведение или деятельность включают: [...] 2. Осуждение за тяжкое преступление [...]", L.V. Sohn и Т. Vuergenthal, *op. cit.*, pp. 90 и 91.

²⁴² "Чтобы свести к минимуму грубое и произвольное использование силы, во многих межгосударственных договорах оговаривается [...], что высланное лицо имеет возможность освободиться от обвинений, выдвинутых против него [...]", Е.М. Borchard, *op. cit.*, p. 56.

судебного разбирательства для установления факта нарушения национального законодательства и принятия решения в отношении легитимности высылки²⁴³.

с) Наказание в виде тюремного заключения

134. Среди этих различных оснований в законодательствах многих государств нередко делается ссылка на совершенное иностранцем правонарушение или его наказание в виде лишения свободы. Это основание для высылки имеет давнюю историю. Научные исследования авторов конца XIX и начала XX века конкретно подтверждают это. Например, по мнению Мартини, "нет никаких сомнений в том, что иностранцы, приговоренные судом, в первую очередь могут представлять угрозу общественной безопасности, и поэтому основной причиной высылки является наличие судебного приговора. Достаточно взглянуть на фигурирующие в постановлениях решения, принятые в отношении лиц, привлекаемых к ответственности за совершенные правонарушения, чтобы убедиться: почти всегда эти иностранцы были высланы после того, как им был вынесен соответствующий приговор"²⁴⁴. Кроме того, иностранец, осужденный даже по признакам уголовного преступления, становился объектом следствия с целью высылки; иностранец мог, следовательно, быть выслан после первого же приговора и даже при условном осуждении²⁴⁵, если только речь не идет о минимальном наказании за мелкие правонарушения или за те правонарушения, которые по своему характеру не представляют опасности для общественного порядка²⁴⁶.

135. В настоящее время практика большинства государств стала мягче, возможно, под влиянием правозащитной деятельности; таким образом, хотя в целом осуждение иностранца остается основанием для его высылки, к ней прибегают только тогда, когда речь идет о наказании в виде лишения свободы за соответствующие правонарушения, степень тяжести которых, однако, различается по государствам.

136. Сравнительное исследование в области законодательства показывает, что данное основание существует, в частности, в бельгийском, британском, германском, датском, итальянском, португальском, французском законодательствах. Действительно, в Бельгии²⁴⁷, Германии²⁴⁸, Дании²⁴⁹, Италии²⁵⁰, Португалии²⁵¹ и Соединенном Королевстве²⁵² некоторые уголовные наказания могут служить основанием для принятия решения о высылке. Основанием для принятия решения о

²⁴³ "Было признано, что право уголовного преследования и право депортировать или выслать несовместимы как действующие одновременно права; процессуальные действия должны следовать одно за другим", Ibid., p. 52 (цитируется дело *U.S. v. Lavoie*, 182 Fed. Rep. 943; и дело *Mgr Montagnini en France*, 14, *Revue générale de droit international public* (1907), 175; J. Challamel in *Journal des débats*, 12 mars 1907, воспроизведено в: 34 *Clunet* (1907), pp. 331–334.

²⁴⁴ A. Martini, *op. cit.*, p. 55.

²⁴⁵ Ibid., pp. 55–56.

²⁴⁶ Циркуляр французского министра внутренних дел от 20 июля 1893 года, цитируется A. Martini, *op. cit.*, note n°1, pp. 55–56.

²⁴⁷ См. Закон 1990 года об иностранцах, в частности статьи 45–48.

²⁴⁸ См. Закон от 15 декабря 1980 года о доступе в страну, пребывании, постоянном проживании и высылке иностранцев, в частности статьи 20–26.

²⁴⁹ См. Закон от 17 июля 2002 года об иностранцах, в частности раздел IV.

²⁵⁰ См. Законодательный декрет № 286 от 25 июля 1998 года относительно высылки иностранцев, измененный Законом от 30 июля 2002 года.

²⁵¹ См. Законодательный декрет № 244 от 8 августа 1998 года, касающийся правового режима иностранцев.

²⁵² См. Закон 1971 года об иммиграции, в частности статьи 3, 5, 6 и 7 и раздел 13.

высылке может быть наличие наказания в виде лишения свободы, продолжительность такого наказания или приговор за соответствующее правонарушение. Во Франции иностранцы, которые совершают противоправное деяние на национальной территории, не только подлежат наказаниям, предусмотренным законом за данное деяние, но также могут быть высланы в страну своего происхождения. Следует подчеркнуть, что речь идет о совершеннолетних иностранцах, законно находящихся в государстве.

137. В целом обнаруживается, что принцип двойного наказания, то есть приговор в виде лишения свободы, сопровождаемый судебным или административным решением о высылке, принят во всех рассматриваемых странах²⁵³, за исключением Бельгии. При этом в Германии и Бельгии прежние судимости у иностранца могут повлечь за собой меру в виде высылки в связи с угрозой общественному порядку²⁵⁴. Принятие решения о двойном наказании обычно оставляется на усмотрение ответственного органа власти. Однако в законодательстве Германии определяются нарушения, которые обязательно влекут за собой высылку. В то же время итальянские и португальские законы исключают двойное наказание для иностранцев, относящихся к категории покровительствуемых лиц²⁵⁵, которые могут быть высланы только на том основании, что они создают угрозу общественному порядку. Этот критерий, касающийся посягательства или "серьезного посягательства" на общественный порядок, действует также в Бельгии²⁵⁶, Дании²⁵⁷,

²⁵³ См. *Les documents de travail om Sénat (français). Série Législation comparée. La double peine* n° LC 117 février 2003, Служба юридических исследований. Отдел сравнительных исследований законодательства, 11 февраля 2003 года, см. по адресу: <http://www.parlement.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?geshid=19973467>, стр. 20 оригинального текста. См. также на сайте Сената: <http://www.senat.fr/europe>.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Согласно германскому законодательству защита зависит главным образом от характера имеющегося у иностранца документа на право пребывания. Защита не исключает высылку, но ограничивает применение положений о депортации иностранцев случаями, когда иностранец представляет собой серьезную угрозу для общественной безопасности и, в частности, в предполагаемых ситуациях, предусмотренных в пункте 1 статьи 47. В контексте статей 47 и 48 покровительствуемыми иностранцами являются:

- владельцы бессрочного и безусловного вида на жительство;
- владельцы бессрочного вида на жительство, родившиеся в Германии или прибывшие туда в несовершеннолетнем возрасте;
- владельцы бессрочного вида на жительство, состоящие в браке или оформившие гражданский брак с иностранцем, принадлежащим к одной из вышеуказанных категорий;
- пользующиеся правом убежища или получившие статус беженца;
- владельцы особого документа на право проживания, выданного по безотлагательным гуманитарным соображениям. Кроме того, иностранцы, проживающие в семье, имеющей лиц германского гражданства, пользуются такой же защитой.

²⁵⁶ В Бельгии под защитой находятся следующие категории:

- иностранцы, постоянно проживающие в Бельгии не менее десяти лет;
- иностранцы, отвечающие условиям получения бельгийского гражданства по оптации, декларации или восстановлению при его утрате;
- женщины, утратившие бельгийское гражданство, например после замужества;
- неразведенные супруги бельгийских граждан;
- иностранцы, утратившие трудоспособность.

В Циркуляре от июля 2002 года к этому добавляются: иностранцы, проживавшие в Бельгии не менее двадцати лет; те, кто родился в Бельгии или прибыл в нее в возрасте младше двенадцати лет; главы семейств, приговоренные на срок менее пяти лет. Только исключительные случаи (педофилия, незаконный оборот наркотиков в крупных размерах, организованная преступность) являются основанием для высылки таких иностранцев.

Италии²⁵⁸, Португалии²⁵⁹, Соединенном Королевстве²⁶⁰. Иными словами, лица данной категории не могут подвергаться двойному наказанию.

Другими элементами защиты, которые определяет специальная консультативная комиссия, учрежденная Законом 1980 года для рассмотрения всех проблем в связи с высылкой, являются: степень интеграции соответствующего лица в бельгийское общество (работа, участие в ассоциациях, репутация и т. д.), характер связей со страной происхождения, возможность рецидива.

²⁵⁷ В Дании ни одна категория не находится под защитой априорно. Отсутствие такого положения компенсируется, в частности, дифференцированным применением судебных постановлений о высылке в зависимости от срока пребывания иностранца в данной стране. В остальном в статье 26 Закона перечисляются факторы, которые необходимо учитывать, прежде чем принимать меры по высылке.

- интеграция в датское общество (работа, образование, владение языком, участие в ассоциациях и т. д.);
- возраст, в котором соответствующее лицо прибыло в Данию;
- срок его пребывания в Дании;
- возраст, состояние здоровья и другие личные данные иностранца;
- его связи с лицами, постоянно проживающими в Дании;
- риски, которым он подвергается при возвращении в свою страну происхождения или в другую страну.

Закон, однако, указывает, что эти личные факторы не принимаются во внимание при высылке на основании осуждения за нарушение законодательства о наркотиках или за одно из перечисляемых в Законе уголовных преступлений, если только у иностранца нет особо тесных связей с датским обществом.

²⁵⁸ Согласно статье 19 итальянского Законодательного декрета 1998 года, регламентирующего вопросы иммиграции, ни одно судебное постановление о высылке не может быть вынесено в отношении иностранцев, принадлежащих к одной из следующих категорий:

- несовершеннолетние в возрасте до 18 лет;
 - обладатели вида на жительство;
 - лица, проживающие под одной крышей с родственниками, имеющими итальянское гражданство, до четвертого колена;
 - супруги итальянских граждан;
 - беременные женщины или женщины, родившие ребенка менее шести месяцев назад.
- В отношении таких иностранцев может быть принято административное решение о высылке только по соображениям угрозы, которую они представляют для общественного порядка и безопасности государства.

²⁵⁹ В Португалии высылка в качестве дополнительного наказания не применяется к иностранцам, принадлежащим к одной из следующих категорий:

- родившиеся в Португалии и постоянно проживающие в ней;
- родители несовершеннолетних детей, проживающие в Португалии, в той степени, в какой они осуществляют их воспитание;
- лица, проживающие в Португалии с десятилетнего возраста.

Это положение не существовало до принятия Закона 2001 года, но косвенно предусматривалось Законом о делегировании, принятым Ассамблеей Республики в сентябре 2000 года. Парламент разрешил тогда правительству изменить Законодательный декрет 1998 года при условии исключения из сферы применения дополнительных наказаний в отношении этих трех категорий иностранцев.

²⁶⁰ В Соединенном Королевстве Закон 1971 года исключает любую высылку как следствие совершения уголовного правонарушения для лиц, бывших гражданами Содружества и проживавших в Соединенном Королевстве на 1 января 1973 года, если они проживали в Соединенном Королевстве не менее пяти лет со времени осуждения.

В отношении высылки правонарушителя иммиграционные правила требуют принимать во внимание следующие факторы:

- возраст;
- продолжительность пребывания в Соединенном Королевстве;

138. Во всех случаях компетентные органы власти в вопросе о высылке пользуются широкой автономией. Так, например, в Германии, когда такая мера, как высылка, не является обязательной, администрация должна, в частности до принятия решения о выдворении нарушителя, учесть продолжительность пребывания иностранца на территории государства и последствия его высылки. То же имеет место в Италии и Португалии, когда нарушитель не принадлежит к категории покровительствуемых лиц. Подобным образом в Бельгии, Дании и Соединенном Королевстве в законодательстве об иностранцах уточняется, что такая мера, как высылка, не может быть принята без учета степени интеграции иностранца в общество, которое его приняло. В Соединенном Королевстве имеется особенность, состоящая в том, что такая мера, как высылка, установленная судьей по уголовным делам, но утверждаемая в последней инстанции министром внутренних дел, может быть распространена на членов семьи в той мере, в какой они в финансовом отношении зависят от иностранца-правонарушителя²⁶¹.

139. Можно констатировать, что как в давней, так и в новейшей практике многих государств наказание в виде лишения свободы считается основанием для высылки. В давней практике ряда государств к этому основанию добавлялись и другие мотивы, часть из которых в настоящее время неприемлемы в рамках международного права. По правде говоря, практика в целом выглядит достаточно запутанной, часто различающейся по странам, и принцип принятия или запрещения того или иного основания опирается обычно скорее не на договорные положения или четкую международную судебную практику, а на теоретические положения. В последующих пунктах будут представлены различные другие основания, как использовавшиеся в прошлом, так и применяемые в настоящее время, на которые часто ссылаются государства при рассмотрении того, в какой степени они являются соответствующими, приемлемыми или запрещенными в рамках позитивного международного права.

140. В статье 28 резолюции 1892 года Института международного права, которая уже упоминалась, приводится перечень из десяти пунктов, касающийся законных оснований для высылки иностранцев. Данный перечень отражает как практику, вытекающую из внутренних законодательств²⁶², так и позицию в доминирующей в

-
- интенсивность связей с Соединенным Королевством;
 - личные характеристики (поведение, работа и т. д.) и семейные;
 - наличие судимостей;
 - гуманитарные причины;
 - положительные отзывы;

В отношении высылки членов семьи иммиграционные правила рекомендуют принимать во внимание эти факторы, а также возможность соответствующих лиц содержать себя и последствия высылки, в частности, для продолжения учебы.

²⁶¹ См. *Les documents de travail om Sénat (français) ... op. cit.*, p. 21.

²⁶² Можно процитировать, в частности: Франция (Уголовный кодекс и Закон от 3 декабря 1849 года; Бельгия (Закон от 9 февраля 1885 года; Закон от 27 ноября 1891 года; Закон от 12 февраля 1897 года); Испания (Королевский декрет от 17 ноября 1852 года, Королевский ордонанс от 26 июня 1858 года; Великобритания (Закон об иностранцах от 11 августа 1905 года); Греция (Уголовный кодекс от 24 июня 1885 года); Италия (Уголовный кодекс 1859 года, Закон от 22 декабря 1888 года; Декрет от 30 июня 1889 года и Правило; Королевский декрет № 1848 от 6 ноября 1926 года, подтверждающий оригинальный текст законов об общественной безопасности (раздел V: "О пребывании и высылке иностранцев"); Люксембург (Закон от 30 декабря 1893 года); Нидерланды (Закон от 13 августа 1849 года); Португалия (Закон от 20 июля 1912 года и Декрет от 7 июля 1927 года); Румыния (Закон от 7 апреля 1881 года; Правило от 2 августа 1990 года; Швейцария (Ордонанс от 17 ноября 1919 года); Соединенные Штаты Америки (Законы от

соответствующий период времени доктрине и заслуживает того, чтобы напомнить о нем и привести его полностью:

"Следующие лица могут быть высланы:

1. Иностранцы, которые въехали в страну незаконно, в нарушение правил о допуске иностранцев; однако, если нет других оснований для высылки, после того как они провели шесть месяцев в стране, их уже нельзя высылать.
2. Иностранцы, которые домицилировались или проживают на территории в нарушение строгого запрещения.
3. Иностранцы, которые во время пересечения границы перенесли заболевания, представляющие угрозу общественному здоровью.
4. Иностранцы, занимающиеся попрошайничеством или бродяжничеством или зависящие от помощи государства.
5. Иностранцы, осужденные судами данной страны за тяжкие преступления.
6. Иностранцы, которые были осуждены или подлежат преследованию за границей за тяжкие преступления, которые согласно законодательству данной страны или согласно соглашениям о выдаче, заключенным данным государством с другими государствами, могут привести к их выдаче.
7. Иностранцы, виновные в подстрекательстве к совершению тяжких преступлений против общественной безопасности, даже если такое подстрекательство само по себе наказуемо по законодательству данной территории и даже если такие преступления предполагалось совершать только за границей.
8. Иностранцы, проживающие на территории государства, виновные или подозреваемые в нападениях – будь то в прессе или иными способами – на иностранные государства или суверена, или институты иностранного государства, при условии, что такие действия, совершенные за границей гражданами данного государства и направленные против самого государства, подлежат наказанию согласно законодательству высылающего государства.
9. Иностранцы, которые во время пребывания на территории государства обвинялись в нападениях или оскорбительных выпадах против государства, нации или суверена, опубликованных в иностранной печати.
10. Иностранцы, которые во время войны или в условиях надвигающейся войны своим поведением угрожают безопасности государства".

141. Большинство этих оснований относятся к общественному порядку или общественной безопасности или могли бы быть отнесены к ним при условии, что будет ясно указана связь с ними, как в случае осуждения за преступления определенной степени тяжести, или она будет установлена скорее имплицитно или случайно, как в отношении нищенства, бродяжничества, дебоширства и безнравственного поведения.

20 февраля 1907 года, от 1 мая 1917 года, от 16 октября 1918 года, от 10 мая и 5 июня 1920 года); Куба (Закон от 19 февраля 1919 года); Коста-Рика (Закон от 18 июля 1894 года); Бразилия (Закон от 7 января 1908 года); Венесуэла (Закон от 25 июля 1925 года): цитируется Ch. De Voeck, *op. cit.*, pp. 480-481.

142. Трудность возникает, однако, из-за неточностей в терминологии ряда национальных законодательств, которые иногда причисляют к основаниям общественного порядка и общественной безопасности "общественное спокойствие", не будучи уверены, что его действительно можно отличить от такого основания, как общественный порядок. Наоборот, различие между общественным порядком и общественной безопасностью, с одной стороны, и общественным здоровьем – с другой, более очевидно. В целом национальные законодательства представляют длинный ряд других или менее самостоятельных оснований, по которым можно сделать представление в целом, не отвечая заранее на вопрос, относятся они к мотивам общественного порядка и общественной безопасности или нет.

d) Несоблюдение административных формальностей

143. Некоторые государства называют в качестве основания для высылки иностранцев, находящихся на законном основании на их территории, несоблюдение административных формальностей при продлении разрешения на проживание или какого-либо иного удостоверения личности. Если общее международное право не содержит никаких норм на этот счет и оставляет оценку этой формальности на усмотрение государств, то в европейском праве, закрепляющем право граждан государств-членов на свободное передвижение в пространстве Сообщества, дело обстоит иначе. Действительно, "так же как уголовные наказания сами по себе не могут представлять угрозы для общественного порядка и, следовательно, служить автоматически основанием для высылки, несоблюдение административных формальностей, как таковое, в достаточной мере может нарушать общественный порядок и общественную безопасность и тем самым обосновывать выдворение"²⁶³. Право Европейского сообщества идет в этом направлении. Как гласит пункт 3 статьи 3 Директивы 64/221, "истечение срока действия удостоверения личности или паспорта, используемых заинтересованным лицом для въезда в принимающую страну и получения вида на жительство, не служит оправданием высылки из страны"²⁶⁴. Эта норма, очевидно, действует сама по себе в контексте положений пункта данной Директивы²⁶⁵ и его объяснения Судом Европейских сообществ. Тем не менее ее применение вызывало не меньше проблем с толкованием и, следовательно, требовало уточнений.

144. Директива 1964 года оказалась, таким образом, в центре внимания в рамках дела *Royer* 1976 года²⁶⁶. Господин Руайе, французский гражданин, проживал в Бельгии со своей женой, содержавшей там кафе. Поскольку он не выполнил необходимых административных формальностей, относящихся к его пребыванию, бельгийские компетентные органы потребовали от него покинуть территорию государства. Рассматривая дело на основании преюдициального запроса, Суд

²⁶³ См. A.-L. Ducroquiz, *op. cit.*, 119. Les développements de ce d) sont inspirés travail de cet auteur (pp. 119-123).

²⁶⁴ Директива 64/221 от 25 февраля 1964 года Европейского совета по координации специальных мер в отношении вопросов передвижения и проживания иностранцев, обоснованных соображениями общественного порядка, общественной безопасности, общественного здоровья, *J.O.* n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

²⁶⁵ Следует отметить, что пункт 2 статьи 3 Директивы 64/221 от 25 февраля 1964 года Европейского совета предусматривает, что "одно лишь наличие судимостей по уголовным делам не может автоматически быть основанием для таких мер [общественного порядка и общественной безопасности]."

²⁶⁶ Суд Европейских сообществ, Постановление от 8 апреля 1976 года, *Jean-Noël Royer*, aff. C- 48/75, Rec. p. 497; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 10 mars 1976, *Rec.* p. 521.

Европейских сообществ постановил, что право граждан какого-либо государства-члена въезжать на территорию другого государства-члена и находиться на ней является "правом, приобретенным в силу Договора"²⁶⁷. Затем, основываясь на Директивах 68/360 и 64/221, Суд пришел к выводу, что простое невыполнение гражданином Европейского сообщества административных формальностей в отношении въезда, передвижения и пребывания иностранцев "не может (...) само по себе обосновывать ни высылку, ни временное лишение свободы в связи с этой мерой"²⁶⁸. Из этого судебного решения вытекает, что "истечение срока действия паспорта, использованного для въезда на национальную территорию" государства-члена, или отсутствие разрешения на проживание не могут служить основанием для приказа о высылке в контексте этих Директив²⁶⁹. Подобным образом, несоблюдение административных формальностей по подаче декларации и регистрации, предписываемых национальным законодательством, не может служить основанием для высылки²⁷⁰. В отношении лиц, находящихся под защитой европейского права, это было бы несовместимо с положениями Договора, поскольку такая высылка стала бы отрицанием права на свободное передвижение, предоставляемого и гарантируемого Договором о Европейском сообществе в статьях 39–55 и актах по их применению²⁷¹.

145. В деле *Royer* Суд настаивает на своей точке зрения, уточняя, что подобное поведение не может само по себе являться посягательством на общественный порядок или общественную безопасность. Он заявляет, что условие поддержания общественного порядка и общественной безопасности "не является предварительным требованием, выдвигаемым при получении права на въезд и на пребывание", но позволяет вносить "ограничения в пользование правом, непосредственно вытекающим из Договора"²⁷². Суд добавляет далее, что государства-члены могут "выдворять со своей территории гражданина другого государства-члена в случае, если потребности в отношении порядка и безопасности ставятся под вопрос по иным мотивам, чем неисполнение формальностей по контролю за иностранцами"²⁷³. Иными словами, несоблюдение законодательства о порядке въезда и пребывания "не может в качестве такового составлять угрозу общественному порядку и общественной безопасности"²⁷⁴. По этой причине противоречащим европейскому праву является любое решение о высылке

²⁶⁷ Ibid., pt. 39.

²⁶⁸ Ibid., pt. 51.

²⁶⁹ V.G. Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable", *Revue trimestrielle de droit européen*, p. 6. Еще в 1997 году Группа высокого уровня во главе с г-жой Симон Вейль настаивала на том, что, в отличие от имеющих место фактов в государствах-членах, угроза высылки не должна быть следствием отсутствия действующего вида на жительство: см. итоговый доклад этой Группы от 18 марта 1997 года в приложении к Коммюнике от 1 июля 1998 года Комиссии Европейского парламента и Совета о выполнении рекомендаций Группы высокого уровня относительно свободы передвижения лиц, COM (1998) 403 final. Résumé de ce rapport, в: Agence Europe, Europe documents, n° 2030, 9 avril 1997; см. также de F. Gazin, Europe, mai 1997, n° 5, comm. n° 133, p. 9.

²⁷⁰ См. Суд Европейских сообществ, Постановление от 7 июля 1976 года, *Lynne Watson u Alessandro Belmann*, aff. C-118/75, *Rec.* p. 1185; conclusions de l'avocat général A. Trabucchi, présentées le 2 juin 1976, *Rec.* p. 1201.

²⁷¹ Ibid., sp. pt. 20.

²⁷² Суд Европейских сообществ, Постановление от 8 апреля 1976 года, *Royer*, *op. cit.*, pt. 29.

²⁷³ Ibid., pt. 41.

²⁷⁴ G. Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire ...", *op. cit.*, p. 6.

гражданина другого государства-члена на основании исключительно такого нарушения.

146. Судебной практике Европейского сообщества по этому вопросу посвящена Директива 2004/38²⁷⁵, в частности пункт 2 ее статьи 15, которая, используя норму, зафиксированную в пункте 3 статьи 3 Директивы 64/221, предусматривает, что "истечение срока действия удостоверения личности или паспорта, позволившего заинтересованному лицу въехать на территорию принимающего государства-члена и получить справку о регистрации или вид на жительство, не является достаточным основанием для принятия этим государством-членом такой меры, как высылка". Кроме того, пункт 5 статьи 5 и статья 8, которые позволяют принимающему государству-члену требовать от граждан Союза сообщать о своем присутствии на его территории и регистрироваться в компетентных органах в целях проживания там свыше трех месяцев, устанавливают, что несоблюдение этих требований может сопровождаться "недискриминационными и соразмерными санкциями"²⁷⁶. Иными словами, несоблюдение административных формальностей не является достаточно серьезным нарушением для того, чтобы соответствующее государство-член принимало решение о высылке.

147. Согласно этой позиции Суд Европейских сообществ применил санкции против принятого Нидерландами решения о задержании с целью высылки французского гражданина в соответствии с Законом об иностранцах 2000 года за непредъявление удостоверения личности. Прежде всего Суд уточняет, что непредъявление удостоверения личности является "простой административной формальностью, единственная цель которой состоит в констатации национальными органами власти права, которое непосредственно вытекает из статуса обвиняемого лица"²⁷⁷. Далее, он напоминает, что "такие меры, как тюремное заключение или высылка, основанные исключительно на мотиве невыполнения заинтересованным лицом законных формальностей, относящихся к контролю за иностранцами, являются посягательством на саму суть права пребывания, непосредственно предоставляемого европейским правом, и явно несоизмеримы с тяжестью нарушения"²⁷⁸. Действительно, "Директива 73/148 (...) разрешает государствам-членам вносить ограничения в право пребывания граждан других государств-членов в той степени, в какой они оправданы соображениями общественного порядка, общественной безопасности или общественного здоровья"²⁷⁹. Итак, Суд вновь обращается к своей

²⁷⁵ Директива 2004/38 от 29 апреля 2004 года Европейского парламента и Совета о праве граждан и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов, *Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE)*, n° L 158 от 30 апреля 2004 года, p. 77; rectificatif au *J.O.U.E.* n° L.229 от 29 июня 2004 года, p. 35; rectificatif au rectificatif au *J.O.U.E.* n° L.197 от 28 июля 2005 года, p. 34.

²⁷⁶ Пункт 5 статьи 5 применяется также к членам семьи, которые не являются гражданами государства-члена. Относительно этих членов семьи предусматривается такая же защита, исходя из предположения, что они не должны будут ходатайствовать о предоставлении им вида на жительство для пребывания более трех месяцев или постоянного вида на жительство (пункт 3 статьи 9 и пункт 2 статьи 20 Директивы 2004/38).

²⁷⁷ Суд Европейских сообществ, Постановление от 17 февраля 2005 года, *Salah Oulane c. Ministre des affaires relatives aux étrangers u à l'intégration*, aff. C- 215/03, pt. 24, *Rec. I*- p. 1245; *Conclusions de l'avocat général M.P. Léger*, présentées le 21 octobre 2004, *Rec. I*- p. 1219. В Директиве 2004/38 законодатели Европейского сообщества отождествляют действующий паспорт или удостоверение личности с формальностью (см. le considérant n° 9).

²⁷⁸ *Ibid.*, pt. 40.

²⁷⁹ *Ibid.*, pt. 41. В этом смысле см. Суд Европейских сообществ, Постановление от 16 января 2003 года,

практике в рамках дела *Royer*: "факт неисполнения законных формальностей, относящихся к въезду, перемещению и пребыванию иностранцев, не может сам по себе создавать угрозу общественному порядку и безопасности"²⁸⁰. Поэтому такая мера, как задержание гражданина другого государства-члена в целях его высылки, принятая на основании непредъявления действующего удостоверения личности или паспорта, представляет собой неоправданное препятствие свободному оказанию услуг и тем самым нарушает статью 49 Договора о создании Европейского сообщества²⁸¹.

148. При этом в своем Постановлении от 23 марта 2006 года Суд указал, что автоматическое уведомление о выдворении за непредоставление в указанный срок документов, требуемых для получения вида на жительство, противоречит европейскому законодательству²⁸². Это соображение вписывается в рамки европейского права и не может быть распространено на право высылки иностранцев государств, не входящих в состав Европейского сообщества. В этом можно, однако, видеть зарождение тенденции, распространение которой легко предугадать, исходя из того что феномен объединения в сообщества имеет место во многих регионах мира и при этом за образец интеграции нередко берется опыт Европейского сообщества.

e) Общественное здоровье

149. Что следует включать в понятие общественного здоровья, когда речь идет о высылке? Следует ли считать, что это может быть основанием для высылки любого заболевшего иностранца? Или же это будет касаться только носителей тяжелой инфекции? Или же вольных или невольных разносчиков заразных болезней?

В качестве особого основания для высылки соображения общественного здоровья упоминаются как в прежних, так и в новых документах. Например, согласно статье 7 Конвенции по учреждению и компетенции судебных органов, содержащейся в Лозаннском мирном договоре от 24 июля 1923 года между Великобританией, Францией, Италией, Японией, Грецией, Румынией, Королевством сербов, хорватов и словенцев, с одной стороны, и Турцией – с другой, последняя "оставляет за собой право высылать с помощью индивидуальных мер, либо по законному приговору, либо на основании законов или регламентов о полиции нравов, санитарной полиции, о надзоре за нищенством, либо по мотивам внутренней и внешней безопасности государства граждан других держав – участниц договора, которые обязуются в любое время принимать этих граждан и их семьи в условиях соблюдения гигиены и гуманности"²⁸³.

Commission c. Italie, aff. C- 388/01, *Rec. Ip.* 721, pt. 19.

²⁸⁰ Суд Европейских сообществ, Постановление от 17 февраля 2005 года, *Salah Oulane*, *loc. cit.*, pt. 42.

²⁸¹ Г-жа Ф. Каиф-Газен оспаривает обоснование, используемое в европейской юрисдикции, а именно в Директиве 73/148, для оценки права на передвижение и пребывание туристов, в то время как с 28 июня 1990 года существует директива, касающаяся обобщенного права пребывания, а именно Директива 90/364 (JOCE n° L.180 du 13 juillet 1990, p. 26): см. F. Kauff-Gazin, *Europe*, avril 2005, n° 4, *comm.* n° 127, pp. 13-14.

²⁸² Суд Европейских сообществ, Постановление от 23 марта 2006 года, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. C- 408/03, pt. 72, *Rec. Ip.* 2663; *Conclusions de l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer*, présentées le 25 octobre 2005, *Rec. Ip.* 2650. Для граждан Союза Директива 2004/38 заменяет вид на жительство регистрацией в органах власти принимающего государства-члена (статья 8).

²⁸³ Текст этой Конвенции опубликован в *Journal du droit international*, t. L, 1923, p. 1098.

150. Государство может пользоваться достаточно широкой свободой маневра при оценке соображений общественной безопасности или общественного здоровья в качестве основания для высылки иностранца²⁸⁴.

151. В национальных законодательствах конца XIX – начала XX века также рассматривались ответы на эти вопросы. Полагая, что "от общественного здоровья в первую очередь зависит сохранение государства", во многих из этих законодательств считалось необходимым высылать "иностранцев, подверженных эпидемическим или инфекционным заболеваниям"²⁸⁵. Например, статья 2 американского закона от 20 февраля 1907 года, регулирующего вопросы иммиграции в США, гласит: «Во въезде в Соединенные Штаты будет отказано следующим категориям иностранцев: слабоумным, имбецильным, психически неполноценным, эпилептикам, умалишенным, лицам, страдающим душевным расстройством в последние пять лет; ...малообеспеченным; лицам, которые могут стать социальными изживенцами, профессиональным попрошайкам; больным туберкулезом..., лицам, осужденным за фелонию или какое-либо иное аморальное преступление или правонарушение; ...анархистам...; проституткам...; лицам, поставляющим или пытающимся поставлять проституток или девушек для целей проституции; лицам, именуемым "работающими по контракту" (contract laborers), которых убедили или которым предложили эмигрировать в эту страну на основании предложений или обещаний работы... независимо от наличия квалификации (skilled or unskilled)»²⁸⁶. И естественно, что иностранцы, въезжающие в нарушение этих положений, могли быть высланы²⁸⁷. Подчеркивая, что данная мера "может показаться негуманной или, по меньшей мере, очень суровой", де Бозк тем не менее замечал: "Однако тенденция, доминирующая в настоящее время в Америке и зародившаяся в 1905 году в Великобритании, – это тенденция отбора и исключения: вместо высылки иностранцев, представляющих угрозу для общественного здоровья, им препятствуют в проникновении в страну"²⁸⁸. Эта практика задерживания на границе была настолько систематической, что в первые шесть лет применения Закона об иностранцах 1905 года не отмечалось ни одного случая высылки больных иностранцев из Великобритании. Но как объяснить высылку тех, кто, будучи здоровыми при въезде в страну, приобрел там эпидемическое или инфекционное заболевание, став жертвами окружающей среды, а не импорта болезнетворных микробов? Можно лишь согласиться с мнением де Бозка по этому вопросу: подобная высылка "была бы негуманной"²⁸⁹.

152. В последние годы в связи с эпидемией синдрома приобретенного иммунодефицита (СПИДа) были подняты новые проблемы в отношении высылки иностранцев по соображениям общественного здоровья. Отмечалось, что передвижение людей в мире способствовало распространению этой глобальной

²⁸⁴ "В деле *Hockbaum*, решение по которому было вынесено в 1934 году, Арбитражный трибунал Верхней Силезии постановил: как правило, когда высылка осуществляется по соображениям общественной безопасности, Трибунал не пересматривает решение компетентных государственных органов власти: *Decisions of the Tribunal*, vol. 5, n° 1, p. 20ff; AD, 7 (1933-34), n° 134; ZöV, 5 (1935), pp. 635–655. См. также *Re Rizzo and Others (No 2)*, *op. cit.*, pp. 500 и 507; *Agee c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 164; *R. v. Secretary of State for Home Affairs*, *ex parte Hosenball*, *op. cit.*, p. 944.

²⁸⁵ C. De Voeck, *op. cit.*, p. 545.

²⁸⁶ Об этом Законе см., например, P. Goule, "L'immigration aux États-Unis et la loi du 20 février 1907", *Revue de droit international privé (Clunet)*, 1908, p. 372 et s.

²⁸⁷ См. A. Martini, *op. cit.*, p. 65.

²⁸⁸ См. Ch. De Voeck, *op. cit.*, p. 545; и примеры см. на стр. 545–549 оригинального текста.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 550.

эпидемии²⁹⁰. Тот факт, что человек ВИЧ-инфицирован или болен СПИДом, может быть правомерным основанием для отказа иностранцу во въезде в страну, продиктованным заботой об общественном здоровье²⁹¹. Стоит вопрос о том, насколько оправданы эти ограничения для свободного передвижения людей²⁹², что отметил Гай С. Гудвин-Гилл:

«Всемирная организация здравоохранения издавна утверждала, что ВИЧ/СПИД не представляет угрозы общественному здоровью.(...)»

В этом контексте массовое обследование с целью выявления ВИЧ, по-видимому, выполняет две функции, ни одна из которых не продиктована здравоохранением или экономикой (...). В действительности ограниченные возможности такого обследования в части профилактики передачи ВИЧ общеизвестны, включая "окно неопределенности" между возможным заражением и развитием антител, а также хорошо известное нежелание государств проверять граждан, возвращающихся из-за границы, даже из районов "высокого риска". (...) Как заметил один комментатор, страны, которые требуют тестирования на ВИЧ, обычно принимают беженцев для переселения с таким состоянием здоровья, которое, вероятно, потребует общественных расходов, значительно превышающих суммы на лечение больного СПИДом, и это, скорее, опровергает убедительность аргумента в пользу обследования по экономическим соображениям»²⁹³.

153. Возникает вопрос: может ли быть выслан иностранец с этим заболеванием по соображениям общественного здоровья и общественной безопасности. Следует отметить, что дискреционные полномочия государства в отношении контроля за иммиграцией в интересах общественного здоровья могут быть шире в случае запрещения въезда иностранцев, чем в случае их высылки²⁹⁴. Этот вопрос может потребовать рассмотрения соответствующих прав человека, которыми обладает

²⁹⁰ "За исключением относительно небольшого вклада в глобальную эпидемию, приходящегося на долю крови и кровезаменителей, ВИЧ в основном распространился вследствие передвижения людей", см. M. Naour-Knipe и R. Rector (dir. publ.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, London/Bristol, Taylor & Francis, 1996, p. viii.

²⁹¹ "Государство может потребовать у лица, добывающегося въезда на его территорию, справку о состоянии здоровья или свидетельство о вакцинации от определенных инфекционных болезней. Этот документ должен соответствовать национальным правилам принимающего государства, которые обычно основываются на международных медико-санитарных правилах Всемирной или региональной организаций здравоохранения. Эти правила применяются, в частности, в отношении всех путников или лиц, прибывающих из определенных районов, и призваны предотвратить распространение этих заболеваний. [...] Правилами Всемирной организации здравоохранения предусматривается введение карантинных мер, которые государства-члены могут принимать в отношении четырех болезней: холеры, чумы, желтой лихорадки и оспы. [...] К этому перечню теперь добавился СПИД (синдром приобретенного иммунодефицита), L.B. Sohn и T. Buergethal (eds.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington D. C., American Society of International Law, 1992, p. 64.

²⁹² Примеры, приводимые в пунктах 152–165, взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 394–407.

²⁹³ Гай С. Гудвин-Гилл, "СПИД и ВИЧ, мигранты и беженцы: международно-правовые аспекты и аспекты прав человека", в: M. Naour-Knipe и R. Rector (eds.), *op. cit.*, pp. 63 и 64.

²⁹⁴ "Государство также имеет широкие дискреционные полномочия при установлении оснований для депортации или высылки тех, кто совершил въезд на национальную территорию. На практике основания для высылки обычно более ограничены по сравнению с основаниями для запрещения въезда. Например, заражение инфекционной болезнью во время пребывания на территории государства само по себе с меньшей вероятностью составляет основание для высылки, хотя это же заболевание, весьма вероятно, стало бы причиной отказа во въезде на территорию, если бы оно проявилась раньше", D.A. Martin, "The Authority and Responsibility of States" в: A. T. Aleinikoff и V. Chetail (dir. publ.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 34.

иностранец²⁹⁵. К числу релевантных критериев, по-видимому, относятся состояние болезни иностранца и медицинские условия или возможность лечения в государстве национальной принадлежности, в которое, предположительно, будет выслан иностранец²⁹⁶.

154. В рамках Европейского союза соображения общественного здоровья признаются правомерным основанием для граждан Союза и членов их семей. Эти соображения предусмотрены в статье 27 Директивы 2004/38 Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года. В статье 29 этой Директивы приводятся симптомы болезней, наличие которых может оправдать высылку, исходя из интересов общественного здоровья. Следует отметить, что болезни, которые начинаются после трехмесячного периода со дня прибытия человека на территорию принимающего государства, не могут оправдать высылку. Статья 29 предусматривает следующее:

"1. Единственными болезнями, оправдывающими меры, ограничивающие свободу передвижения, являются потенциально эпидемические заболевания, как это определено соответствующими документами Всемирной организации здравоохранения, а также иные инфекционные болезни или заразные паразитарные заболевания, если они являются объектом защитных мероприятий в отношении граждан принимающего государства.

2. Болезни, начинающиеся после трехмесячного периода со дня прибытия иностранца, не могут служить основанием для высылки с территории.

3. В случае появления серьезных симптомов заболевания государство-член может потребовать от лиц, получивших право на проживание, пройти бесплатно медицинское обследование в течение трех месяцев со дня прибытия с целью подтверждения, что они не страдают заболеваниями, указанными в пункте 1. Подобные медицинские обследования могут не потребоваться в порядке текущей работы".

155. Национальное законодательство многих государств признает соображения, касающиеся общественного здоровья, правомерным основанием для высылки иностранцев²⁹⁷. Государство может выслать или отказать во въезде иностранцу: 1) страдающему болезнью, которая занесена в список или специально указана²⁹⁸, наследственной болезнью²⁹⁹, лишаящей трудоспособности³⁰⁰, хронической³⁰¹,

²⁹⁵ См. Стефани Палмер, "СПИД, высылка и статья 3 Европейской конвенции о правах человека", *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 533 à 540; Гай С. Гудвин-Гилл, *op. cit.*, pp. 50-69.

²⁹⁶ "Возникает важный вопрос в силу права в области прав человека: является ли возвращение лиц в страны, где они не могут иметь доступа к адекватному медицинскому обслуживанию, бесчеловечным и унижительным обращением? В ряде случаев эти проблемы изучались в рамках Европейского суда по правам человека. Возвращение чаще всего санкционировалось. [...] Отправными моментами при решении вопроса о высылке, вероятно, должны быть состояние болезни [соответствующего лица] и условия в стране происхождения [...] Наконец, дела, в которых неграждане оспаривают решение о высылке, ссылаясь на болезнь и отсутствие надлежащих условий в стране происхождения, могут быть выиграны только при особых обстоятельствах". Р. Питер Ван Криекен, "Здравоохранение и миграция: права человека и правовой аспект, в: Aleinikoff и V. Chetail (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 289, 301 и 302.

²⁹⁷ Рассмотрение законодательств и национальной судебной практики по этому вопросу взято из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 392-399.

²⁹⁸ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 21 1) а); Беларусь, Закон 1998 года, статьи 14, 15 и 20; Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 5), 64 4), 65 1) и 66; Китай, Правило 1986 года, статьи 7 4) и 20; Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 13), 9 13) и 18 9); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) с); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 1) и 7 4).

²⁹⁹ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 II; Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2).

³⁰⁰ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 III.

³⁰¹ Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2).

эпидемической, инфекционной, контагиозной или заразной³⁰² или которая делает присутствие иностранца нежелательным по медицинским причинам³⁰³; 2) ВИЧ/СПИДом³⁰⁴, туберкулезом³⁰⁵, проказой³⁰⁶ или имеющему венерические заболевания³⁰⁷; 3) имеющему физические недостатки³⁰⁸; 4) психические заболевания или дефекты³⁰⁹ или умственную отсталость³¹⁰; 5) страдающему алкоголизмом, наркоманией или токсикоманией³¹¹; 6) достигшему преклонного возраста³¹²; 7) находящемуся в тяжелом состоянии здоровья³¹³. Государство может поступить подобным же образом, если иностранец: 1) угрожает здоровью населения³¹⁴ или животных государства³¹⁵; 2) прибывает из эпидемиологически проблемного района³¹⁶; 3) не отвечает определенным стандартам или состоянию здоровья³¹⁷;

³⁰² Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) а); Китай, Правила 1986 года, статьи 7 4) и 20; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) А и 232 а); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 13), 9 13) и 18 9); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 1) и 7 4); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 d); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 1) и 7 1); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 1) и 1) 8), и 46 1) 2).

³⁰³ Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) с) ii); Нигерия, Закон 1963 года, статья 50 d).

³⁰⁴ Китай, Правило 1986 года, статьи 7 4) и 20; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 1) А) i), g) 1) и 232 а); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 13), 9 13) и 18 9).

³⁰⁵ Китай, Правило 1986 года, статьи 7 4) и 20.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 IV). Государство может рассматривать как имеющие отношение к делу только те физические недостатки, которые представляют собой угрозу общественному порядку [Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 1) А), iii), g) 3) и 232 а)].

³⁰⁹ В это положение может быть включено любое психическое заболевание или недостаток [Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 I); Китай, Правило 1986 года, статьи 7 4) и 20; Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) b); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) b) и 39 1) и 2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 e); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 5) и 1) 8), 46 1) 8) и 46 1) 2)]; либо болезнь, которая: 1) мешает различать правильные и неправильные действия (Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5) 2); 2) вызывает изменения в поведении (Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 2) и 7 1); 3) изнуряет (Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2); 4) отражается на общественном порядке или угрожает ему [Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статьи 10 1) с) и 10 2); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 1) А) iii), g) 3) и 232 а)].

³¹⁰ Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 3) и 7 2).

³¹¹ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 V); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 а), 50 f) 1), 212 а) 1) А) iv), 232 а) и 237 а) 2) В) ii); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 13), 9 13), и 18 9); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 6) и 7 4); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 1) и 1) 8) и 46 1) 2).

³¹² Парагвай, Закон 1996 года, статья 35 b).

³¹³ Ibid.; сравнить с Францией, Кодекс, статья L.521-3 5), которая не допускает высылки в тех случаях, когда она может иметь исключительно тяжелые последствия для здоровья иностранца.

³¹⁴ Германия, Закон 2004 года, статья 55 2) 5); Беларусь, Закон 1998 года, статьи 14, 15 и 20, и Закон 1993 года, статьи 22 и 25 1). Бразилия, Декрет 1981 года, статья 101, и Закон 1980 года, статья 67; Канада, Закон 2001 года, статья 38 1) а); Дания, Закон 2003 года, статья 25 ii); Российская Федерация, Закон 1996 года, статьи 25.10 и 27; Финляндия, Закон 2004 года, статьи 11 1) 5) и 168 1) и 2); Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 3); Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 45 2) b); Литва, Закон 2004 года, статья 7 5); Мадагаскар, Закон 1962 года, статья 13; Панама, Закон 1960 года, статьи 18, 36 (с поправками, внесенными Законом № 6 1980 года, пункт 10) и 38; Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 21 1) 5); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 1) и 1) 8) и 46 1) 2); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1).

³¹⁵ Беларусь, Закон 1998 года, статья 20.

³¹⁶ Беларусь, Закон 1998 года, статья 20; Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 4 2).

4) может предъявить чрезмерные требования к медицинским службам государства³¹⁸; 5) не в состоянии представить документ о вакцинации³¹⁹.

156. От иностранца могут потребовать прохождения медицинского обследования³²⁰ (которое может быть связано с задержанием³²¹) или наличия достаточных средств для покрытия своих медицинских расходов³²². Высылка иностранца на этом основании может зависеть от: 1) его сотрудничества с органами здравоохранения государства³²³; 2) специальных взаимоотношений или договоренностей между государством иностранца и высылающим государством³²⁴. Семейные связи с гражданами государства³²⁵ могут или не могут³²⁶ отразиться на статусе иностранца, имеющем прямое отношение к здравоохранению, тогда как основания для высылки, связанные с состоянием здоровья, могут быть распространены на всю семью иностранца³²⁷. Этот критерий может быть применен также к иностранцу со статусом лица, временно пребывающего в стране³²⁸.

157. Следует отметить, что согласно постановлениям некоторых национальных судов иностранцы, страдающие серьезными недугами, не могут быть высланы из страны, поскольку это являлось бы нарушением прав человека³²⁹.

f) Нравственность

158. Нравственность признавалась в качестве юридически действительного основания для высылки иностранца в конвенционном праве, государственной практике³³⁰ и литературе³³¹.

159. В пункте 1 статьи 3 Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве предусматривается следующее:

³¹⁷ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 7 V) и 26.

³¹⁸ Канада, Закон 2001 года, статьи 38 1) с) и 38 2).

³¹⁹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 1) А) ii), В), g) 2) и 232 а).

³²⁰ Беларусь, Закон 1998 года, статья 20; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 232 а) и 240 с) 1) В); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 7 1), 9; Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) с) i); и Нигерия, Закон 1963 года, статья 50 d).

³²¹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 232 а).

³²² Венгрия, Закон 2001 года, статья 4 1) d); Литва, Закон 2004 года, статья 7 3).

³²³ Греция, Закон 2001 года, статья 44 i) с).

³²⁴ Финляндия, Закон 2004 года, статья 168 i) и ii); Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 45 2) b).

³²⁵ Канада, Закон 2001 года, статья 38 2); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 1) В) и g) 1); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 7 и 35 b).

³²⁶ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 38.

³²⁷ Бразилия, Закон 1980 года, статья 26 2).

³²⁸ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 232 а); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 36 (с поправками, внесенными Законом № 6 1980 года, пункт 10).

³²⁹ См. по этому вопросу судебную практику в документе "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 579–584.

³³⁰ "В обычном порядке депортация иностранца может быть предписана [...] на основании [...] аморального поведения иностранца (включая проституцию и употребление наркотиков) [...]", Richard Plender, *op. cit.*, pp. 467 и 468 [цитируются, в частности, Дания, Закон об иностранцах № 226 от 8 июня 1983 года, статья 25 2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 17 1) g) и h)].

³³¹ "Право на высылку или депортацию может быть осуществлено, если поведение или деятельность иностранца после допуска в страну является нарушением некоторых основных правил. Такое поведение или деятельность включает: [...] 3. Занятие деятельностью, которая [...] наносит [...] ущерб нравственности [...]", L.B. Sohn и T. Buergenthal, *op. cit.*, pp. 90 и 91.

"Граждане любой Договаривающейся стороны, законно проживающие на территории другой Стороны, могут быть высланы, только если они угрожают национальной безопасности или посягают на общественный порядок или нравственность".

160. Высылка по соображениям нравственности предусматривается в национальном законодательстве многих государств³³². Таким образом, государство может выслать иностранца, который каким-либо образом содействовал занятию проституцией или другой форме сексуальной эксплуатации, извлекая из этого выгоду³³³, или практиковал торговлю людьми³³⁴. Государство может поступить таким же образом, если иностранец: 1) занимался проституцией или проявлял склонность к такого рода занятию³³⁵; 2) иным образом был вовлечен в запрещенное недостойное в сексуальном плане поведение³³⁶ или в половые преступления³³⁷; 3) торговал человеческими органами³³⁸; 4) получал доход³³⁹ от таких препаратов, как наркотики или другие психотропные и психогенные вещества, занимался их контрабандой³⁴⁰, торговлей³⁴¹ или оборотом, производством³⁴² и хранением³⁴³ или иным образом был причастен к таким операциям³⁴⁴ в этой незаконной деятельности; 5) занимался похищением несовершеннолетних или иным образом вовлекал их в противоправную

³³² Рассмотрение национальных законодательств по этому вопросу взято из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 403–406.

³³³ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 h); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 2) D) ii) и 278; Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8; Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 7) и 24 4) j); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) е); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) h) и 3 а) и е) à g); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 а); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 б).

³³⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 h); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) g); Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 2), 17, 63 2) и 65 1) и 3); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) D) ii) и Н) i) и 278; Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 2); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 2 7), 5 7) и 24 4) с).

³³⁵ Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.53 2) и 3); Китай, Правило 1986 года, статья 7 3); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) D) i); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 7), 24 4) j) и 62 4); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) е); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) g), и 3 g); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 а); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 б).

³³⁶ Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8.

³³⁷ Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а).

³³⁸ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 б).

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) b).

³⁴¹ Германия, Закон 2004 года, статья 54 3); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) g); Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 2), 17, 63 2), 65 1)–3); Китай, Правило 1986 года, статья 7 3); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) C); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 2); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 а); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 б); Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) b).

³⁴² Германия, Закон 2004 года, статья 54 3); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) b).

³⁴³ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) b) и 47 1) b); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 б).

³⁴⁴ Германия, Закон 2004 года, статья 53 2); Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 2) A) i) II) и h), и 237 а) 2) V); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8; Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 5) и 24 4) h).

деятельность³⁴⁵; 6) совершал насильственные бытовые преступления³⁴⁶; 7) был гэмблером или извлекал значительный доход из гэмблинга³⁴⁷.

161. По законодательству некоторых государств высылка по соображениям нравственности может применяться к иностранцу, который является членом организации, занимающейся торговлей людьми³⁴⁸ или наркотиками³⁴⁹, наносит ущерб или угрожает национальной или общественной нравственности³⁵⁰; совершает аморальное преступление³⁵¹; серьезно нарушает нормы нравственного поведения³⁵²; ведет себя аморально³⁵³ или не пользуется репутацией морально устойчивого человека³⁵⁴; действует в окружении людей невысокой нравственной культуры³⁵⁵; неспособен вести жизнь, достойную уважения³⁵⁶; намерен заняться коммерческой эксплуатацией порока³⁵⁷.

162. Основание по этим признакам может быть применено после возбуждения уголовного дела³⁵⁸ или после совершения иностранцем уголовно наказуемого деяния или нарушения соответствующего закона, влекущего за собой уголовное наказание³⁵⁹. Закон может предусматривать различные виды наказания в дополнение

³⁴⁵ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 10) С); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 2 7) б)–с); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) h) ii)–iv) и 3 б)–d) и f). Соединенные Штаты могут освободить государственного служащего иностранного правительства от применения к нему этого основания после дискреционного решения Государственного секретаря или если ребенок, о котором идет речь, находится в государстве – участнике Конвенции о гражданских аспектах международного похищения детей, совершенной в Гааге 25 октября 1980 года [Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 10) С) iii) II) и III)].

³⁴⁶ Франция, Кодекс, статья L.541-4; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 а) 2) Е).

³⁴⁷ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 а) 50) f) 4) и 5); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 б).

³⁴⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) с) и 47 1) с); Канада, Закон 2001 года, статья 37 1) б).

³⁴⁹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) б) и 47 1) б); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) б).

³⁵⁰ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 101, и Закон 1980 года, статьи 64 и 67; Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 2), 17, 63 2) и 65 1)–3); Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10; Мадагаскар, Закон 1962 года, статья 13; Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 18 и 38; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 4) и 1) 8).

³⁵¹ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) А) i) I) и ii).

³⁵² Швейцария, Правило 1949 года, статья 16 2).

³⁵³ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 а).

³⁵⁴ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 101 а) 50) f).

³⁵⁵ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 7).

³⁵⁶ Швеция, Закон 1989 года, статья 2.4. В Швеции иностранцу может быть выдан не стандартный вид на жительство, а ограниченное по сроку разрешение с учетом ожидаемого образа жизни иностранца [Швеция, Закон 1989 года, статья 2.4 б)].

³⁵⁷ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) D) iii).

³⁵⁸ Южная Африка, Закон 2002 года, статья 29 1) б); Германия, Закон 2004 года, статья 53 2); Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 h); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) g); Бразилия, Декрет 1981 года, статья 101 и Закон 1980 года, статья 67; Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 а) 50) f) 5) и 237 а) 2) В) i) и Е); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) а); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 5) и 24 4) h).

³⁵⁹ Германия, Закон 2004 года, статья 54 3); Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 h); Австрия, Закон 2005 года, статья 3.53 2) 3); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) б)–с) и 47 1)

к высылке³⁶⁰ или указывать, что высылка должна быть произведена: 1) после отбывания иностранцем своего наказания, в частности в виде тюремного заключения³⁶¹; 2) или если в приговоре иностранца высылка не предусматривалась³⁶².

163. Высылка иностранца на основаниях, связанных с нравственностью, частично обусловлена: 1) статусом его проживания³⁶³ или статусом проживания его семьи³⁶⁴; 2) правом на освобождение от соблюдения визового режима или иными аналогичными требованиями³⁶⁵; 3) продолжительностью его пребывания в стране во время совершения деяния, связанного с нарушением моральных устоев³⁶⁶; 4) тем фактом, что он въехал на территорию государства до выявления оснований для высылки³⁶⁷; 5) угрозой, которую он представляет национальным интересам³⁶⁸; 6) вовлеченностью в дела иностранца граждан государства, не имеющего специальных договоренностей или взаимоотношений с высялающим государством³⁶⁹; 7) статусом жертвы торговли запрещенным товаром при совершении соответствующего деяния³⁷⁰; 8) или статусом лица, находящегося в стране проездом³⁷¹. Лица, находящиеся на иждивении иностранца, могут подлежать высылке на основании критерия нравственности³⁷².

164. Некоторые национальные суды одобрили высылку иностранцев по соображениям нравственности³⁷³.

b)–c); Бразилия, Закон 1980 года, статья 64; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 а) 50) f) 3) и 212 а) 2) C) и D); Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 1) b); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4 3) и 8); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 6) и 24 4) h); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18 1) g) и h) и 3 а)–g); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 а); Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 6) и 7).

³⁶⁰ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 278; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 12 (3 *ter*), Закон № 40 (1998 год), статья 10 3) и Декрет-закон 1996 года, статья 8 1).

³⁶¹ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 47 4).

³⁶² *Ibid.*, статья 57 1) g).

³⁶³ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.53 2) и 3); Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 h); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 12.

³⁶⁴ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 h) 1) В).

³⁶⁵ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.53 2) и 3).

³⁶⁶ *Ibid.*; Дания, Закон 2003 года, статья 22 iv); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 h).

³⁶⁷ Китай, Правило 1986 года, статья 7 3); ср. с Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) е); и Нигерия, Закон 1963 года, статья 18 1) h), согласно которым основания существуют независимо от того, было ли деяние совершено до или после въезда иностранца на территорию данного государства, а также со статьей 212 а) 2) D) i)–iii) Закона об иммиграции и гражданстве Соединенных Штатов Америки, согласно которому для высылки иностранца, если в течение 10 лет, предшествующих его въезду на территорию Соединенных Штатов, иностранец занимался проституцией или если он намерен заниматься этим, находясь на территории страны.

³⁶⁸ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 27 1) b).

³⁶⁹ Италия, Декрет-закон 1996 года, статья 8 1).

³⁷⁰ Канада, Закон 2001 года, статья 37 2) b); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 5 7)–2) и 24 4) а).

³⁷¹ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 24 4).

³⁷² Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 2) C) ii) и H) ii) и iii).

³⁷³ См., например, *Re Th. et D., Conseil d'État, Égypte*, 16 mars 1953, *International Law Reports*, 1951, N. Lauterpacht (dir. publ.), *affaire n°92*, p. 302 ("в соответствии со статьей 2 2) Закона от 22 июня 1938 года к числу оснований для высылки отнесено действие, противоречащее нормам публичной

i) Попрошайничество и бродяжничество

165. Учитывая, что в соответствии с действующим вплоть до начала XX века правом попрошайничество и бродяжничество фигурировали в числе оснований для высылки, лица, занимающиеся попрошайничеством и бродяжничеством, были отнесены к категории "представляющих угрозу"³⁷⁴. Проиллюстрируем это на ряде примеров. В статье 272 Уголовного кодекса монархической Франции однозначно провозглашалось, что "лица, которых суд признал бродягами, подлежат, в случае если они являются иностранцами, высылке по постановлению правительства за пределы территории Королевства". Многие принадлежащие к данной категории лица были подвергнуты высылке.

166. В Швейцарии высылке подлежали "лица без средств к существованию"³⁷⁵. Аналогичным образом, в Люксембурге в статье 6 Закона от 30 декабря 1893 года провозглашалось, что "подлежит незамедлительному препровождению до границы силами по поддержанию общественного порядка" иностранец-нерезидент, "занимающийся бродяжничеством или попрошайничеством, а также нарушающий положения Закона о занятии коммивояжерской деятельностью в приграничной коммуне страны".

167. Эти основания для высылки можно сгруппировать в рамках мотива, касающегося поддержания общественного порядка, однако очевидно, что понятие "общественный порядок" может носить весьма неоправданный характер, а его содержание существенно варьироваться в зависимости от конкретной страны и даже включать "общественное благосостояние". Однако является ли "общественное благосостояние" составной частью общественного порядка или же оно служит самостоятельным основанием для высылки? Как бы то ни было, в нынешних условиях подобные основания вряд ли могут считаться приемлемыми в рамках международного права. До настоящего времени в соответствии с положениями внутреннего законодательства некоторых государств попрошайничество регулируется нормами муниципальной полиции³⁷⁶ и на попрошайничество в общественных местах могут быть наложены ограничения, однако такие ограничения лимитированы как в пространстве, так и по времени и зависят от конкретных обстоятельств³⁷⁷. Таким образом, совершенно очевидно, что речь идет о пространственно-временных "ограничениях" и никоим образом не о запрете; тем

морали; кроме того, под эту статью попадают лица, несомненно совершившие подобный, противоречащий божественной воле и человеческому закону проступок; если высылка основана на такого рода соображениях, то, вне всяких сомнений, она носит законный характер".) (Дело о сожигательстве); *Hecht c. McFaul et le Procureur général du Québec*, Верховный суд Квебека, 26 января 1961 года, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (dir. publ.), pp. 226-229 (высылка на основании посягательства на "моральные устои"). См. также *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, *op. cit.*, 8 mars 1971, p. 460. («Деянием, "не соответствующим публичным интересам» любой страны, может явиться создание препятствий не только спокойствию и общественному порядку, но и ее "социальным" и "материальным" интересам; и в этом случае мы имеем дело с более общей категорией по сравнению с более узкой категорией "спокойствия и общественного порядка".)

³⁷⁴ A. Martini, *L'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, pp. 59-60.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 61.

³⁷⁶ См. статью L. 213-4 Генерального кодекса территориальных образований Франции.

³⁷⁷ См. в этом контексте: Административный суд города По, 22 ноября 1995 года, *Conveinhes et autres c. Commune de Pau, Les Petites Affiches*, 31 mai 1996, *conclusions Madec*; *T.A Poitiers*, 19 октября 1995 года, *Massaoud Abderrezac c. Commune de La Rochelle*, *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 1996, p. 377; Апелляционный административный суд города Бордо, 26 апреля 1999 года, n° 97BX01773, *Commune de Tarbes*.

более что вряд ли в подобных обстоятельствах можно говорить об основаниях для высылки.

ii) Дебош и аморальное поведение

168. В прошлом во внутреннем законодательстве некоторых государств дебош и аморальное поведение наряду с попрошайничеством и бродяжничеством рассматривались в качестве оснований для высылки. В ранних исследованиях в качестве примера приводится факт высылки в конце XIX века трех членов французской семьи Бэттингер из кантона Золотурн (Швейцария) не просто потому, что на протяжении длительного времени они полностью зависели от получаемой ими социальной помощи, но и потому, что как отец, так и сын отличались исключительно аморальным поведением, не имели постоянного места жительства и, более того, ни один из членов семьи не занимался никакой полезной деятельностью³⁷⁸. Там же, в Швейцарии, один из жителей кантона Базель-сельский обратился 1 сентября 1885 года в Федеральный совет с просьбой выслать проживающего в городе Вьенн гражданина Георга Грюнера, поскольку, по утверждению истца, "он ведет аморальный образ жизни и нарушает мирную жизнь многих семей". Федеральный совет препроводил заявление кантональному правительству, которое имело полномочия принимать решения по таким вопросам. В начале XX века А. Мартини упоминал о случае высылки иностранцев "по обвинению в нарушении закона об азартных играх"³⁷⁹. Наряду с этим он указывал, что, естественно, такая мера могла быть принята консулами в тех странах, в которых за ними было сохранено "право высылать своих граждан", как это имело место в Китае³⁸⁰. К числу указанных выше оснований для высылки относится также занятие проституцией. Так, например, в Англии занятие проституцией являлось правонарушением, и принятый в 1905 году Закон об иностранцах предоставлял государственному секретарю по внутренним делам полномочия принимать постановления о высылке в случае, если судом было доказано, что постановление принималось в отношении иностранца, обвиненного в занятии проституцией³⁸¹. В соответствии со статьей 2 принятого в Соединенных Штатах Америки 20 февраля 1907 года Закона доступ на территорию страны был запрещен проституткам и сводникам и была разрешена высылка из страны указанных двух категорий лиц³⁸². В свою очередь, хотя в нем и не делалось конкретной ссылки на занятие проституцией, принятый в Бразилии 7 декабря 1907 года Закон предусматривал в статье 2: "Достаточными основаниями для высылки являются... надлежащим образом доказанные факты бродяжничества, попрошайничества или сводничества"³⁸³. Еще в 1927 году Ч. де Бек писал: принцип, гласящий, что "общеизвестные и многократно повторяемые акты дебоша, безнравственная жизнь являются законными основаниями для высылки", "негласно признается и проводится в жизнь национальным законодательством всех стран. Принцип этот принадлежит к универсально применяемым принципам"³⁸⁴.

169. Наряду с перечисленными выше четырьмя основаниями для высылки национальные законодательные органы на практике прибегают, нередко в

³⁷⁸ См. *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1893, p. 661; Ch. De Boeck, *op. cit.*, p. 543.

³⁷⁹ A. Martini, *L'expulsion des étrangers, op. cit.*, p. 61.

³⁸⁰ *Ibid.*, pp. 61-62.

³⁸¹ См. A. Martini, *op. cit.*, p. 82.

³⁸² C. De Boeck, *op. cit.*, pp. 544-545.

³⁸³ *Ibid.*, p. 545.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 542.

неожиданной форме, к другим мотивам для высылки. Так, в свое время практиковались высылки по различным политическим мотивам, в том числе за "анархистскую деятельность", "апологетику убийств"³⁸⁵, "зловредные призывы"³⁸⁶, "шпионаж или подозрения в занятии шпионажем"³⁸⁷, "интриги и заговор против государства"³⁸⁸ или против третьих сторон³⁸⁹, "неподчинение закону"³⁹⁰, "активная антимилитаристская деятельность"³⁹¹, "крамольные выкрики"³⁹², "нанесение ущерба государственному флагу"³⁹³.

170. Перечисленные основания для высылки не провоцируют возникновение каких-либо особых проблем, поскольку они естественным образом могут быть отнесены к необходимости защиты национальной безопасности или общественного порядка.

171. Более оригинальными представляются два основания для высылки; первое из них носит "идеологический" характер и имеет сравнительно длинную предысторию, другое же – "культурное" – появилось в самое последнее время.

g) Идеологическое основание и политическая деятельность

i) Идеология

172. Ее появление связано с установлением социалистического режима на территории России. На смену Закону от 19 мая 1903 года пришел принятый 29 августа 1921 года правительством Союза Советских Социалистических Республик (СССР) Декрет о высылке иностранцев, статья I которого гласила, что "все иностранцы, жизненный уклад, деятельность или поведение которых будут считаться несовместимыми с принципами и жизненным укладом рабоче-крестьянского государства, подлежат высылке по постановлению Чрезвычайной комиссии (ЧЕКА, или ГПУ) или постановлению суда, даже если ранее им было разрешено пребывание на территории России"³⁹⁴.

³⁸⁵ А. Martini, *op. cit.*, p. 69.

³⁸⁶ См., например, имевшую место в 1881 году высылку из Швейцарии князя Кропоткина на основании "его публичных выступлений, в которых он призывал рабочих силой захватить имущество и силой же свергнуть существующий общественный порядок", а также "восхвалял убийц царя Александра II" и т. д. (см. А. Martini, *op. cit.*, p. 69).

³⁸⁷ См. дело *Carlsbad Hofmann*, осужденного в Швейцарии за мошенничество, который представлялся полковником в отставке, а также бароном Куртье и получил доступ к военным объектам города Тун (Швейцария); заподозренный в шпионской деятельности, он был незамедлительно выслан за пределы страны (см. *Journal de droit international privé*, 1893, p. 671).

³⁸⁸ См. дело о высылке в 1718 году посла Испании в Париже принца де Челламаре по обвинению в заговоре против регента Франции (см. *Revue de droit international public*, 1907, p. 181 *in fine*).

³⁸⁹ См. дело о высылке в 1872 году из Бельгии *графа де Шамбора* «по обвинению в организации тайной встречи со своими сторонниками в гостинице "Сен-Антуан" в Антверпене» (см. *Journal de droit international privé*, 1889, p. 73).

³⁹⁰ См. дело о высылке монсеньора Монтанини, секретаря нонсиатуры Святого Престола, "на основании направленного трем парижским кюре указания игнорировать положения Закона об отделении церкви от государства и направить церковных деятелей на борьбу в интересах клерикальной партии" (см. *Revue de droit international public*, 1907, p. 175 и след.).

³⁹¹ См. дело о высылке *Хьюго Ханни* (см. А. Martini, *op. cit.*, p. 73).

³⁹² См. дело о высылке в 1901 году из Швейцарии шестерых итальянцев, в том числе одного студента, которые во время публичной демонстрации выкрикивали лозунг "Долой солдатню" (*ibid.*, p. 74).

³⁹³ См. дело о высылке из Франции *Гуо*, который в Канэ изрезал на куски французские флаги (*ibid.*).

³⁹⁴ Цитируется Р. Fauchille, *Traité de droit international public*, t. I, 1^{ère} partie, *Paix*, 1922, n° 447, p. 978.

ii) Политическая деятельность

173. Политические соображения могут быть релевантным фактором в решении вопроса о высылке иностранцев исходя из интересов общественного порядка или национальной безопасности, а не отдельным основанием в рамках международного права³⁹⁵.

174. Как отмечалось ранее, Парламентская ассамблея Совета Европы подтвердила в рекомендации 769 (1975 год) запрещение на высылку иностранцев, включая нелегальных иностранцев, по политическим или религиозным соображениям³⁹⁶.

175. В национальном законодательстве некоторых государств предусматривается высылка иностранца, который 1) принимает участие во внутренней политике принимающего государства³⁹⁷, например путем голосования, когда он не уполномочен делать это³⁹⁸, или путем злоупотребления правом на политическое участие, которое государство резервирует для своих граждан³⁹⁹; 2) является членом тоталитарной или фашистской партии или партии, занимающейся в основном вопросами мировой революции⁴⁰⁰; 3) представляет документы с ложной информацией о его мировоззрении или другую недостоверную информацию государственным органам власти⁴⁰¹. В соответствующем законодательстве может

³⁹⁵ "Классические авторы признавали право выславать иностранцев, но нередко утверждали, что этим правом можно пользоваться только по этой причине. Так, Гроций писал о суверенном праве выславать иностранцев, которые бросают вызов установленному политическому порядку выславляющего государства и поднимают там мятеж. Пуфендорф повторил это мнение. В ранней дипломатической переписке этот же принцип устанавливался с такой же оговоркой". R. Plender, *op. cit.*, p. 461 (цитирует H. Grotius, *De Jure ac Pacis, Libri Tres*, 1651, livre II, chap. II, p. xvi; а также S. Pufendorf, *De Jure Naturæ et Gentium, Libri Octo*, 1866, livre III, chap. III, par. 10). "В дополнение к экономическим и социальным основаниям нежелательности пребывания иностранца политические причины, особенно война, часто лежали в основе распоряжений о высылке". E.M. Borchard, *op. cit.*, p. 52. "Право на высылку или депортацию может быть использовано, если поведение или деятельность иностранца после допуска в страну является нарушением определенных основных правил. Такое поведение или деятельность включает: [...] участие в нежелательной политической деятельности". L.B. Sohn и T. Vuergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 90 и 91. «Высылку, произведенную после судебного приговора, и высылку, которая предписана исполнительной властью на общеполитических основаниях, легко отличить [от допустимой высылки за нарушение местного закона]; в отношении последней признано, что каждое государство в своей "политике" должно определить, разрешит ли оно постоянное проживание иностранца». G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pp. 206 и 207 (ссылки опущены).

³⁹⁶ "Иностранец без действительного разрешения на жительство может быть удален с территории государства-члена только на точно определенных юридических основаниях, которые не носят религиозного или политического характера", рекомендация 769 Совета Европы (1975 год), *op. cit.*, пункт 9.

³⁹⁷ Государство может запретить или ограничить участие иностранца в своей внутренней политике или общественных делах [Бразилия, Закон 1980 года, статьи 106 и 107; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 17 2) и 3)], а также в деятельности культурных и прочих ассоциаций (Бразилия, Закон 1980 года статьи 107–109).

³⁹⁸ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 (XI) и 127; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 10) D) и 237 а) 10) D).

³⁹⁹ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья. 99 1) d).

⁴⁰⁰ Беларусь, Закон 1998 года, статья 14; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 а) 37), 40) и 50) е) и 212 а) 10) D).

⁴⁰¹ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 а) и 62 а).

содержаться точно сформулированное разрешение применять уголовное наказание в дополнение к высылке, когда есть вышеуказанные основания⁴⁰².

176. "Национальные суды некоторых государств рассматривали дела, связанные с высылкой иностранцев по причинам, относящимся к их политической деятельности"⁴⁰³. Однако большая часть решений о высылке была оправдана другими соображениями, такими как общественный порядок или национальная безопасность⁴⁰⁴.

h) "Культурное" основание

177. Смысл этого понятия следует искать в реакции некоторых государств Персидского залива на факты, которые в настоящее время расцениваются ими в качестве "угрозы для своей идентичности". Если обратиться к опубликованному недавно в *Arab View* репортажу, его автор Тарик аль-Маена рассматривает в нем вопрос обеспокоенности арабских стран в связи с "угрозой для идентичности", которую несет с собой присутствие на их территории огромного числа иностранных рабочих. По сведениям министра труда Бахрейна, цитируемым в данном репортаже, «в некоторых регионах Залива уже невозможно определить, находитесь ли вы в арабо-мусульманской стране или же в одной из стран Азиатского региона. Здесь уже нельзя вести разговор о каком-либо "многообразии". Дело в том, что ни одно государство на нашей планете не может спокойно наблюдать за происходящей на его территории эрозией национальной культуры»⁴⁰⁵. По сведениям репортера аль-Маены, министр труда Бахрейна заявил, что его страна намерена выступить автором предложения о введении максимального 6-летнего срока для получения иностранцами разрешения на работу в странах Персидского залива. Такое предложение планировалось выдвинуть в ходе саммита Совета сотрудничества стран Залива (ССЗ), его членами являются Саудовская Аравия, Бахрейн,

⁴⁰² Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 (XI) и 127; Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 2).

⁴⁰³ См., например, *Perregaux*, Conseil d'État, France, 13 mai 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (eds.), p. 427 à 430; *Bujacz c. État belge (Министерство юстиции)*, Государственный совет (Бельгия), 13 июля 1953 года, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (dir. publ.), pp. 336 и 337; *Lopez v. Howe*, Immigration Commissioner, Окружной апелляционный суд Соединенных Штатов Америки, второй округ, 14 мая 1919 года [*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, J.F. Williams и H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 177, pp. 252 и 253 (Высылка одного чрезвычайно известного идеолога-анархиста)]; Ex parte Pettine, Окружной суд Соединенных Штатов Америки, округ Массачусетс, 3 июня 1919 года, *Ibid.*, affaire n° 176, pp. 251 и 252; *Galvan v. Press Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, États-Unis d'Amérique, Cour suprême, 24 mai 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (dir. publ.), pp. 213–218.

⁴⁰⁴ См., например, *Perregaux*, *op. cit.*, p. 429 ("Сама по себе политическая деятельность не является достаточной для правового обоснования высылки иностранца, нахождение которого на французской территории не только не представляет угрозу для общественного порядка, но и не дает повода общественности для беспокойства"); *Bujacz c. État belge (Министерство юстиции)*, *op. cit.*, p. 337 («Истец утверждает, что иностранцы имеют право на "свободу убеждений" и на "свободу политических ассоциаций"; однако реализация названных свобод иностранцами естественно ограничена положениями закона, который в соответствии со статьей 128 Конституции гласит, что лицо, занимающееся деятельностью, представляющей угрозу для национальной безопасности, подлежит высылке»); Цитируется *Everardo Diaz*, *op. cit.*, pp. 25 и 256 ["На государстве не лежит обязанность выполнять сложную и нередко неблагодарную работу по осуществлению постоянного надзора за иностранцами, которые на практике реализуют свои теоретические изыскания. Государству не следует пассивно ожидать того момента, когда деятельность иностранца приобретет реальные очертания"]. (Касательно высылки некоего анархиста.)

⁴⁰⁵ Источники: "Expatriates' Impact on Gulf's Labor, Social Situation" par Tarik Ali Maena, 27 octobre. 2007, <http://www.arabview.com/articles.asp?Article=921>.

Объединенные Арабские Эмираты (ОАЭ), Кувейт, Оман и Катар, который должен был состояться в Дохе в декабре 2007 года. Выдвижение данного предложения проходило на фоне серьезной обеспокоенности в связи с эрозией социально-культурных устоев в странах этого региона. По мнению упомянутого выше министра труда Бахрейна, "значительная часть иностранных рабочих принадлежат к культурно-социальным кругам, которые не способны ни ассимилироваться, ни адаптироваться к местным культурным ценностям"⁴⁰⁶. Кроме того, они узурпируют те рабочие места, в которых испытывают острую потребность местные жители. Министр труда ОАЭ доктор Али бен Абдулла аль-Кааби заявил, что его страна разделяет обеспокоенность Бахрейна, а присутствие в регионе более 14 млн. трудящихся-мигрантов делает неизбежным включение этого вопроса в число важнейших вопросов повестки дня упомянутого выше саммита ССЗ. В заключение репортер аль-Маена отмечает: "Если предложение Бахрейна будет поддержано, то 14 млн. мигрантов, проживающим в настоящее время в странах ССЗ, будет послан недвусмысленный сигнал, что настало время им задуматься о других вариантах своего устройства. Для определенной части мигрантов сделать выбор будет весьма затруднительно, поскольку они привезли свои семьи в одно из государств Залива, избрав его в качестве своего места проживания"⁴⁰⁷.

178. Какие бы соображения ни выдвигались в обоснование такой высылки, очевидно, что она противоречит международному праву.

179. Если говорить о культурном аспекте, то высылка находится в противоречии с принципом недискриминации, зафиксированным в многочисленных международных конвенциях, в частности в конвенциях, упоминаемых в пункте 147 данного пятого доклада⁴⁰⁸. В связи с этим следует обратить внимание на то, что в принятой 15 сентября 1994 года Советом Лиги арабских государств Арабской хартии прав человека содержится ряд положений, эксплицитно или имплицитно провозглашающих данный принцип. Так, в статье 2 провозглашается: "Каждое государство – участник настоящей Хартии обязуется соблюдать и гарантировать всем лицам, находящимся на его территории и подпадающим под его юрисдикцию, все права и все свободы, провозглашенные в настоящей Хартии, без какой-либо дискриминации, в частности по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических убеждений, национального или социального происхождения, рождения или иных обстоятельств; при этом не допускаются никакие различия между мужчиной и женщиной". В дополнение к сказанному в статье 3 это положение усиливается следующим образом: "а) Не допускаются никакие ограничения или отступления от основополагающих прав человека, признанных или действующих в государствах – участниках настоящей Хартии в соответствии с законами, конвенциями или обычаями, под тем предлогом, что в настоящей Хартии они либо не упоминаются, либо упоминаются в меньшем объеме. б) Со стороны государств – участников настоящей Хартии не допускаются никакие ограничения или отступления от основополагающих прав человека, признанных в настоящей Хартии, под тем предлогом, что граждане какого-либо другого государства пользуются ими в меньшем объеме".

180. Если подходить к данной проблеме с точки зрения прав трудящихся-иностранцев, то не подлежит сомнению, что подобная политика противоречит

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ A/CN.4/611 от 27 марта 2009 года, пункт 146 и след.

соответствующим положениям Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, в первую очередь ее статьи 7. Кроме того, следует напомнить о том, что "избыток рабочих ресурсов" уже давно не рассматривается в качестве основания для высылки. Мартини отмечал, что особую остроту этот вопрос приобрел в конце XIX века "в связи с высылкой китайцев с территории Соединенных Штатов в период 1888–1892 годов"⁴⁰⁹. "Опираясь на мнение ученых того времени, в рамках международного права не допускается ссылка на необходимость защиты занятости в качестве достаточного основания для принятия решения о высылке лиц любых категорий"⁴¹⁰. Подобный подход полностью сохраняет свою актуальность в настоящее время.

i) Незаконный въезд

181. Въезд в нарушение иммиграционного законодательства территориального государства в практике государств и в литературе признается законным основанием для высылки иностранца⁴¹¹.

182. Специальный докладчик по правам неграждан г-н Дэвид Вайсбротт, подчеркивая, что с нелегальными иностранцами нельзя обращаться как с преступниками, признавал в общей форме право государства требовать их удаления со своей территории:

"У государств есть широкие полномочия проводить иммиграционную политику депортации лиц, незаконно находящихся на их территории; однако эти дискреционные полномочия не являются абсолютными и не могут осуществляться произвольно. В соответствии со своим законодательством государство может потребовать депортации лиц, которые остаются на его территории дольше, чем это установлено во временном виде на жительство"⁴¹².

183. В деле *Amnesty International c. Zambie* Африканская комиссия по правам человека и народов постановила, что незаконное нахождение иностранца на территории государства является достаточным основанием для его высылки.

"Комиссия не желает ставить под сомнение и не ставит под сомнение право любого государства предпринимать правовые действия в отношении нелегальных

⁴⁰⁹ A. Martini, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹⁰ J.-A. Darut, *L'expulsion des étrangers, op. cit.*, p. 50. Данный автор отмечает далее: "Сама по себе защита права на труд не является достаточным основанием для отказа во въезде и, тем более, для высылки" (*ibid.*, p. 51 in fine).

⁴¹¹ "Практика государств признает, что высылка оправдана: а) за въезд в нарушение закона...", G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 262. "Незаконный въезд может привести к высылке иностранца на основании того, что въезд не был обоснован", K. Doehring, « Aliens, Expulsion and Deportation », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, p. 108. "Вполне обычное предписание о депортации иностранца может быть принято за нарушения Закона об иммиграции", R. Plender, *op. cit.*, p. 467 и 468 (ссылка опущена). "Иностранец может быть выслан или депортирован в любое время, если позднее обнаруживается, что он или она въехал(а) в страну незаконно, если этот иностранец не подпадает под местное законодательство об ограничениях, под амнистию или помилование". L.B. Sohn и T. Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, p. 90. См. также *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, op. cit.*, art. 28, par. 1 и 2. Нижеследующие материалы относительно оснований для высылки, перечисленных в подпунктах i)–n), взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 326-339, 377-380, 381-390, 408-417, и 422.

⁴¹² "Les droits des non-ressortissants", заключительный доклад Специального докладчика г-на Дэвида Вайсбротта, представленный во исполнение резолюции 2000/103 подкомиссии, резолюции 2000/104 Комиссии и решения 2000/283 Экономического и Социального Совета, пункт 29.

иммигрантов и депортировать их в страны их происхождения, если компетентные суды принимают решение об этом. Однако она считает неприемлемым депортировать лиц, не дав им возможности изложить свои доводы в компетентных национальных судах, поскольку это противоречит духу и букве Хартии и международному праву"⁴¹³.

184. Хотя национальное законодательство некоторых государств предусматривает, что иностранцы, въехавшие на территорию незаконно, могут в определенных случаях⁴¹⁴ считаться лицами, въезд которым запрещен, а не подлежать высылке, национальное законодательство других государств, как это отмечают некоторые авторы, признает незаконный въезд легитимным основанием для высылки иностранцев⁴¹⁵. Незаконный въезд может быть применен в качестве основания при высылке лица, которое остается или проживает в государстве, не получив предварительного разрешения на въезд, или которому каким-либо иным образом было отказано в допуске⁴¹⁶. Неумышленный незаконный въезд иностранца или допуск по ошибке лица, незаконно въехавшего в государство, может или не может, в зависимости от действующей нормы закона, привести законным образом к легитимации государством этого въезда⁴¹⁷. Тайно проникшие на суда лица, выделенные⁴¹⁸, или не выделенные⁴¹⁹ в особую категорию иностранцев в релевантном законе, могут подлежать высылке либо в силу их статуса⁴²⁰, либо по тем же основаниям, что и другие иностранцы.

⁴¹³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication no 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, одиннадцатый ежегодный отчетный доклад, 1997–1998 годы, пункт 20.

⁴¹⁴ См. *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration and Naturalization Service*, *op. cit.* ("Г-н Джозеф прибыл в эту страну как лицо, тайно проникшее на судно, и поэтому, согласно классификации Закона об иммиграции, он является лицом, "подлежащим высылке".)

⁴¹⁵ "В большинстве законов, регулирующих иммиграцию, право высылки или депортации является наказанием, предусмотренным в положениях, связанных с недопуском, и многочисленные случаи высылки основаны на обвинении в присутствии в стране в нарушение ее законов или правил, касающихся допуска иностранцев". E.M. Borchard, *op. cit.*, pp. 51 и 52. "Изучение систем муниципального права обнаруживает, пожалуй, неприметную на первый взгляд последовательность в выборе изложенных в муниципальном праве оснований для высылки. Как правило, иностранец окажется подлежащим высылке, если он подпадает под одну или несколько из следующих рубрик: 1. Въезд в нарушение закона об иммиграции..." G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 255.

⁴¹⁶ См., например, Китай, Положения 2003 года, статья 182; Нигерия, Закон 1963 года, статьи 19 и 46; Парагвай, Закон 1996 года, статья 38; и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 а) 1) А), Н).

⁴¹⁷ В Нигерии незаконный въезд, разрешенный "по недосмотру" соответствующих органов власти, все же является незаконным и составляет основание для высылки (Нигерия, Закон 1963, статья 19 2). В Соединенных Штатах Америки разрешается аннулировать визу "привилегированного иммигранта", если установлено, что иностранец таковым не является (Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 206). В Бразилии въезд в страну "с нарушением действующих правил" может быть квалифицирован как "незаконный", въезд может считаться "неумышленным", и в результате иностранцу, въехавшему таким образом в страну, дают более короткие сроки, для того чтобы ее покинуть, чем в том случае, если бы иностранец совершил определенные правонарушения (Бразилия, Декрет 1981 года, статья 98).

⁴¹⁸ Соединенные Штаты, Закон об иммиграции и гражданстве, раздел 101 а) 49).

⁴¹⁹ Кения, Закон 1967 года, статья 8; и Нигерия, Закон 1963 года, пункт 1 статьи 8, Правило 1963 года (L.N. 93), пункт 2 статьи 1 и пункт 2 статьи 8.

⁴²⁰ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 6) D) и 235 а) 2);

185. В число конкретных оснований для высылки, связанных с незаконным въездом, входят ситуации, при которых иностранец: 1) въезжает или пытается въехать на территорию в тот период, когда границы были временно закрыты для иностранцев⁴²¹, или для конкретной группы иностранцев⁴²², или в месте, или во время, которые не установлены в качестве разрешенного пункта и времени въезда⁴²³; 2) уклоняется от иммиграционного контроля или от иммиграционных органов, чинит им помехи или пытается уклониться от их контроля и чинит им препятствия⁴²⁴, в том числе в отношении досмотра при въезде⁴²⁵, или уплаты требуемого сбора⁴²⁶; 3) не имеет требуемых документов⁴²⁷ или представляет

и Кения, Закон 1967 года, статья 8.

⁴²¹ Кения, Закон 1973 года, статья 3 1) а); и Швеция, Закон 1989 года, статья 12.4.

⁴²² Австралия, Закон 1958 года, статьи 177, 189 и 190, 198, 230, 249 1) а), 251; и Нигерия, Закон 1963 года, статья 25.

⁴²³ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 и 37; Австралия, Закон 1958 года, статьи 189–90; Чили, Декрет 1975 года, статьи 3 и 69; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 6) А), 271 б) и 275 а) 1), б); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 74; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 2; Нигерия, Закон 1963 года, статья 16; Парагвай, Закон 1996 года, статья 79 3); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1); и Тунис, Закон 1968 года, статья 4.

⁴²⁴ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 и 37; Австралия, Закон 1958 года, статьи 190, 230–31, 233; Бразилия, Закон 1980 года, статья 124 1); Чили, Декрет 1975 года, статья 69; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 275 а) 2); Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 74; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 13 2) а), Закон № 40 (1998 год), статья 11 2); Япония, Постановление 1951 года, статья 24 2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 46; Парагвай, Закон 1996 года, статьи 79 3), 81 1); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99. На основании этих законов лица могут признаваться тайно проникшими на суда (Австралия, Закон 1958 года, статьи 230 и 231, 233). Чтобы установить таких лиц и не допустить их на судно, государство может потребовать от причаливших судов представить свои судовые манифесты соответствующим властям [Австралия, Закон 1958 года, статья 231; и Нигерия, Положения 1963 года (L.N. 93) статья 8 2)] или разрешение на досмотр судна (Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 69–71).

⁴²⁵ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 275 а) 2); Нигерия, Закон 1963 года, статья 16; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 46 3); и Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статья 8 1) с).

⁴²⁶ Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 21 1) 1).

⁴²⁷ Под эту категорию может подпасть иностранец, который не имеет, не представляет требуемые документы или не имеет права на обладание определенными или всеми необходимыми документами, включая паспорт или визу, либо не представляет определенную или всю нужную информацию (Австралия, Закон 1958 года, статьи 177, 190, 229, 233 А); Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 2, Закон 1993 года, статья 20 4); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 VI), 127; Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 7), 65 1); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 7) и 275 а); Франция, Кодекс, статья L511-1 1); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 10, Закон № 40 (1998 год), статья 5; Япония, Постановление 1951 года, статьи 24 1) и 2); Кения, Закон 1967 года, статьи 4 2) и 7; Нигерия, Закон 1963 года, статьи 18, 46 3) б); Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 58 и 60; Парагвай, Закон 1996 года, статья 79 1); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 21 1); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1); и Тунис, Закон 1968 года, статья 5). Въезд иностранца также может считаться незаконным из-за того, что виза или иной необходимый документ был аннулирован или подлежит аннулированию до въезда или при въезде, даже если въезд имеет место в ходе пребывания, законного в иных отношениях (Австралия, Закон 1958 года, статьи 229, 232 и 252; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 47 1) d), 3); Чили, Декрет 1975 года, статья 65; Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 13 4); и Швеция, Закон 1989 года, статья 2.9–10), или если срок действия визы иностранца недостаточен и не может распространяться на весь предполагаемый период пребывания иностранца [Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 2) и 3)].

документы либо испорченные, либо непригодные⁴²⁸; 4) представляет фальшивые или ложные документы либо иную недостоверную информацию⁴²⁹; 5) после пересечения границы, независимо от причины, не приобретает необходимые въездные документы, не исправляет в них ошибки или не оформляет статус иностранца⁴³⁰; 6) нарушает условия пребывания иностранца на территории государства⁴³¹; 7) считается нежелательным⁴³² или каким-либо иным образом не допущенным к въезду на территорию государства лицом вследствие либо стиля его жизни, либо

⁴²⁸ Такие документы могут быть незаконными, испорченными, либо в них могут быть иные физические изъяны или же документы могут иметь такой вид, что государство не считает возможным проставить необходимые разрешительные записи или отметки [Болгария, Закон 1998 года, статья 3; Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1)–3)].

⁴²⁹ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 а), 35; Австралия, Закон 1958 года, статьи 233 А, 234, 236; Беларусь, Закон 1993 года, статья 20 4); Бразилия, Закон 1989 года, статьи 64, 124 (XIII), 127; Болгария, Закон 1998 года, статья 3; Канада, Закон 2001 года, статья 40 1) а) и б); Чили, Декрет 1975 года, статьи 63 3), 65 1) и 2), 68; Китай, Закон 1986 года, статьи 29 и 30; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 6) С), 275 а) 3); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 4), 9 4), 18 9) 4), Закон 1996 года, статья 26 5); Гватемала, Положение 1999 года, статья 97, Декрет-закон 1986 года, статья 73; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 4, 8 и 10; Япония, Постановление 1951 года, статьи 22–4 1)–4), 24 3); Кения, Закон 1967 года, статья 7; Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 3) а); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 61; Парагвай, Закон 1996 года, статьи 38, 79 1), 81 2), 108 1), 110 11); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 21 4); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 13 4); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 46 1)–2), 89 1)–2); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1); Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статьи 24А 1) а), 33 1) (с поправками, внесенными Законом об убежище и иммиграции 1996 года); и Швеция, Закон 1989 года, статьи 2.9–10, 7.18. На основании этого правового акта иностранец может быть точно определен как лицо, тайно проникшее на судно (Япония, Постановление 1951 года, статья 74).

⁴³⁰ Австралия, Закон 1958 года, статьи 181 2)–3), 182, 198; Эквадор, Закон 2004 года, глава 7 (временные положения); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 206; Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 26 1); и Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 13 2) б).

⁴³¹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 26; Бразилия, Закон 1980 года, статьи 56 1), 124 (IX), 127; Чили, Декрет 1975 года, статья 85; Китай, Закон 1986 года, статьи 29 и 30; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 237 а), 252; Иран, Закон 1931 года, статья 11 б); Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10, Административный кодекс, глава 18, статья 18.8; Япония, Постановление 1951 года, статьи 16 6)–7), 24 4)–6), 6А; Нигерия, Закон 1963 года, статьи 11 и 27; Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 61; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89 1); и Швеция, Закон 1989 года, статья 9,3; на основании этого правового акта иностранец может быть определен как лицо, тайно проникшее на судно или как кровный родственник такого лица (Нигерия, Закон 1963 года, статья 28).

⁴³² Австралия, Закон 1958 года, статьи 5 и 16; Беларусь, Закон 1993 года, статья 20 6); Бразилия, Закон 1980 года, статья 61; Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10; Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) f); Парагвай, Закон 1996 года, статья 79(5); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 21 1) 2); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1); и Швеция, Федеральный закон 1931 года, статья 13 1). Нигерия разрешает соответствующему министру отказывать во въезде любому иностранцу или категории иностранцев, если министр считает, что такой отказ отвечает государственным интересам [Нигерия, Закон 1963 года, статья 18(2)].

ставших известными его личных качеств⁴³³, или из-за допущенных иностранцем в прошлом нарушений условий въезда или пребывания на территории государства⁴³⁴.

186. На высылку иностранца по этому основанию могут повлиять: 1) маршрут прибытия иностранца⁴³⁵; 2) международные обстоятельства, такие как особая договоренность между государством гражданства иностранца и государством въезда⁴³⁶, любое релевантное международное соглашение или конвенция⁴³⁷ либо запрос или требование международного органа⁴³⁸; 3) соображения временного порядка, такие как сопоставление времени въезда иностранца и вступления в силу релевантного законодательства⁴³⁹, или релевантный закон, действовавший во время въезда иностранца⁴⁴⁰; или 4) период времени, прошедший после въезда иностранца на территорию государства⁴⁴¹.

187. Релевантное национальное законодательство может прямо разрешать применение уголовных санкций, помимо высылки, когда существуют основания, связанные с незаконным въездом⁴⁴². Аналогичным образом законодательство может устанавливать, что высылка должна быть произведена после отбытия назначенного по приговору наказания⁴⁴³. Государство может применять к иждивенцам иностранца основания для высылки, предъявленные данному иностранцу в связи с незаконным въездом⁴⁴⁴.

⁴³³ Лицом, подпадающим под эту категорию, может быть иностранец, придерживающийся полигамии [Франция, Кодекс, статья L.521-2 1); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 10)А)], или лицо, которое по иным причинам считается не имеющим права на проживание или получение гражданства [Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 j); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 8)].

⁴³⁴ Это может касаться иностранца, который во время своего предыдущего пребывания в стране не соблюдал либо правила проживания, либо требования выезда из высылającego государства [Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 26 5)–6)], или комплекс законов или обязанностей, установленных для иностранцев [Беларусь, Закон 1993 года, статья 20 3); и Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1)].

⁴³⁵ Нигерия, Закон 1963 года, статьи 16 и 25.

⁴³⁶ Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 4; и Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9. Такой договоренностью могут быть, например, Шенгенские соглашения [Франция, Кодекс, статья L.621-2; и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 13 4), 25 1), 120, 126 3)], или Соглашение в рамках Содружества. [Нигерия, Закон 1963 года, статьи 10 1), 18 4)], Европейского союза [Италия, Декрет-закон № 286 (1998 года), статья 5 12), Закон № 40 (1998 года), статья 5 7)] или Международной организации по миграции [Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 126А 1)].

⁴³⁷ Испания, Закон 2000 года, статья 26 1); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 5 11), Закон № 40 (1998 год), статья 5 6); Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 9 1)–3); и Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 5).

⁴³⁸ Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статья 8 В 5) (с поправками, внесенными Законом об убежище и иммиграции 1999 года).

⁴³⁹ Австралия, Закон 1958 года, статья 251 6) с); Эквадор, Закон 2004 года, глава 7 (Временные положения); Франция, Кодекс, статья L.541-4; и Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 11 15).

⁴⁴⁰ Австралия, Закон 1958 года, статья 14 2); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 а) 1) А); и Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) i).

⁴⁴¹ Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2.

⁴⁴² Чили, Декрет 1975 года, статьи 68 и 69; Китай, Закон 1986 года, статья 29; Парагвай, Закон 1996 года, статья 108 1); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 2); и Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статья 24 1) а).

⁴⁴³ Чили, Декрет 1975 года, статья 69; и Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 74.

⁴⁴⁴ Канада, Закон 2001 года, статья 42 а)–b).

188. Судебная практика некоторых стран, примером которой являются постановления национальных судов и трибуналов, также подтверждает законность высылки, основанием для которой является незаконный въезд в страну иностранца или его присутствие в ней⁴⁴⁵. Однако в случае постоянного проживания индивида на территории государства в течение длительного времени некоторые национальные суды постановили, что одного только факта незаконного присутствия индивида недостаточно для поддержания решения о высылке⁴⁴⁶.

j) Нарушение условий допуска

189. Иностранец может быть на законных основаниях допущен на территорию государства в соответствии с национальным иммиграционным законодательством при соблюдении определенных условий, связанных с допуском или постоянным присутствием этого иностранца в государстве. Такой находящийся в стране на законных основаниях иностранец вследствие нарушения установленных условий может обрести статус нелегального иностранца. В практике государств нарушение установленных условий допуска или постоянного присутствия иностранца признается законным основанием для высылки⁴⁴⁷.

190. Национальное законодательство ряда государств предусматривает высылку иностранцев, которые нарушили условия допуска, связанные, например, с продолжительностью пребывания иностранцев в стране, целью их пребывания и разрешенной деятельностью, в период пребывания на территории государства⁴⁴⁸. Нарушение условий допуска в качестве основания для высылки может быть в широком плане определено как незаконное проживание или присутствие⁴⁴⁹, отсутствие законных оснований, определяющих законность пребывания в стране иностранца⁴⁵⁰, нежелательность пребывания иностранца⁴⁵¹, нарушение любой части релевантного закона⁴⁵² или нарушение любого условия пребывания или

⁴⁴⁵ См., например, *United States ex rel. Tom Man v. Murff, District Director, INS*, Court of Appeals for the Second Circuit, 264 F.2d 926, 3 mars 1959; *Khan v. Principle Immigration Officer*, Supreme Court of South Africa, Appellate Division, 10 décembre 1951.

⁴⁴⁶ См., например, *In re rojas u consorts, op. cit.*, affaire de l'étranger apatride (Allemagne), République fédérale d'Allemagne, Cour administrative fédérale d'appel, 30 septembre 1958; *Re Sosa, op. cit.*

⁴⁴⁷ "Право высылки или депортации может быть реализовано, если поведение иностранца или деятельность после допуска в страну нарушают определенные основные правила. Такое поведение или деятельность включают: 1. проживание или пребывание в стране в нарушение условий въезда..." L.B. Sohn и T. Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 90 и 91. "Практика государств признает, что высылка обоснована... b) в случае нарушения условий допуска..." G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁴⁸ "Изучение систем муниципального права обнаруживает, по всей видимости, неприметную, на первый взгляд последовательность в выборе оснований для высылки. Как правило иностранец становится подлежащим депортации, если он подпадает под одну или несколько следующих категорий: ... 2. Нарушение условий въезда; например работа без разрешения на ее получение". G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 255. Материалы анализа национального законодательства и практики национальных судов взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 335–338.

⁴⁴⁹ Китай, Закон 1986 года, пункты 27, 29 и 30, Правило 1986 года, статья 42; Хорватия, Закон 2003 года, статья 56; Кения, Закон 1967 года, статья 4 2); Литва, Закон 2004 года, статья 126 1) 2); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1) а).

⁴⁵⁰ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 1) 2); Болгария, Закон 1998 года, статья 61 1) 4); и Испания, Закон 2000 года, статья 28 3) с).

⁴⁵¹ Австралия, Закон 1958 года, статьи 5 и 16; и Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10.

⁴⁵² Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 к), 62 а); Беларусь, Закон 1993 года, статьи 24, 25 3)–4);

проживания⁴⁵³. В число более конкретных случаев входят невыезд иностранца по истечении срока действия вида на жительство или разрешенного периода пребывания⁴⁵⁴, изъятие в виде на жительство⁴⁵⁵, отзыв вида на жительство или отказ в виде на жительство, если это не нарушает статуса "покровительствуемого лица"⁴⁵⁶, нежелание иностранца в противном случае добиваться получения требуемого вида на жительство, получать его, владеть им или приобрести на него право⁴⁵⁷, обстоятельства, препятствующие проживанию иностранца в государстве⁴⁵⁸,

Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 27 1) а); Канада, Закон 2001 года, статья 41 а); Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 5) и 6), 66; Испания, Закон 2000 года, статья 53 е); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 а) 1) В); Российская Федерация, Закон № 16-FZ (2002 год), статьи 7 7), 9 7), 18 9) 7), Закон 1996 года, статья 26 4); Греция, Закон 2001 года, статья 44 1) б); Иран, Закон 1931 года, статья 11 а); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) j); Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 1) б); Норвегия, Закон 1988 года, статья 29 а); Парагвай, Закон 1996 года, статья 34 6) и 37; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89 1) 5); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13 1). В Парагвае высылка также разрешена в соответствии со специальным законодательством [Парагвай, Закон 1996 года, статья 81 6)].

⁴⁵³ Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 d); Бразилия, Закон 1980 года, статья 124 (XVI) и 127; Болгария, Закон 1998 года, статья 61 4); Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 8) и 66; Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 6 1) 7) и 8), 68 1) 3), 89 1) 3); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13 1).

⁴⁵⁴ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 57 1) а); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 (II) и 127; Чили, Декрет 1975 года, статья 71; Финляндия, Закон 2004 года, статья 143 3); Франция, Кодекс, статьи L.511-1 2) и L.621-1; Гватемала, Декрет-закон 1986 года, статья 76; Италия, Декрет-закон 1998 года, № 286, статья 13 2) е); Япония, Постановление 1951 года, статьи 24 2)-3, 4 б), 7); Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 18, Закон 1962 года, статья 12; Нигерия, Закон 1963 года, статьи 19 1) и 4); Парагвай, Закон 1996 года, статья 81 3); Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10, Административный кодекс, глава 18, статья 18.8; Испания, Закон 2000 года, статьи 53 а) и 57 1); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.3; и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 212 а) 9) В)-С).

⁴⁵⁵ Они могут включать: 1) истечение срока действия постановления относительно обстоятельств или причин, которыми было обосновано предыдущее решение о выдаче вида на жительство (Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 d); Австралия, Закон 1958 года, статьи 198 1А) и 198 В); Беларусь, Закон 1993 года, статья 24, Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) е), и 47 1) е); Италия, Закон 2005 года, статья 2; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 89 1) 4); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статья 2; и Швеция, Закон 1989 года, статья 8.16); или 2) обнаружение оснований для высылки, которые, будь они ранее известны, послужили бы препятствием для предоставления разрешения [Австрия, Закон 2005 года, статья 3.54 1) 1)].

⁴⁵⁶ Беларусь, Постановление Совета 1999 года, статья 2, Закон 1998 года, статья 28; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 45 1) h) и 571) б); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 X) и 127, Китай, Положения 1992 года, статья I iii); Финляндия, Закон 2004 года, статья 168 1); Франция, Кодекс, статья L.511-1 3) и 6); Италия, Декрет-закон 1998 года № 286, статьи 5 10) и 11), 8, и 13 2) б), Закон № 40 (1998 год), статьи 55)-6) и 11 2) б); Япония, Постановление 1951 года, статья 24 2)-2; Республика Корея, Закон 1992 года, статья 68 1) 3); Парагвай, Закон 1996 года, статья 81 4); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 2, 31 1)-2); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.3; Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 12 3); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 а) 1) В).

⁴⁵⁷ Чили, Декрет 1975 года, статьи 31 и 72; Хорватия, Закон 2003 года, статья 52; Испания, Закон 2000 года, статьи 53 а) и g) и 57 1); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 206, 246; Российская Федерация, Закон 1966 года, статьи 25.10 и 27 4), Административный кодекс, глава 18, статья 18.8; Финляндия, Закон 2004 года, разделы 149 I 1) и 168 2); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 13 2) б) и 14 5 ter)-5 quinquies), Закон № 40 1998 года, статья 5 7), 11 2) б); Нигерия, Закон 1963 года, статья 10 5); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 58; и Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 88 I 1). Однако государство может применить санкции, которые прямо не предусматривают высылку за такие нарушения (Парагвай, Закон 1996 года, статья 112 1); Российская Федерация, Административный кодекс, глава 18, статья 18.8; и Испания, Закон

недостаточность факта вступления иностранца в брак для возникновения права на пребывание в государстве⁴⁵⁹ или представление фальшивых или иных подложных документов или информации, для того чтобы остаться в государстве в любых целях, исключая вступление в брак⁴⁶⁰.

191. Основания, связанные с нарушением условий допуска, также могут быть предъявлены, если иностранец не соблюдает требований, связанных с интеграцией или ассимиляцией, или не оправдывает соответствующих ожиданий⁴⁶¹, не выполняет правила, ограничивающие срок проживания или место пребывания⁴⁶², либо обязанности или запрещения, установленные для всех иностранцев или для данного иностранца персонально, или для него как представителя определенной категории иностранцев⁴⁶³, такие как обязанность зарегистрироваться или уведомить власти, когда это требуется, об утрате соответствующих документов или об изменении иностранцем места жительства, домициля или гражданства⁴⁶⁴, представлять доказательства, подтверждающие личность, или разрешение присутствовать на территории государства, когда это от него требуется⁴⁶⁵, воздерживаться от поездок в закрытый район⁴⁶⁶, не устанавливать местожительство или добиваться разрешения на

2000 года, статьи 53 и 57.

⁴⁵⁸ Аргентина, Закон 2004 года, статья 29 j).

⁴⁵⁹ Это положение может, в частности, означать: 1) недействительность, фиктивность или иной изъян вступления в брак, которым обуславливалось предоставление разрешения (Беларусь, Закон 1998 года, статья 15; Венгрия, Закон 2001 года, статья 32 2) h); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 12) и 9 12); и Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 216 b), 237 а) 1) G), и 275 с); неправомерность вступления в брак, затрагивающий статус иностранца (Мадагаскар, Декрет 1994 года, статья 18).

⁴⁶⁰ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 29 а) и 62 а); Беларусь, Закон 1998 года, статьи 14 и 15; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 27 1) f) и 47 1) f); Бразилия, Закон 1980 года, статьи 64 а) и 124 (XIII) и 127; Чили, Декрет 1975 года, статьи 64 2) и 66; Китай, Закон 1986 года, статьи 29 и 30, Правила 1986 года, статья 47; Испания, Закон 2000 года, статьи 53 с) и 57 1); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 101 а) 50) f) 6) и 212 а) 6) C), 237 а) 3), 246 а)–b) и 266 с); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 4), 9 4), и 18 9) 4); Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 3) а) и с); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 61; Парагвай, Закон 1996 года, статьи 81 2), 108 1) и 110 и 111; Соединенное Королевство, Закон 1971 года, статья 24А 1) а); Швеция, Закон 1989 года, разделы 2.9 и 10; и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 9 2) а) и 4) а).

⁴⁶¹ Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.54 3) и 4); Япония, Постановление 1951 года, статьи 2–4(5); и Швейцария, Постановление 1949 года, статья 16(2), и Федеральный закон 1931, статья 10 1) b).

⁴⁶² Парагвай, Закон 1996 года, статья 34 2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 46 1) 8); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13е. Однако за подобные нарушения могут быть наложены санкции, прямо не включающие высылку (Франция, Кодекс, статья L.624-4 и Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 1) d)).

⁴⁶³ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 104, Закон 1980 года, статья 64 d), 70; Чили, Декрет 1975 года, статьи 63 4), 64 5) и 6), 65 2) и 66; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 6) G) и 237 а) 1) C); Российская Федерация, Административный кодекс, глава 18, статья 18.8; Гондурас, Закон 2003 года, статья 89 2); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 11 3), 19 4), 24 2) и 27 3); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 34(1) и (2).

⁴⁶⁴ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124 III), IV) и 127; Чили, Декрет 1975 года, статья 72; Испания, Закон 2000 года, статьи 53 и 57; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 237 а) 3) A)–B) и 266 с); Российская Федерация, Закон 1996 года, статья 25.10, Административный кодекс, глава 18, статья 18.8; и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 46 1) 7) и 10).

⁴⁶⁵ Китай, Правила, 1986 года, статья 43; и Нигерия, Закон 1963 года, статья 46 3) b).

⁴⁶⁶ Китай, Закон 1986 года, статьи 29–30, Правила 1986 года, статья 46; и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13е.

местожительство за пределами государства⁴⁶⁷ или не уезжать из государства на время сверх установленного срока⁴⁶⁸ или без разрешения⁴⁶⁹.

192. На высылку иностранца, осуществляемую на этом основании, может повлиять особая договоренность между государством гражданства иностранца и государством его пребывания⁴⁷⁰ или любое релевантное международное соглашение либо конвенция⁴⁷¹. Имеющее отношение к высылке законодательство может прямо разрешать применение уголовных санкций помимо высылки при наличии соответствующих оснований⁴⁷². В законодательстве может быть предусмотрено конкретное положение, в соответствии с которым высылка будет произведена по отбытию назначенного по приговору наказания⁴⁷³.

193. Нарушение условий допуска было признано национальными судами ряда государств законным основанием для высылки иностранцев⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ Беларусь, Закон 1980 года, статья 15; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 48 b); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 10) и 9 10); и Швеция, Закон 1989 года, статья 2.12.

⁴⁶⁸ Аргентина, Закон 2004 года, статья 62 с); Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 48 а); Чили, Декрет 1975 года, статья 43; Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 11) и 9 11); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 34 5).

⁴⁶⁹ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 124(XIII) и 127; и Республика Корея, Закон 1992 года, статья 46 1) 9), ср. (Испания, Закон 2000 года, статьи 53 г) и 57 1), квалифицирующие неразрешенный въезд в качестве грубого нарушения, влекущего за собой штраф, но которое не является основанием для высылки.

⁴⁷⁰ Примером такой договоренности может быть договоренность, достигнута в рамках Европейского союза [Финляндия, Закон 2004 года, статьи 168 1) и 2); Франция, Кодекс, статья L.621-2; и Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 5 12), Декрет-закон 1993 года, статья 7 3)], или в рамках Содружества [Нигерия, Закон 1963 года, статья 10 1)].

⁴⁷¹ Китай, Закон 1986 года, статья 29; Италия, Закон № 286 (1998 год), статья 5 11); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 1)–2).

⁴⁷² Чили, Декрет 1975 года, статьи 63 3) и 65 2) и 3); Китай, Правила 1986 года, статья 47; Франция, Кодекс, статьи L.621-1 и L.621-2; Италия, Закон 2005 года, статья 10 4), 13 1), Декрет-закон № 286 (1998 год), статьи 14 (5 ter) и (5 quinquies), Декрет-закон 1996 года, статья 7 3); Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 61 и 108 1); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 99 2).

⁴⁷³ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 47 4).

⁴⁷⁴ См., например, *INS v. Stevic*, Cour suprême des Соединенные Штаты Америки, 467 US 407, 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321, 5 juin 1984 (апелляция на процедуру депортации была подана ответчиком, когда он превысил шестинедельный срок действия допуска); *Hitai v. INS*, Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 343 F. 2d 466, 29 mars 1965 (предоставления разрешения на въезд в территориальное государство, нанявшись на работу, нарушил условие заявитель); *United States ex rel. Zapp et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, op. cit. (заявители были высланы за нарушение условий допуска, прекратив заниматься профессиональной деятельностью, для осуществления которой им был предоставлен допуск); *Urban v. Minister of the Interior*, Cour suprême d'Afrique du Sud, district de la province du Cap, 30 avril 1953 (иностранец выслан на том основании, что на протяжении первых трех лет постоянного проживания в Южной Африке он работал не по той специальности, которая была указана в ходатайстве о въезде); *Simsek v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Haute Cour d'Australie, 10 mars 1982 (заявитель был выслан, потому что он оставался в стране по истечении трехмесячного срока, на который было выдано временное разрешение на въезд). Кроме того, был возбужден ряд дел в связи с тем, что экипажи судов нарушают условия допуска в территориальное государство, оставаясь в нем после того, как судно отправляется в плавание. См., например, дело *Immigration Act Re Vergakis*, Cour suprême de Colombie britannique, 11 août 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (dir. publ.), pp. 219–226; *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff, District Director, INS*, Southern District of New York, 6 octobre 1958, 165 F. Supp. 633, confirmé per curiam, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), certiorari refusé, 361 US 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959); *International Law Reports*, vol. 26, 1958-II, E. Lauterpacht (dir.

194. Нарушение условий допуска в качестве законного основания для высылки рассматривается, в частности, в связи с положением трудящихся-мигрантов, и будет обсуждено ниже.

к) Экономическая ситуация

195. При принятии решения о высылке иностранца экономическая ситуация может рассматриваться в качестве основания для высылки иностранца исходя из интересов общественного порядка, а не как отдельно взятое основание в соответствии с международным правом. Экономическая мотивировка была отвергнута, однако, в качестве юридически действительного соображения в отношении высылки граждан Европейского союза. Тем не менее экономические причины были признаны правомерным основанием для высылки иностранцев в национальном законодательстве ряда государств⁴⁷⁵.

196. Протокол к Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве признает экономическую мотивировку в качестве возможного основания при высылке иностранца исходя из интересов общественного порядка. В Протоколе дается определение понятия "общественный порядок", которое включает ситуации, когда иностранцы в состоянии финансировать свое пребывание в стране или намерены работать нелегально⁴⁷⁶.

197. Напротив, в Европейском союзе в соответствии с Директивой 2004/38/ЕС Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года запрещена высылка граждан Европейского союза и членов их семей по соображениям общественного порядка, национальной безопасности или общественного здоровья в интересах развития экономики. В частности, пункт 3 статьи 14 гласит следующее:

"Меры по высылке не должны быть автоматическим следствием обращения гражданина Европейского союза или члена его/ее семьи к системе социальной помощи принимающего государства-члена".

198. Что касается последнего положения, то в пункте 16 преамбулы данной Директивы предусматривается следующее:

publ.), pp. 509–512; *Sovich v. Espedy*, Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 15 mai 1963; *Re Sosa*, op. cit.

⁴⁷⁵ "Рассмотренные системы национального права демонстрируют, пожалуй, обычную последовательность в выборе оснований для высылки. Как правило, иностранец окажется подлежащим депортации в следующих случаях: [...] 3. Становится "лицом, находящимся на государственном содержании", в том числе по причине болезни и "проживания на условиях социального обеспечения". G. S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, op. cit., p. 255. См. также Règles internationales, op. cit., art. 45. «Как правило, к высылке прибегают лишь в ситуации, когда иностранец совершил какое-либо правонарушение, или "стал объектом расхода государственных средств». Этл Грахл-Мадсен "Комментарий к Конвенции о статусе беженцев 1951 года" (статьи 32 и 33), 1963 год, опубликован Отделом международной защиты Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев, 1997 год, к статье 33, пункт 2.

⁴⁷⁶ Концепцию общественного порядка" следует понимать в широком смысле, обычно принятом в континентальных странах. Договаривающаяся сторона может, например, запретить въезд гражданину другой стороны по политическим соображениям или если есть основания полагать, что он не в состоянии оплатить расходы по своему пребыванию, или что он намерен без необходимых разрешений заняться приносящей доход деятельностью". Протокол к Европейской конвенции об обустройстве и предпринимательстве, раздел III, статьи 1–3 (Париж, 13 декабря 1955 года).

"До тех пор, пока бенефициары права на проживание не становятся непомерным бременем для системы социальной помощи принимающего государства-члена, их не должны высылать.

Поэтому меры по высылке не должны быть автоматическим следствием обращения к системе социальной помощи. Принимающее государство-член должно проанализировать, является ли этот случай отражением временных трудностей, и учесть продолжительность проживания, личные обстоятельства и размер предоставленной помощи, чтобы решить, стал ли бенефициар непомерным бременем для системы социальной помощи государства-члена, и приступить к процедуре его высылки. Ни в коем случае мера по высылке не должна применяться по отношению к рабочим, samozанятым лицам и ищущим работу лицам, как это определено Судом, кроме как по соображениям общественного порядка и национальной безопасности".

199. Национальное законодательство многих государств включает экономическую мотивировку в качестве основания для высылки иностранцев⁴⁷⁷. Иждивенцы иностранца могут подлежать высылке на экономических основаниях, если таковые устанавливаются для выдворения иностранца⁴⁷⁸. Так, государство может выслать иностранца или отказать во въезде иностранцу, который: 1) является должником⁴⁷⁹, "цыганом"⁴⁸⁰, бродягой или лицом, не имеющим средств к существованию или неспособным представить доказательства о наличии таких средств⁴⁸¹, бездомным в определенный период или в течение продолжительного времени⁴⁸², или же лицом, не имеющим возможности или не желающим поддерживать своих иждивенцев⁴⁸³; 2) требует или угрожает потребовать предоставления социальной помощи⁴⁸⁴; 3) не имеет профессии, специальности или квалификации⁴⁸⁵; 4) является праздничношатающимся⁴⁸⁶ или неспособным выполнять работу или заниматься

⁴⁷⁷ Материалы для исследования национального законодательства и национальной судебной практики взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", пункты 412–414.

⁴⁷⁸ Нигерия, Закон 1963 года, статья 47.

⁴⁷⁹ Италия, Закон № 40 (1998 год), статья 11 4 а).

⁴⁸⁰ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 b).

⁴⁸¹ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.53 2) 4); Бразилия, Закон 1980 года, статья 64 с); Канада, Закон 2001 года, статья 39; Китай, Правило 1986 года, статья 7 5); Испания, Закон 2000 года, статья 25 1); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 8) и 9 8), и Закон 1996 года, статья 27 6); Финляндия, Закон 2004 года, статья 11 1) 3); Венгрия, Закон 2001 года, статья 4 1) d); Италия, Декрет-закон № 286, статьи 4 и 8; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 3); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) а); Литва, Закон 2004 года, статья 7 3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 18 1) а) и Правило 1963 года (L.N. 93), статьи 5 4) и 6 4); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 b); Парагвай, Закон 1996 года, статьи 6 7) и 79; Польша, Закон № 1775 (2003 год), статьи 15 1), 21 1) 3) и 88 1) 3); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 4 1); Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 11 1) 5) и 1) 8); Швеция, Закон 1989 года, статья 4.2 1).

⁴⁸² Германия, Закон 2004 года, статья 55 2) 5); Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 9) и 9 9).

⁴⁸³ Канада, Закон 2001 года, статья 39; Российская Федерация, Закон № 115-FZ (2002 год), статьи 7 8) и 9 8); Кения, Закон 1967 года, статья 3 1) а).

⁴⁸⁴ Такое государственное попечение или необходимость в социальной помощи могут коснуться либо иностранца, либо его иждивенцев [Канада, Закон 2001 года, статьи 38 1) с), 2) и 39; Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 4), 17, 64 4), 65 1) и 66; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 212 а) 4), 237 а) 5) и 250; Япония, Ордонанс 1951 года, статья 5 3); Нигерия, Закон 1963 года, статья 18 1) а); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 е); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 5) и 1) 8); Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 10 1) d), 2) и 3)].

⁴⁸⁵ Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 7).

⁴⁸⁶ Швейцария, Правило 1949 года, статья 16 2).

деятельностью, для осуществления которой ему была предоставлена въездная виза⁴⁸⁷; 5) не может работать по своей специальности, теряет или оставляет работу⁴⁸⁸; 6) нетрудоспособен или инвалид и, следовательно, не в состоянии работать⁴⁸⁹; 7) противодействует или угрожает экономическому порядку государства⁴⁹⁰ или его национальной экономике⁴⁹¹, промышленности⁴⁹², торговле⁴⁹³, трудящимся⁴⁹⁴ или другим лицам, зарабатывающим средства к существованию⁴⁹⁵.

200. Национальным законодательством может быть запрещена высылка иностранца на таких основаниях, если он пробыл на территории государства определенный период времени⁴⁹⁶. Высылка иностранца на указанных выше основаниях может зависеть от того, является ли он гражданином государства, имеющего специальную договоренность с высылающим государством⁴⁹⁷. В зависимости от релевантного национального законодательства эти основания могут⁴⁹⁸ или не могут⁴⁹⁹ применяться в отношении иностранцев со статусом лица, временно проживающего в данной стране.

201. Национальной судебной практикой в число оснований для высылки иностранцев также включались причины экономического характера⁵⁰⁰.

1) *Превентивная мера или сдерживающее средство*

202. К высылке иностранцев государства прибегали с целью предупредить или сдержать определенное поведение, однако, как представляется, число высылаемых на таких основаниях иностранцев сократилось в начале XX века⁵⁰¹. Как упоминалось выше, Европейский суд по делу *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt*

⁴⁸⁷ Кения, Закон 1967 года, статья 6 1) а); ср. со статьей 65 Закона 2004 года Аргентины, которая запрещает высылку за невыполнение обязательства по трудовому договору, за исключением случаев, когда такое обязательство было предварительным условием для предоставления разрешения на въезд.

⁴⁸⁸ Чили, Декрет 1975 года, статьи 15 4), 17, 64 4), и 7), и 65 1) и 66; и Кения, Закон 1967 года, статья 6 1) b).

⁴⁸⁹ Бразилия, Декрет 1981 года, статья 52 III) и IV); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 37 е); и Парагвай, Закон 1996 года, статья 6 3). Исключение может быть сделано в том случае, когда такая нетрудоспособность или инвалидность лишь частично снижает способность иностранца работать [Парагвай, Закон 1996 года, статья 7 2)].

⁴⁹⁰ Республика Корея, Закон 1992 года, статья 11 1) 4) и 8).

⁴⁹¹ Бразилия, Декрет 1981 года, статьи 101, 104 и Закон 1980 года, статьи 64, 67 и 70; Гондурас, Закон 2003 года, статья 9 3); Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 38.

⁴⁹² Япония, Ордонанс 1951 года, статья 7 2).

⁴⁹³ Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 36.

⁴⁹⁴ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 2 и 64; и Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 36 и 37 е).

⁴⁹⁵ Бразилия, Закон 1980 года, статьи 2 и 64.

⁴⁹⁶ Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.53 2), 5) и 6); Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 237 а) 5); Швеция, Закон 1989 года, статьи 2.11 и 4.2.

⁴⁹⁷ Швеция, Закон 1989 года, статья 2.14.

⁴⁹⁸ Литва, Закон 2004 года, статья 7 3); Нигерия, Правило (L.N. 93), статьи 5 4) и 6 4); Польша, Закон № 1775 (2003 год), статья 15 1); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 14 1).

⁴⁹⁹ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 24 4) а).

⁵⁰⁰ См., например, дело *Pieters c. État belge (Ministre de la justice)*, *op. cit.*, p. 339 ("В этом случае в приказе о высылке указывается, что присутствие истца считается вредным для национальной экономики. Из дела явствует, что высылка была предписана в силу неуплаты истцом начисленных ему налогов").

⁵⁰¹ "Можно отметить следующие особенности недавнего развития событий в том, что касается осуществления права на высылку: теперь это редко используется в качестве превентивной меры", Е.М. Borchard, *op. cit.*, p. 55.

Köln вынес решение, согласно которому на общественный статус как основание для высылки можно ссылаться, только если оно относится к поведению соответствующего лица, и соображения "общего превентивного характера" неприемлемы⁵⁰². Тем не менее было отмечено, что международное право не запрещает ссылаться на это основание для высылки при отсутствии договорного обязательства⁵⁰³.

m) Репрессалии

203. В некоторых случаях высылка иностранцев использовалась как средство репрессалии (особенно в случаях массовой высылки, которые рассматриваются отдельно). Высылающее государство может указать на другие основания для высылки иностранцев, которые тем не менее выглядят репрессалиями⁵⁰⁴.

204. В правовой литературе законный характер высылки иностранцев как средства репрессалии⁵⁰⁵ поставлен под сомнение. По мнению Института международного

⁵⁰² "Поэтому ответ на упомянутые вопросы должен состоять в том, что пункты 1 и 2 статьи 3 Директивы 64/221 не допускают депортации гражданина государства-члена, если решение о высылке принято с целью устрашения других иностранцев, то есть если она основана, по словам национального суда, на соображениях "общего превентивного характера". Суд Европейских сообществ, дело *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, *op. cit.*, пункт 7.

⁵⁰³ "Государствам обычно не препятствуют в использовании процедуры высылки в качестве меры сдерживания, то есть выдворению отдельного лица в предупреждение другим. Такие действия, однако, могут быть объявлены противозаконными на основании договоров (например, статьи 48 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества в толковании Суда Европейских сообществ", К. Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", в: R. Bernhardt (dir. publ.), *op. cit.*, p. 111.

⁵⁰⁴ "В XIX веке коллективные высылки, как иногда утверждалось, были оправданы в качестве репрессалий. Известный бельгийский юрист Ролин Жакеминс утверждал, что коллективная высылка иностранцев в мирное время допустима лишь в рамках репрессивных мер, в своей статье "Право на высылку иностранцев" (см. его статью "Droit d'expulsion des étrangers" в сборнике *Revue de droit international* (1988), p. 498). Индонезия оправдывала высылку голландских граждан в 1997 году тем, что Голландия отказалась вести переговоры о судьбе Восточного Ириана. Дахм справедливо, как утверждалось, считает это оправдание необоснованным с точки зрения международного права (*Völkerrecht*, vol. I, p. 529) и, похоже, его мнение правильно", V. D. Sharma и F. Wooldridge, Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, p. 411, сноска 85. "Когда в декабре 1934 года в рамках репрессивных мер, принятых в ответ на якобы имевшие место факты соучастия властей Венгрии в деятельности террористов, Югославия выслала значительную группу венгерских подданных, она выдвинула в качестве обоснования аргумент, что из-за крупномасштабной безработицы в Югославии данные граждане проживали в Югославии только по периодически возобновляемым разрешениям; Toynbee, *Survey*, 1934, pp. 573–577", R. Jennings и A. Watts (dir. publ.), *op. cit.*, p. 944, сноска 16. "Генерал Амин не заявлял, что высылки являлись репрессивными мерами, принятыми в ответ на отказ Великобритании предоставить большее число специальных ваучеров ее угандийским гражданам и подданным. [...] Однако в своем первоначальном сообщении о высылке он заявил, что был вдохновлен Богом и намерен преподать урок Великобритании [...]". V.D. Sharma и F. Wooldridge, *op. cit.*, p. 411, и сноска 83.

⁵⁰⁵ «Из функционального значения высылки следует, что правом ее осуществления "не нужно злоупотреблять". Для достижения ее целей и задач этим правом следует пользоваться добросовестно, а не ради какого-то скрытого мотива [...], например неправомерной репрессалии», G.S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 307 и 308 и примечание 1 (в примечании говорится: "Существуют трудности при определении случаев, когда репрессалия правомерна. Г-н Броунли замечает, что в принципе это должна быть реакция на имевшее ранее место нарушение юридического обязательства и носить соразмеримый характер: I. Brownlie,

права, репрессивные и карательные меры не являются правомерным основанием для высылки иностранца, который на законных основаниях получил разрешение на проживание в стране:

"Следующие правила не применяются в случаях возмездия или реторсии. Вместе с тем иностранцы, проживающие на законных основаниях с согласия правительства страны, не могут быть высланы на основании возмездия или реторсии"⁵⁰⁶.

n) Прочие основания

205. Могут быть и другие основания для высылки, которые не признаются так широко или имеют такое же отношение к современной практике, как, например, предъявление неправомерной дипломатической претензии⁵⁰⁷.

206. Ряд оснований, которые отражали действовавшие в прошлом моральные ценности, в настоящее время преданы забвению. Так, например, хотя в ряде современных государств занятие проституцией по-прежнему фигурирует в числе правонарушений, ни в одном из государств не отмечено на практике случаев высылки на данном основании: стремление защитить жертв торговли людьми и принуждения к занятию проституцией может, в крайнем случае, послужить основанием для высылки по обвинению в сводничестве. Помимо этого, ни одно современное государство не потребует высылки больного человека вне зависимости от характера и степени остроты его болезни. Кроме того, ни одно современное государство не потребует высылки лица по причине его заболевания вне зависимости от его характера и степени тяжести. Напротив, многочисленные правозащитные ассоциации придерживаются позиции, что заболевание человека является одним из оснований для невысылки, в первую очередь в случае, если больной человек не имеет возможности получить надлежащий уход в своей собственной стране или в стране своей высылки⁵⁰⁸. В то же время Европейский суд по правам человека принял 27 мая 2008 года постановление, по смыслу которого высылка Великобританией со своей территории больной ВИЧ/СПИДом гражданки Уганды не является нарушением прав человека; по мнению Суда, данная высылка не является "бесчеловечным или унижающим достоинство видом обращения" по смыслу статьи 3 Европейской конвенции о правах человека. Однако Суд не ставил перед собой цель придать законный характер высылке на основании болезни, даже тяжелой; в первую очередь именно поведение гражданки Уганды, представлявшее опасность для других, явилось основанием для ее высылки, а принятое Судом постановление было призвано неким образом "квалифицировать" подобного рода поведение. Именно по этой причине Суд считает, что принципы, побудившие его принять данное постановление, должны распространяться на все случаи высылки лиц, страдающих "физическим или психическим заболеванием, развивающимся

Principles of Public International law, 2^e éd., 1973, p. 524"). Репрессалии, противоречащие общему международному праву, вряд ли допустимы, V.D. Sharma и F. Wooldridge, *op. cit.*, p. 411 и примечание 84 (ссылка на особое мнение судьи Танаки в делах *South West Africa* (1966), C.I.J. Recueil, пункт 298, в котором говорится, что "права человека, вытекающие из естественного права, являются частью *jus cogens*").

⁵⁰⁶ Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, *op. cit.*, art. 4.

⁵⁰⁷ "В ряде стран Латинской Америки формулировка необоснованной дипломатической претензии, в случае если вопрос не будет урегулирован в дружественной манере, может служить основанием для высылки". E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 52, note 3 (Constitution du Nicaragua, art. 12).

⁵⁰⁸ См. A. Lenoire, "L'Europe et les expulsions des étrangers malades", www.cn-feux.com/billets/leurope-et-les-expulsions-dirangers-malades.php.

натуральным образом". Положение о том, что сама по себе болезнь не может служить основанием для высылки, находит подтверждение во внутреннем праве ряда государств. Так, в докладе 2003 года "Организация по защите прав иностранцев на здравоохранение" (ODSE) отмечалось: «В 1997 году впервые было законодательно закреплено положение о невысылке иностранцев, "страдающих острой патологией" (Закон Дебре). Затем в соответствии с законом 1998 года (Закон Шевенмана) был расширен перечень условий, при которых предусмотрена защита от высылки (статья 25.8°); кроме того, было расширено положение о праве на пребывание, воплощением чего стало предоставление на законных основаниях карты на временное пребывание "личная и семейная жизнь"».

207. Таким образом, есть достаточные основания полагать, что рассмотренные выше случаи не охватывают все основания для высылки, фигурирующие в национальном законодательстве различных стран. Вместе с тем является ли реальной попытка подготовить по этому вопросу всеобъемлющий перечень? Жозеф-Адре Дарю писал в начале XX века, что появившееся в бельгийском парламенте предложение зафиксировать в одном законодательном документе все возможные формы реализации права на высылку было в 1865 году отвергнуто Палатой представителей Бельгии со следующей формулировкой: "Нередко, когда имеющие место факты накладывают свой отпечаток на порождающую их среду, в силу чего под воздействием изменившихся внешних условий эволюционируют сами обстоятельства, в результате то или иное деяние может быть опасным сегодня и перестает быть таковым завтра. Правительство является тем единственным органом, который располагает возможностью непрерывно отслеживать потребности общества"⁵⁰⁹. В том же ключе еще в 1878 году Прадье-Фодере писал: "Определение оснований входит в задачу государства и правительства, которые наделены исключительными полномочиями в деле реализации суверенитета в пределах национальной территории". Аналогичной позиции придерживались профессор Лене и доктор Хэнель. Когда в статье, опубликованной в это же время, а именно в 1893 году, генеральный адвокат А. Дэжардин задался вопросом "Каким образом четко определить обстоятельства, при которых могут быть поставлены под угрозу общественный порядок и спокойствие?", то он нашел на него ответ в почти дословном цитировании доводов Палаты представителей Бельгии⁵¹⁰. Со своей стороны Мартини напишет: "(...) Нам представляется *невозможным* на практике подготовить точный каталог тех случаев, в которых высылка должна иметь место"⁵¹¹. Вместе с Дарю Пьеделиевр замечает, что "она [высылка] зависит от конкретных обстоятельств; представляется целесообразным наделить компетентные власти правом самостоятельно определять необходимые условия для ее осуществления"⁵¹².

208. Таким образом, в научных кругах, которые в конце XIX века занимались вопросами высылки иностранцев, а также в свете сложившейся международной судебной практики наметилось единство подхода, состоящее в том, что государства сохраняют за собой большую широту действий при вынесении решения о наличии соответствующих обстоятельств. Это, однако, не означает, что государства располагают в этом вопросе абсолютной полнотой свободы. Учитывая, что речь идет об акте, затрагивающем как взаимоотношения между государствами, так и международный правовой порядок, международное право не может оставаться

⁵⁰⁹ Цитата из J.-A. Darut, *op. cit.*, p. 64.

⁵¹⁰ Все эти авторы цитируются А. Martini, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁵¹¹ А. Martini, *op. cit.*, p. 86.

⁵¹² Piedelievre, *Précis de droit international*, t. 1, n° 210, p. 182.

безучастным к тому, каким образом государство обосновывает свое решение о высылке; международное право воплощает собой те стандарты, которые служат основой для оценки международной правомерности акта высылки.

209. С этой точки зрения современное право располагает средствами судебного контроля за подобными актами. Дело в том, что высылка не входит в число актов, которые во внутреннем праве некоторых государств отнесены к не подпадающим ни под какой судебный контроль "действиям правительства"⁵¹³, в силу того, что процесс высылки затрагивает вопросы защиты прав человека. Кроме того, высылка не фигурирует в числе областей деятельности, которые по нормам международного права регулируются исключительно государством и выпадают из сферы международного контроля. Критерии, учитываемые при определении оснований для высылки, могут быть изучены судьей на предмет контроля их соответствия национальному законодательству, с одной стороны, и нормам международного права – с другой. С этой точки зрения и как явствует из приведенной выше информации, понятия "общественный порядок" и "национальная безопасность" фигурируют в национальных законодательствах и признаны в международном праве в качестве законных оснований для высылки иностранцев, однако в праве Европейских сообществ и, прежде всего, в практике судов содержатся разъяснения и оценочные критерии, которые могут сыграть значительную роль в деле кодификации и прогрессивного развития норм, регулирующих основания для высылки иностранцев. Все остальные основания могут быть использованы высылающим государством при условии, что они не противоречат нормам международного права.

210. В свете вышеизложенного представляется возможным предложить единый вариант проекта статьи по вопросу об основаниях для высылки, при этом основное содержание подготовительных аналитических материалов можно будет найти в пояснительных комментариях.

Проект статьи 9. Основания для высылки

1. *Любое решение о высылке должно быть обоснованным.*
2. *Государство вправе, в частности, выслать иностранца на основании необходимости защиты общественного порядка и национальной безопасности в соответствии с законом.*
3. *Государство не вправе выслать иностранца на основаниях, противоречащих международному праву.*
4. *Основание для высылки должно быть рассмотрено с позиции доброжелательности и разумности, с учетом важности фактов и актуальности предполагаемой угрозы, а также сложившихся обстоятельств и поведения заинтересованного лица.*

Е. Условия содержания под стражей лица в преддверии высылки

211. Для начала следует уточнить некоторые семантические понятия. В национальном законодательстве различных стран используются не во всем схожие понятия для определения положения иностранцев, которые временно содержатся в

⁵¹³ См., например, применительно к Франции, M. Nauriou, note sous C.E. 18 déc. 1891, *Vandeleet et Faraud*, Sirey 1893, 3, p. 129.

специально отведенных для таких целей местах в преддверии своей высылки. В то время как в большинстве стран такое положение определяется термином "содержание под стражей" (*détention*), во французской юридической терминологии предпочтение отдается понятию "задержание" (*rétenion*) или даже "временное пребывание" (*maintion*). Во Франции понятие "содержание под стражей" используется применительно к санкциям, которые влекут за собой лишение свободы в исключительно репрессивных целях и отбывание длительного и очень длительного срока в пенитенциарных учреждениях, "задержание" или "временное пребывание" применимы к случаям сравнительно непродолжительного "заточения", решение о котором входит в компетенцию как репрессивного⁵¹⁴, так и квазирепрессивного органа власти⁵¹⁵ или административного органа власти⁵¹⁶. Если говорить о случаях "задержания" или "пребывания" иностранцев при пересечении границы, то речь идет не о санкции за уголовное правонарушение, а о мере поддержания общественного порядка, которая является частью административных мер по контролю за процессом въезда на национальную территорию или депортации за ее пределы, что само по себе означает, что "задержание" происходит не в пенитенциарных учреждениях, а в учреждениях, подчиненных органам полиции⁵¹⁷.

212. Однако, как следует из изложенного выше, «семантическая деликатность в понятиях "задержание" и "временное пребывание" не может скрыть того факта, что при всем этом человек является объектом акта "лишения свободы" *stricto sensu*, который непосредственно затрагивает право на личную неприкосновенность, гарантированное статьей 5 [Европейской конвенции о правах человека]»⁵¹⁸. Именно по этой причине ниже понятие "содержание под стражей" будет использоваться в самом широком его значении наряду с "задержанием"; при этом оба понятия будут подразумевать ситуацию, имеющую отношение к лишению свободы.

213. Условия содержания под стражей иностранцев в целях их высылки относятся к одному из самых критикуемых элементов практической деятельности государств в области высылки. Как правило, именно на этом этапе происходят наиболее серьезные нарушения прав иностранцев, ожидающих своей высылки. Такие нарушения будут сначала проиллюстрированы примерами из практики ряда государств, а затем будет дан анализ законодательных положений ряда государств, а также соответствующих положений международных документов.

1. Примеры условий содержания под стражей, затрагивающие права ожидающих высылки иностранцев

214. Специальный докладчик считает уместным подчеркнуть, что представленные ниже примеры выполняют сугубо иллюстративную функцию. При их выборе единственным определяющим критерием являлась доступность соответствующей информации по предмету, а не какие-либо личные предпочтения. Таким образом,

⁵¹⁴ Например, "задержание" подростка в возрасте от 10 до 13 лет регулируется статьей 4 Ордонанса от 2 февраля 1945 года.

⁵¹⁵ В частности, имеется в виду "задержание на таможне".

⁵¹⁶ Например, задержание иностранца, находящегося в стране на незаконном основании, регламентируется статьей 5. 555-I Кодекса норм по вопросам въезда и пребывания иностранцев и права на убежище (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*).

⁵¹⁷ См. F. Julien-Laferriere, "La rétention des étrangers aux frontières françaises", опубликовано в интернете: <http://www.conflits.revues.org/index577.html>, *Cultures et Conflits*, n 23 (1996), pp. 7-43.

⁵¹⁸ R. Voering-Joulin, "Droit à la sûreté", *JurisClasseur Libertés Fasc.* 620, 20 septembre 2007, p. 11.

приводимая информация не преследует цели подвергнуть острой критике упоминаемые здесь страны и не претендует на всеобъемлющий охват проблематики.

215. *Германия.* Есть основания полагать, что идея об интернировании подлежащих высылке лиц в специально отведенные места постепенно утверждалась в умах руководителей Пруссии и Германии. Первые случаи подобного временного задержания лиц, подлежащих высылке, носили *de facto* характер мер по интернированию, особенно если учесть, что "подлежащие высылке лица были транспортированы в совершенно не подготовленные для этих целей места", после того как процесс их высылки был заблокирован в результате отказа соответствующих стран происхождения согласиться на их возвращение на родину. По аналогичному сценарию развивались события в ходе массовых высылки 1885–1890 годов, когда власти отказались разрешить въезд на свою территорию полякам и евреям, являвшимся подданными России⁵¹⁹. В ноте, направленной Министерству иностранных дел Пруссии, предлагалось "препроводить соответствующие категории лиц в лагерь для задержанных лиц, поскольку тем самым можно будет снизить остроту жилищного кризиса и сбить новую волну противозаконной иммиграции"⁵²⁰. Как известно, приход к власти Адольфа Гитлера и установление диктатуры нацистов вылились в расширение масштабов и направленности указанных идей интернирования. В данном докладе подробно не рассматривается использовавшаяся правящим режимом практика задержания иностранцев, последствия которой широко известны. После принятого в 1938 году Декрета о полиции по делам иностранцев, который являлся базовым правовым инструментом в этой области вплоть до принятия закона 1965 года, процедура направления в центр временного содержания регламентируется Законами об иностранцах от 9 июля 1990 года и 30 июня 1993 года. Однако не удалось получить доступа к информации, касающейся условий пребывания в подобного рода центрах.

216. *Испания.* За последние несколько лет страна превратилась в привилегированное место назначения для многочисленных иммигрантов, определенный процент которых въезжает на территорию Испании законным образом, а подавляющая часть – контрабандными путями. Так, по состоянию на январь 2007 года, в стране было зарегистрировано практически 10 центров содержания "официальных" иностранцев, которые располагаются в провинциях Барселона ("Свободная зона"), Лас-Пальмас ("Маттораль" в Фуэртавентуре, "Барранко Секо" в Гран-Канарии и Лансароте), Тенерифе ("Хойа Фриа"), Малага ("Капучинос"), Мадрид ("Карабанчель"), Валенсия ("Западорес"), Мурси ("Сангонера-ла-Верде") и Альхесирас ("Ла-Пинера"), а также два центра временного пребывания иммигрантов (ЦВПИ) "Мелилья" и "Сеута", наряду с центром задержания, расположенным в районе Пролива, в частности центр "Тарифа Исла Палома", в который интернируются выходцы из стран Африки к югу от Сахары, центр "Лас-Херас" в Альхесирасе (бывшая армейская казарма), центр "Альмерия" (промышленный ангар), который расположен на территории рыбацкого порта в бывшей варочной ракообразных и в которой в ноябре 2006 года 113 иммигрантов устроили бунт в знак протеста против условий их содержания, а также центры на Канарских островах. Ниже в самой сжатой форме будут представлены критические замечания, с которыми в адрес большинства из названных центров выступает

⁵¹⁹ См. P. Weber, "Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1)", *Cultures et Conflits*, n° 23 (1996), pp. 107-153; см. в интернете по адресу: <http://www.conflicts.org/index350.html>. Consulté le 31 mai 2009.

⁵²⁰ См. P. Weber, вышеупомянутая статья.

Испанская ассоциация защиты прав человека⁵²¹ и которые основываются на фактах нарушений основополагающих прав человека в перечисленных центрах:

- *Валенсия: центр "Западорес" (бывшая казарма)*
 "Многочисленные НПО подвергли острой критике имеющие место факты нарушения правил иммиграции, норм гигиены и санитарии, отсутствие медицинских и социальных работников в помещениях казармы, а также повсеместно наблюдаемую высокую степень скученности. В августе 2006 года 50 иммигрантов, находившихся в центре, подняли бунт".
- *Мурси: центр "Сангонера-ла-Верде"*
 "Причиной эндемической скученности является тот факт, что центр рассчитан на размещение всего лишь 60 человек. Скученность здесь остается самой серьезной проблемой и служит фактически источником других исключительно острых проблем в области охраны здоровья и безопасности заключенных: в последние годы в центре произошли весьма тревожные события, а именно бунт заключенных, самоубийство иностранной гражданки, которая ожидала своей высылки в Россию, и, наконец, побег в марте 2005 года двух интернированных...".
- *Барселона: центр "Свободная зона"*
 Центр заменил собой «печально известный центр "Ла-Вернеда", расположенный на территории одноименного комиссариата. По имеющимся описаниям он представляет собой "подвальное помещение без естественного освещения, со слабой вентиляцией, без двора..." и подвергся резкому осуждению со стороны всех НПО и даже народного защитника» за используемую там систематизированную практику жестокого обращения: "в этом центре были усовершенствованы применяемые в тюрьмах приспособления: запирающие устройства, снабженные электрическим и магнитным управлением, общие помещения и изолированные камеры, практика общения с родственниками через экран, контроль с помощью видеокамер, камеры с решетками...".
- *Малага: центр "Капучинос" (бывшая казарма)*
 «Это, как представляется, один из центров, в отношении которого было зарегистрировано максимальное количество жалоб и который имеет самую незавидную репутацию. Рассчитанный на 80 человек, центр "Капучинос" начал функционировать в 1990 году, и уже в 1992 году главный государственный казначей подверг резкой критике существовавшие там плохие условия проживания⁵²². Летом прошлого года скандальные сообщения об имевших место в отношении задержанных злоупотреблениях стали причиной публикаций средств

⁵²¹ Ассоциация защиты прав человека Андалусии (Asociacion Pro Derechos Humanos de Andalucia (adresse: с. Blanco White n° 5, 41018 Seville, Espana 9 Tfno. (34) 954536270, e-mail: analucia@alpha.org, сайт в интернете: www.apdha.org): "Procédés d'expulsion et centres d'internement et de rétention en Espagne", январь 2007 года.

⁵²² Воспроизводимая информация по центру "Капучинос" взята из уже цитировавшейся статьи Десио Мачадо, опубликованной в *Diagonal* (примечание содержится под № 3 в докладе Ассоциации).

массовой информации о впечатляющем наборе нарушений, происходящих на протяжении всего времени работы центра, которые в резкой форме и систематически осуждались различными общественными организациями: неудовлетворительное питание, высокая скученность, отсутствие первичной медико-санитарной помощи, в отсутствие медицинского персонала распределение лекарственных препаратов полицейскими, отсутствие переводчиков, серьезные проблемы с поддержанием гигиены и катастрофическое состояние жилых помещений. С момента начала работы центра в нем было зарегистрировано два предполагаемых самоубийства, пять пожаров (по трем из них имеются соответствующие документы), и, несмотря на сравнительно непродолжительное время своей работы, его дважды пришлось закрывать на ремонт, что, однако, не способствовало сокращению количества жалоб на неудовлетворительные условия временного содержания задержанных.

Так, уже в 1994 году 46 задержанных лиц провели первую голодовку в знак протеста против условий их содержания в центре. В 1995 году задержанная гражданка Бразилии обратилась с первой из ряда жалоб на факты сексуального насилия. В том же году "Отель Капучинос" (этим названием центра предпочитают пользоваться некоторые должностные лица) покинули предварительно накачанные галоперидолом 103 иммигранта, и на борту пяти военных самолетов они были депортированы в Мали, Сенегал, Камерун и столицу Гвинеи Конакри. Г-н Азнар, нарушивший таким образом все существующие международные нормы, заявил: "Перед нами возникла проблема, и мы эту проблему разрешили".

В июне прошлого года комиссар провинции Малаги не смог более скрывать выявленные факты, которые им же самим были расценены как весьма тревожные и состоявшие в "организации ночных развлечений, в которых участвовали задержанные лица и которые, вполне возможно, могли в итоге завершаться сексуальными отношениями с местными должностными лицами". Шесть задержанных женщин представили доказательства того, что стали жертвами сексуального насилия. Семь сотрудников национального корпуса полиции были задержаны, в дальнейшем на шестерых из них материалы были переданы в суд (троим предъявлено обвинение в актах сексуального насилия, а троим – в отказе выполнять свой служебный долг по борьбе с правонарушениями). Из материалов судебного разбирательства явствует, что не пожелавшие участвовать в подобных развлекательных мероприятиях иммигрантки подвергались оскорблениям и угрозам. По словам одной из потерпевших, полицейские квалифицировали эти увеселительные мероприятия как удобный случай для того, чтобы "есть, пить и насиловать". В результате руководитель службы безопасности центра содержания иностранцев (ЦСИ) был снят с занимаемой должности, а директор центра Луис Энрике Лопес Морено, также потерявший свою должность, получил приговор об условном освобождении. Через два месяца произошел новый несчастный случай: бывшая свидетельницей указанных актов сексуального насилия иммигрантка была подвергнута операции аборта в центре содержания иностранцев (ЦСИ). Женщине бразильского

происхождения более часа отказывали в медицинской помощи, хотя другие задержанные обращались к обслуживающему персоналу с соответствующей просьбой; об этом случае рассказала иммигрантка, которая все это видела своими глазами, однако в то же утро она была депортирована. Что касается пострадавшей в результате операции аборта, то она не имеет возможности дать свидетельские показания в ходе судебного заседания по обвинению в сексуальном насилии, поскольку некоторое время спустя она была депортирована вместе с остальными женщинами – свидетельницами актов сексуального насилия. Ее адвокат обвинил сотрудников полиции в преступлении "невыполнения своего долга оказания помощи". В заключение следует отметить, что делегация НПО, сопровождавшая в поездке депутата партии "зеленых" г-на Франсиско Гарридо, готовит новый доклад о ситуации в центре⁵²³».

– *Альхесирас: центр "Ла-Пинера"*

"Ассоциация защиты прав человека Андалусии отметила наличие аналогичных проблем в большинстве действующих центров: плохое состояние жилых помещений, отсутствие финансовых средств на цели создания условий для интернированных, сезонная скученность, нарушения положений законов, острая нехватка правовой и переводческой помощи, жестко зарегламентированная система посещений, сложности в поддержании связей с внешним миром и т. д. Как бы то ни было, сформированный на базе бывшего пенитенциарного учреждения центр несет на себе все характерные признаки тюрьмы".

– *центр "Тарифа Исла Палома"*

«Речь идет о центре "приема" незаконно въехавших иммигрантов, расположенном на территории бывшей военной базы Тарифа и располагающем устаревшими и разваливающимися помещениями с очень плохими условиями для проживания (жилые помещения были покрашены накануне посещения центра Специальным докладчиком Организации Объединенных Наций в 2003 году). Центр входит в систему учреждений Гражданской гвардии, а идентификация/контроль за процедурой высылки отнесены к сфере компетенции Национальной полиции.

Использование территории базы для названных целей рассматривалось в качестве временной меры, которая в 2002 году была принята правительством г-на Азнара в условиях массового наплыва иммигрантов на побережье Кадикса, однако в результате эта временная база на практике превратилась во вспомогательный филиал ЦСИ "Альхесирас".

По убеждению Конфедерации сотрудников полиции Испании, "Министерство внутренних дел страны вводит в заблуждение общественное мнение, Красный Крест, сограждан и должностных лиц, предпринимая попытки скрыть истинное положение в этом подпольном центре для задержанных лиц". Военная казарма используется в качестве филиала центра "Альхесирас" для задержанных лиц, несмотря на то что

⁵²³ См. по адресу: <http://www.malaga.acoge.org/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf> (Ibid. n 4).

при этом она не соответствует ни одному из требований, предъявляемых к подобному типу жилых помещений.

Иммигранты спят в двух помещениях камерного типа на брошенных прямо на землю матрасах; в наличии имеется единственный резервуар вместимостью 200 литров теплой воды, служащий для приблизительно 120 иммигрантов источником поддержания личной гигиены, и в случае отказа насоса все они остаются без постоянного водоснабжения».

– *Фуэртавентура: центр "Маторраль"*

«Как представляется, мы имеем дело с самым большим центром содержания иностранцев (ЦСИ) в Испании. Он заменил собой старый центр, который располагался в помещениях аэропорта и служил объектом острой критики со стороны, в частности, организации "Хьюман райте уотч", прозвучавшей в 2002 году по поводу ужасающих условий содержания там задержанных⁵²⁴.

Судя по информации, собранной в рамках посещения центра делегацией европейских парламентариев, центр ничем не отличается от настоящей тюрьмы, в которой царил разруха, а иммигранты жаловались на нехватку продуктов питания».

– *Лас-Пальмас: центр "Барранко Секо"*

Специальному докладчику Организации Объединенных Наций была представлена информация о том, что определенная часть мигрантов имели в своем распоряжении не более трех минут для общения с адвокатами и что задержанные не получали сведений о ходе рассмотрения своих дел.

– *Тенерифе: казарма "Лас-Раисес"*

«В марте 2006 года казарма "Лас-Раисес" была переоборудована на базе существовавшего там палаточного лагеря⁵²⁵ во "временный" центр, рассчитанный на прием до 1300 человек, однако на протяжении практически всего года в нем находилось значительно большее число людей. Место, расположенное вблизи аэропорта "Лас-Раисес", характеризуется исключительно холодными и неприятными погодными условиями, к которым следует добавить ненадлежащие условия для проживания. В сентябре до 150 иммигрантов, сумевших вырваться из казармы "Лас-Раисес", нашли убежище в прилегающих населенных пунктах, при этом некоторые из них прятались в контейнерах для мусора».

– *Гран-Канария: военный лагерь "Ла-Ислета"*

«Как явствует из опубликованного в августе [2006 года] доклада Объединенного профсоюза полицейских, крысы разгуливают совершенно свободно по жилым помещениям, повсюду видны горы

⁵²⁴ См. www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html (Ibid. n° 5).

⁵²⁵ См. материалы проходивших в апреле 2006 года слушаний, организованных европейскими парламентариями: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf; см. также опубликованный в июне 2006 года доклад организации "Amnesty International"/ www.es.amnesty.org/organization/uploads/txuseraitypdb/MisionCanarias_01.pdf (Ibid., n° 6).

мусора. Жилые помещения загажены экскрементами, везде мухи и различные насекомые, вода, используемая для целей гигиены и стирки примитивной одежды иммигрантов, застаивается, формируя грязные лужи, поскольку территория военного лагеря не имеет асфальтового покрытия, и ни одно из армейских помещений не защищено от проникновения пыли". Иммигрантам приходилось справлять малую нужду в пустые бутылки и картонную упаковочную тару, через которую необходимо перешагивать, чтобы добраться до помывочных помещений. Налицо нечеловеческие условия, в которых вынуждены существовать находящиеся в этом центре многочисленные иммигранты».

217. *Соединенные Штаты.* В США "пограничные патрули" наряду со Службой иммиграции и натурализации призваны задерживать иммигрантов, не имеющих надлежащих документов; в их подчинении находятся различные центры временного содержания и задержания подобного рода иностранцев. На границе между Соединенными Штатами и Мексикой развернуты 34 пропускных пункта, имеющих автономную службу работы с иммигрантами, не обладающими надлежащими документами. Из 17 действующих на территории США центров временного содержания иммигрантов 7 расположены на границе с Мексикой, а один — на территории военного лагеря на базе службы береговой охраны в Бостоне⁵²⁶. Как пишет один из авторов, "по поступающим сведениям, значительная часть иммигрантов подвергаются на протяжении суток аресту более пяти раз, а нередко и чаще. В дополнение к этому, если учесть чрезвычайно высокий уровень бедности среди большинства иммигрантов, то, как представляется, практически невозможно допустить мысль о возможности их обращении за получением правовой помощи. В результате помощь многим иммигрантам, ставшим жертвами нарушений со стороны сотрудников "пограничных патрулей" или Службы иммиграции и натурализации, оказывается филантропическими или политическими организациями"⁵²⁷.

218. *Франция.* По данным на 1 января 2009 года, в стране насчитывалось 27 центров временного содержания; как ожидается, в последующие годы их количество будет доведено до 30⁵²⁸. Ненадлежащие условия временного содержания подлежащих высылке иностранцев побудили 18 депутатов Национального собрания Франции выступить в 2008 году инициаторами проекта резолюции, "предусматривающей создание комиссии по проведению расследования, которой будет поручено провести оценку и анализ относительно законности условий, существующих в центрах временного содержания женщин, мужчин и детей мигрантов"⁵²⁹. В обоснование предложенного проекта текста резолюции авторы сообщают о растущем возмущении в самых разных центрах временного содержания, начиная с центра "Месниль-Амело" в городе Венсенн и кончая расположенным в предместьях Лиона

⁵²⁶ Остальные центры расположены в следующих местах: Аризоне – 1, Калифорнии – 2, Техасе – 4, Колорадо – 1, Флориде – 1, Луизиане – 1, Массачусетсе – 1, Нью-Йорке – 2, Пуэрто-Рико – 1, Вашингтоне, Федеральном округе Колумбия, – 1. Источник: US Department of Justice, Immigration and Naturalization Service, INS, Fact Book, US.; и S. Schmidt, "Détentions et déportation à la frontière entre le Mexique et les États-Unis (partie 2)", *Cultures et Conflits*, n° 23 (1996), pp. 155-185.

⁵²⁷ S. Schmidt, вышеупомянутая статья.

⁵²⁸ "Centres de rétention – Le juge met un coup d'arrêt à la réforme Hortefeux", см. публикацию по адресу: <http://tf1.lci.fr/inos/France/societe/0,,4143397,00-le-juge-met-un-coup-d-argi-a-la-reforme-hortefeux-.html>.

⁵²⁹ См. Дос. № 175, зарегистрированный президиумом Национальной ассамблеи 13 февраля 2008 года и распространенный 20 февраля 2008 года.

центром "Сатолас": "Задержанные протестуют против уготованной им судьбы, а также против подлинной охоты на человека, которой они подвергаются. Находящиеся там дети, женщины и мужчины живут в атмосфере невыносимого страха. Каждый иностранец превращается в потенциального преступника. Подобного рода политика стигматизации в отношении иностранцев, игнорирующая самое минимальное чувство солидарности, способствует росту ксенофобии и, таким образом, подрывает основы основ французского общества"⁵³⁰. Далее авторы пишут: "Весьма непросто выжить в условиях, царящих за стенами подобных центров временного содержания. Так, отличительной чертой центра "Месниль-Амело", предназначенного преимущественно для молодых людей, является нехватка надлежащего медицинского обслуживания, например один из задержанных, имевший проблемы с сердцем, не получал никакой помощи с момента своего прибытия в центр; недостаточная правовая помощь с учетом имеющихся потребностей; моральная деградация большинства задержанных на фоне углубленного чувства одиночества и ненужности – время свидания с родственниками ограничено 15 минутами"⁵³¹. Как следует из доклада за 2006 год Межучрежденческой комиссии по делам выслаемых (CIMADE), которая вплоть до 2007 года оставалась единственной неправительственной организацией, наделенной правом контроля за осуществлением прав иностранцев: "Условия заточения тысяч мужчин и женщин характеризуются секретностью, недостаточной информированностью, отсутствием внешнего контроля, ненадлежащим юридическим сопровождением как с документальной, так и с практической точки зрения, неудовлетворительностью материального обеспечения; все перечисленное нередко равнозначно бесчеловечному и унижающему достоинство виду обращения"⁵³². Кроме того, для интернированных, причисляемых к категории трудновоспитуемых, существуют "штрафные изоляторы". В таких изоляторах задержанные пребывают в унижающих достоинство человека условиях: закованный "в наручники человек прикрепляется к скамье, размещается за дежурным помещением полицейских, по соседству с помещением для обыска и свиданий"⁵³³. Как правило, в штрафные изоляторы попадают без разбора как родители, несовершеннолетние, так и беременные женщины. Однако, как обращала внимание Межучрежденческая комиссия по делам выслаемых, "помещение в штрафные изоляторы самым негативным образом сказывается на детях, которым не нашлось места в центрах временного содержания". Помимо этого, констатирует эта НПО, «[в] центре временного содержания "Шуази-ле-Руа" женщин на протяжении 48 часов держали в маленькой тесной комнатке размером 4,5 кв. м, без света, где стояли две двухъярусные кровати и отсутствовали самые элементарные условия для интимного туалета (исключался по причине застекленной двери). В комнате была непролазная грязь. Даже находившиеся на шестом месяце беременности женщины содержались в этой комнатке весьма сомнительной чистоты»⁵³⁴. Данная НПО решительно осуждает "ненадлежащие условия проводимой политики высылки иностранцев" и констатирует что "определенная часть центров превратилась в настоящие лагеря для иностранцев", после того как используемым в них методам "лишения свободы был придан статус методов общения с мигрантами"⁵³⁵.

⁵³⁰ Ibid., p. 3.

⁵³¹ Ibid., p. 6.

⁵³² Цитируется по *op. cit.*, p. 8.

⁵³³ Ibid., p. 11.

⁵³⁴ Доклад CIMADE за 2006 год, упомянутый в *op. cit.*, p. 12.

⁵³⁵ Ibid., p. 13.

Депутаты – авторы проекта резолюции имеют основания заявлять: "Проводимая правительством политика служит источником самых различных негативных проявлений и может вызвать к жизни недопустимую и неприемлемую практику"⁵³⁶.

219. Ситуация становится еще более тревожной в условиях, когда ожидающие высылки иностранцы содержатся в пенитенциарных учреждениях. Как отмечал бывший министр юстиции Франции Робер Бадинтер, кратко остановившись на выступлении Луи Мермаза перед депутатами Национального собрания, "также следует помнить о нахождении весьма значительного числа иностранцев в пенитенциарных учреждениях страны, что нередко представляет собой завуалированную форму использования наших тюрем в качестве своеобразных центров временного содержания. (...) Мы не можем закрывать глаза на проблему центров временного содержания и условий нахождения в них, учитывая, что они подвергались острой критике в международных докладах, посвященных проблематике пенитенциарных учреждений. Применительно к центрам временного содержания мы проявили ненужную поспешность в трансформировании административной политики в политику репрессий, а это соответствующим образом сказалось на наших пенитенциарных учреждениях. Данный вопрос заслуживает самого глубокого анализа"⁵³⁷. В своем *Исследовании* за 2004 год Консультативная комиссия по правам человека привлекла внимание к тому, что "нередко помещение в центр временного содержания по выходе из тюрьмы воспринимается в крайне обостренной форме иностранцами, которые "видят в подобной новой форме лишения свободы дополнительное оскорбление для себя". Далее Комиссия отмечала: "Подобная ситуация тем более нетерпима в случае, когда временное задержание иностранца провоцирует временное задержание детей. С материальной точки зрения существующие в настоящее время условия временного содержания иностранцев не гарантируют, чтобы это осуществлялось в соответствии с международными конвенциями, действующими в области защиты прав ребенка"⁵³⁸.

220. *Великобритания*. Следует обратить внимание на то, что в настоящее время в этой стране "ожидающие высылки иностранцы живут в полном отсутствии юридической безопасности"; некоторые иностранцы многократно переводились из одного лагеря в другой "и нередко имеют на своем счету вплоть до 17 месяцев содержания под стражей"⁵³⁹. В расположенном приблизительно в 30 километрах от Глазго центре, аналогичном центру в Дангавеле, "содержатся преимущественно взрослые мужчины, но также встречаются женщины, целые семьи и оставленные без присмотра несовершеннолетние дети. В некоторых центрах временного содержания иностранцев, ожидающих высылки или ходатайствующих о предоставлении убежища, были зарегистрированы драматические события. Так, например, в 2004 году было зафиксировано, что «в истекший понедельник 19 июля в центре высылки "Хармондсворт" был обнаружен повесившийся гражданин Украины, ходатайствующий о предоставлении убежища. Случившееся послужило сигналом для массовых беспорядков в "Хармондсворте", в ответ на которые задержанные были переведены в другие центры высылки и крупнейшие национальные тюрьмы.

⁵³⁶ Ibid., p. 8.

⁵³⁷ Цит. по Commission Consultative des droits de l'homme: Etude sur les étrangers détenus. Propositions, adoptée par l'assemblée plénière du 18 novembre 2004, p. 21.

⁵³⁸ Ibid., p. 25.

⁵³⁹ E. Michard, "Etrangers en Grande Bretagne: prisonniers à durée indéterminée", 19 октября 1994 года опубликовано на интернет-сайте по адресу: <http://www.echanges-partenariats.org-ep@reseau-ipam.org>.

Несколько дней спустя, а именно в пятницу 23 июля пытался повеситься переведенный из "Хармондсворта" в центр "Дангавел" гражданин Вьетнама – его доставили в расположенную в Восточном Килбрайде больницу "Хэемирес", однако спасти так и не смогли. По имеющейся информации, находившийся также в центре "Дангавел" иностранец сообщил, что гражданин Вьетнама якобы находился в заключении более года и в конце концов потерял всякую надежду на свое освобождение⁵⁴⁰. Что касается находящихся в заключении иностранцев, ходатайствующих о предоставлении убежища, то в соответствии с Законом об иммиграции 1971 года и по данным опубликованного в 1996 году исследования "иностранцы направляются в предназначенные для иммигрантов центры временного содержания, в тюрьмы для правонарушителей или в камеры при полицейских участках. В соответствии с принятым в 1971 году Законом об иммиграции органы полиции и службы иммиграции вправе арестовать иностранца даже без наличия соответствующего на то мандата. В камерах при полицейских участках и в тюрьмах Ее Величества с задержанными обращаются как с лицами, отбывающими временный срок заключения. Они могут быть перемещены в камеру меньшего размера, лишены времени на досуг или занятие спортом в течение двадцати часов. Важнейшая разница между уголовными преступниками и отбывающими временный срок иностранцами заключается в том, что иностранцы могут содержаться без суда неопределенное время"⁵⁴¹.

221. *Греция*. Материалы по делу *Dougoz* (Постановление от 6 марта 2001 года) и делу *Peers* (Постановление от 19 апреля 2001 года), переданные на рассмотрение Европейского суда по правам человека, дали возможность составить представление о существующих в Греции условиях содержания подлежащих высылке иностранцев. Во исполнение постановлений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) Комитет министров Совета Европы принял 7 апреля 2005 года промежуточную резолюцию, которая касается указанных условий содержания и в которой компетентным властям Греции предложено "продолжить и активизировать свои усилия по приведению условий содержания в соответствие с требованиями Европейской конвенции о правах человека, в первую очередь в соответствии с постановлениями Суда, а также рассмотреть вопросы применимой в этих условиях эффективной внутренней правовой защиты"⁵⁴². В переданной правительством Греции информации в связи с рассмотрением указанных дел Комитетом министров Совета Европы содержится подтверждение, а contrario, того ненадлежащего состояния, в котором в Греции находится система содержания иностранцев. Правительство Греции отмечает, в частности, следующее: «Если обратить внимание на центры временного содержания при полиции и упоминаемые в делах тюрьмы, то правительство хотело бы отметить, что расположенный на авеню Александрас Центральный комиссариат полиции не используется более в качестве центра содержания подлежащих высылке иностранцев, с одной стороны, а, с другой стороны, полицейский центр "Драпетсона" был переоборудован, и отныне заключенным обеспечены максимально благоприятные условия гигиены и достойной жизни. Наконец, если обратить внимание на крупнейшую тюрьму на

⁵⁴⁰ См. "Two deaths in UK Immigration Removal Centres" publié sur les sites Internet: www.racism.net.

⁵⁴¹ В. Harrell-Bond, "la rétention des demandeurs d'asile dans la forteresse britannique (partie 1)", *Cultures et conflits*, n° 23 (1996, pp. 87-106) p. 93, см. в интернете по адресу: <http://www.conflicts.org/index260.html>

⁵⁴² ResDH (2005) 21.

территории Греции "Коридаллос", то в ней регулярно проводятся необходимые ремонтные работы»⁵⁴³. Наряду с этим правительство отмечает, что после 1998 года благодаря принятым мерам регламентации положения иммигрантов, незаконно находящихся на территории Греции, удалось заметно снизить остроту проблемы "скученности" в центрах содержания, поскольку значительная часть иностранцев получили возможность покинуть их и направить соответствующие ходатайства при условии соблюдения требований действующих законов"⁵⁴⁴. В деле *Tabesh c. Grèce* Европейский суд по правам человека уделил значительное внимание условиям содержания подлежащего высылке заявителя. По утверждению заявителя, указанные условия не соответствуют положениям статьи 3 Европейской конвенции о правах человека, а также стандартам, установленным Европейским комитетом по предупреждению пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁵⁴⁵. Суд также обратил внимание на полное отсутствие возможности заниматься физическими упражнениями и контактировать с внешним миром, на скученность в камерах, на проблемы с соблюдением гигиены и на неудовлетворительную организацию питания. Так, он отметил, что выделяемой на питание ежедневной суммы в 5,87 евро было недостаточно для трехразового приема пищи соответствующей калорийной ценности. При оценке конкретных условий содержания Суд прежде всего подтвердил положение, гласящее, что в статье 3 Конвенции зафиксирована одна из важнейших ценностей демократического общества, поскольку в ней категорически запрещается при всех обстоятельствах использовать пытки и бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения или наказания. В дополнение Суд уточнил, что "меры, связанные с лишением свободы, неизбежно сопровождаются страданиями и унижением. Мы имеем дело с такими фактами, которые в отдельности сами по себе не означают нарушения статьи 3, однако они налагают на государство обязательство гарантировать, чтобы любое лицо содержалось под стражей в условиях, предполагающих уважение человеческого достоинства, что условия содержания не порождают тревогу или страдания, острота которых выходит за неизбежные пределы страданий, присущих таким мерам наказания, и что с учетом практики содержания под стражей предпринимаются шаги по поддержанию здоровья и благосостояния соответствующего лица на надлежащем уровне"⁵⁴⁶. Кроме того, Суд заявил, что «хотя государства имеют возможность заключать под стражу потенциальных иммигрантов на основании "неотъемлемого права контролировать (...) въезд и пребывание на своей территории иностранцев" (*Amuur c. France, 25 juin 1996, par. 41, Recueil 1996-III*), указанное право должно реализовываться в строгом соответствии с положениями конвенций»⁵⁴⁷. В качестве обоснованности утверждений, которые прозвучали в выступлении заявителя и касались условий его нахождения с 31 декабря 2006 года до 28 марта 2007 года в помещениях полицейского управления для иностранцев города Салоники, Суд указал, что его слова нашли свое подтверждение в материалах доклада уполномоченного по правам человека Республики, опубликованного в мае 2007 года, а также в докладах Комитета против пыток по итогам его посещений Греции в 2007 и 2008 годах ряда полицейских участков и центров содержания иностранцев. Суд отметил, что в отчетах о посещениях 2008 года речь шла об условиях содержания задержанных

⁵⁴³ Приложение к резолюции "Résolution intérimaire ResDH (2005) 21".

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ Европейский суд по правам человека, v. Arrêt du 26 novembre 2009, par. 33.

⁵⁴⁶ Ibid., par. 36.

⁵⁴⁷ Ibid., par. 39.

иностранцев в полицейских участках в городе Салоники и сообщалось, что арестованные спали на брошенных на землю грязных матрасах, кроме того, было обращено внимание на отсутствие места для прогулок и возможности заниматься физическими упражнениями. И наконец, в докладе вновь констатировалось, что каждому заключенному ежедневно выделялось по 5,87 евро, на которые они заказывали еду извне⁵⁴⁸. На основании имеющейся информации Суд пришел к выводу, что, "если не учитывать проблемы нехватки помещений и поддержания личной гигиены, о которых упоминалось в цитируемом докладе, Суд считает, что условия, связанные с возможностью пользоваться отдыхом и питанием в полицейских участках, в которых отбывал свое заключение заявитель, сами по себе порождают сомнения в соблюдении положений статьи 3 Конвенции. В частности, невозможность совершать прогулки и заниматься на открытом воздухе физическими упражнениями вполне могла породить у заявителя чувство изолированности от внешнего мира и оказать возможное негативное воздействие на его физическое и психическое состояние"⁵⁴⁹. Суд констатировал, что "причина отмеченной заявителем невозможности заниматься физкультурой и получать достойное питание состоит в том, что полицейские участки в городе Салоники не отвечают требованиям к местам заключения, в которых должны содержаться иностранцы. Характерной особенностью подобного рода учреждений является то, что они рассчитаны на очень непродолжительный срок пребывания иностранцев. Следовательно, они никоим образом не были рассчитаны на вынужденное трехмесячное пребывание человека, который к тому же отбывал не уголовное наказание, а находился в ожидании применения в отношении него административной меры"⁵⁵⁰. Суд пришел к заключению, что "...содержание заявителя на протяжении трех месяцев в помещениях управления полиции по контролю за иностранцами в городе Салоники может быть по смыслу статьи 3 Конвенции расценено как унижающее достоинство обращение"⁵⁵¹.

222. Ситуация в Африке в основном значительно хуже, поскольку здесь лишь в некоторых государствах существуют центры для ожидающих высылки иностранцев.

223. Так, например, в *Южной Африке*, по которой в 2005 году прокатилась новая волна ксенофобии, многие иностранцы, как следует из сообщений ряда ассоциаций, подверглись накануне отъезда в депортационных поездах нападкам, актам насилия и унижения. Стали систематическими акты насилия как в отношении въехавших нелегально лиц, так и в отношении иммигрантов, беженцев и законопослушных лиц, подавших ходатайства о предоставлении убежища⁵⁵². Определенная часть арестованных полицией иностранцев были доставлены в расположенный в Линделе центр депортации, где как иностранцы, так и въехавшие нелегально лица, равно как и лица, ожидающие вынесения решения по своим ходатайствам, вынуждены ожидать своей высылки. Поступали сведения об аресте лиц, срок действия разрешения на пребывание которых не истек, а также тех, личные документы которых были либо уничтожены, либо конфискованы; об этом сообщала выходящая в Южной Африке газета *The Sunday Independent*⁵⁵³. Координатор программы

⁵⁴⁸ Ibid., par. 40.

⁵⁴⁹ Ibid., par. 41.

⁵⁵⁰ Ibid., par. 43.

⁵⁵¹ Ibid., par. 44.

⁵⁵² H. Bangre, "Afrique du Sud: expulsion d'étrangers par dizaines de milliers. La xénophobie au cœur de cette politique", 15 novembre 2005, AFRIK.COM.

⁵⁵³ Ibid.

просвещения в области прав человека южноафриканского представительства организации "Amnesty International" г-жа Сара Мота сообщает, что "полицейские, не задумываясь, арестовывают всех иммигрантов. Для них никакого значения не имеет тот факт, что тот или иной человек ходатайствует о предоставлении ему убежища в этой стране. Мы располагаем рядом свидетельств о том, что полицейские не обращали никакого внимания на документ, в котором четко указывалось, что идет рассмотрение ходатайства о получении убежища". "Поступают многочисленные свидетельские показания о распространенной среди южноафриканских полицейских практике по отношению к ходатайствующим о получении убежища лицам, которые требуют либо выплатить денежные средства, либо согласиться предоставить сексуальные услуги в обмен на отказ направить задержанного в "Линделу"⁵⁵⁴, об этом сообщает автор статьи, появившейся на сайте *AFRIK.COM* и содержащей ссылку на газету *The Sunday Independent* от 9 апреля 2000 года, в которой говорится, что условия жизни в "Линделе" "ужасны", как об этом сообщалось в репортаже газеты *The Sunday Independent* от 9 апреля 2000 года. Путаясь от волнения, интервьюируемые говорили о слое грязи, о пище "которую стыдно давать даже собаке", о возмутительном отсутствии элементарной медицинской помощи. Особой проблемой является скученность: центр рассчитан на прием 4004 человек, в действительности же здесь нередко находится значительно больше иностранцев. Как представляется, своего пика ситуация достигла после начала в середине марта 2000 года операции по борьбе с нелегальным въездом в страну иммигрантов. «В разгар рейдов в центр "Линдела" были доставлены более 7000 иммигрантов, и, судя по имеющейся информации, несколько тысяч иммигрантов подверглись депортации, при этом в СМИ просочились сведения о том, что во время операции высылки многим удалось бежать из центров содержания», свидетельством чему является письмо, адресованное двум южноафриканским министрам. В жалобах некоторых "заключенных" сообщается, что вопреки требованиям соответствующего закона их продолжали удерживать в центре по истечении установленного срока. Об аналогичных случаях сообщают некоторые ассоциации. Вместе с тем "срок содержания иммигрантов в центре не превышает одного месяца, если не считать случаев, когда либо по постановлению Верховного суда, либо при исключительных обстоятельствах министр внутренних дел принимает решение о продлении до 90 дней срока заключения", сообщает газета *The Sunday Independent* на основании письма, полученного по факсу от администратора центра "Линдела" г-жи Линды Гоувс. Как представляется, наиболее трагическим событием в центре до сих пор остаются смерти беженцев по не установленным до сих пор причинам. "Если взять период с января 2005 года, то в центре умерло до 50 иммигрантов", – заявляет представительница организации "Amnesty International" Сара Мота. В августе прошлого года Форум зимбабвийских высланных (ZEF) сообщил о зарегистрированных в январе–июле случаев смерти 28 беженцев в "Линделе". Как считает Форум зимбабвийских высланных, большинство умерших являются гражданами Зимбабве⁵⁵⁵.

224. В *Экваториальной Гвинее*, где практика массовой высылки иностранцев приобрела в последние годы систематический характер, многие африканцы, подавляющее большинство которых – граждане Камеруна и Мали, были депортированы, не учитывая вопроса о законности или противозаконности их проживания в самых ужасных условиях, нередко страдая от полицейского

⁵⁵⁴ Ibid.

⁵⁵⁵ Ibid.

произвола; они были предоставлены сами себе и в бесчеловечных условиях депортированы на границу между Экваториальной Гвинеей и Камеруном. Меры по высылке были приняты после истечения срока ультиматума, выдвинутого 12 мая 2009 года министром иностранных дел, сотрудничества и франкофонии Экваториальной Гвинеи и содержащего требование ко всем иностранцам, незаконно находящимся в стране, покинуть ее до 26 мая. Если судить по появившейся информации в интернете, "приблизительно 300 граждан Камеруна, проживавших в Экваториальной Гвинее, возвратились на родину. Их принудили к этому силой. Они появились на своих самодельных пирогах в прошлый четверг в акватории расположенного в 320 км к западу от Яунде порта Лимбе. Многие из них были почти обнажены, имея в качестве одежды лишь спортивные трусы; они потеряли в результате высылки все свои накопления и все свое имущество. Подобного рода возвращение на родину стало следствием ширококомасштабной операции по депортации не только граждан Камеруна, но и граждан Нигера, Ганы и Конго, которую 6 марта прошлого года провели власти Экваториальной Гвинеи и которая затронула всю территорию острова Биоко.

225. Эти события были подтверждены агентством Франс-Пресс, которое опубликовало свидетельские показания многих депортированных граждан Камеруна. Автором одного из них является проживавший в Гвинее на протяжении ряда лет предприниматель Моизе Бессонго, которого арестовали в полночь по дороге домой. Его дом подвергся разграблению. Полицейские порвали его паспорт, разрешение на проживание, удостоверение личности гражданина Камеруна, его дипломы. В камере он провел трое суток, затем в среду ночью его депортировали. Многочисленные граждане Камеруна, арестованные 6 и 7 марта, провели пять суток взаперти на военной базе Малабо. У многих арестованных были украдены личные вещи, они подвергались запугиваниям, пыткам, о чем свидетельствуют полученные раны и шрамы"⁵⁵⁶.

226. В интервью после произошедших событий посол Камеруна в Экваториальной Гвинее заявил, что он "обеспокоен этой ситуацией". Далее он добавил: "Нас не могут не тревожить случаи жестокого обращения с гражданами Камеруна. В нашу задачу не входит дальнейшее обострение ситуации. Я не смогу спокойно смотреть на поступки отдельных неустановленных граждан, которые не приветствуются властями Экваториальной Гвинеи. Оказавшиеся в сложных условиях, граждане Камеруна должны обратиться в свое посольство и консульство, и мы сможем изыскать способы оказания им помощи. Несмотря на временные трудности, граждане Камеруна по-прежнему будут работать в Экваториальной Гвинее, а пока следует навести порядок в процедурах их выезда и обеспечить им достойную жизнь"⁵⁵⁷.

227. В связи с делом *Diallo* Гвинея направила жалобу на условия ареста и содержания под стражей вплоть до момента высылки ее гражданина с территории Демократической Республики Конго (РДК). По утверждению Гвинеи, 5 ноября 1995 года г-н Диалло якобы "был подвергнут аресту в атмосфере секретности, не было проведено никакого судебного разбирательства, ни даже допроса"; два месяца его продержали под арестом, а 10 января 1996 года, по личному вмешательству главы Государства Заир, освободили, и "тут же вновь арестовали и бросили в тюрьму, где дополнительно продержали еще две недели вплоть до депортации. На протяжении своего суммарного 75-суточного нахождения в тюрьме г-н Диалло

⁵⁵⁶ См. "Chasse aux étrangers. La Guinée Equatoriale fait le ménage" AFRIK. COM.

⁵⁵⁷ *Cameroon Tribune* (ежедневная правительственная газета), 12 июня 2009 года.

якобы подвергался жестокому обращению и не имел возможности воспользоваться преимуществами, гарантированными Венской конвенцией 1963 года о консульских сношениях⁵⁵⁸. Не озвучив ни единого аргумента, Демократическая Республика Конго отвергла выдвинутые обвинения, если не считать таковым ее заявление, что "сроки и условия содержания под стражей г-на Диалло в рамках процедуры его высылки соответствовали нормам действующего в Заире права"⁵⁵⁹.

2. Условия осуществления высылки

228. Высылка может быть незаконной из-за способа, которым она осуществляется⁵⁶⁰. В частности, высылка иностранцев должна производиться в соответствии с нормами международного права в области прав человека, касающихся запрещения пыток или бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения⁵⁶¹. Требование не подвергать иностранцев пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения изложено в

⁵⁵⁸ C.I.J., affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) Exceptions préliminaires*, Постановление от 24 мая 2007 года, пункт 17.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, par. 19.

⁵⁶⁰ "Законное в ином случае постановление о депортации может считаться незаконным, если оно осуществляется несправедливым или грубым образом. Физическая сила, которая могла бы причинить или, вероятно, причинит телесные повреждения или увечья, не должна применяться при выполнении приказа", L.B. Sohn et T. Buergenthal (eds.) *op. cit.*, p. 96. "Каждое государство уполномочено, по соображениям общественного порядка, выслать иностранцев, временно проживающих на его территории. Однако когда государство высылает иностранца без причины и в оскорбительной форме, государство гражданства иностранца имеет право подать жалобу на это нарушение международного права", R. Plender, "The Uganda Crisis and the Right of Expulsion under International Law", *The Review: International Commission of Jurists*, No.4, 1972, p. 25 (цитируется по *Dictionnaire du droit international public et privé de Calvo*). Случаи, упоминаемые в настоящем подразделе 2, взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", *op. cit.*, пункты 703–709.

⁵⁶¹ "Высылка не должна осуществляться с применением неудобств или насилия, или причинением ненужного вреда высланному иностранцу", S. Oda, *op. cit.*, p. 483. "Независимо от того, существует или не существует неограниченное право высылать иностранцев, жестокое обращение с ними, внезапная высылка или высылка оскорбительным образом являются нарушением минимальных стандартов международного права, соблюдения которых вправе ожидать и государство происхождения. Если государство предпочитает осуществлять свои суверенные дискреционные полномочия в нарушение этого правила, оно не злоупотребляет своими суверенными правами, а просто нарушает запретительное правило, которым ограничены его права на исключительную юрисдикцию", G. Schwarzenberger, «The Fundamental Principles of International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, p. 309 и 310 (см. также G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, London, Stevens & Sons, 1971, p. 89 и 90). Высылка, достаточно оправдываемая в принципе, тем не менее является деликтной согласно международному праву, если она проводится без должного учета безопасности и благополучия иностранца. И опять, именно это произойдет либо потому, что высылка будет равнозначна злоупотреблению правами, либо потому, что она будет равнозначна нарушению "минимального стандарта". Это утверждение носит настолько определенный характер, что едва ли нуждается в обосновании...", R. Plender, *op. cit.*, p. 24, 25 и 26. "[Г]осударство при выполнении приказа о высылке или депортации должно действовать в соответствии с нормами, утверждающими права человека и достоинство личности. Эти нормы имеют прямое отношение к праву государства депортировать или высылать... [С]уществуют различные другие нормы и принципы, касающиеся прав человека и достоинства личности, которые признаны в многосторонних документах и приняты подавляющим большинством государств. К числу этих принципов относится право индивида не подвергаться бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения". Louis B. Sohn et Thomas Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, p. 95. См. также Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1987, p. 36.

резолюции 40/144 Генеральной Ассамблеи⁵⁶². Действия такого рода, совершаемые в связи с высылкой иностранца являлись распространенным основанием для жалобы⁵⁶³. Данное ограничение права высылки признано в дипломатической практике⁵⁶⁴ и практике международных судов⁵⁶⁵.

229. В Добавлении 9 к Конвенции о международной гражданской авиации предусматривается:

"5.2.1 В течение всего времени, когда пассажир без права въезда или лицо, подлежащее депортации, находятся под их надзором, соответствующие государственные должностные лица обязаны уважать достоинство таких лиц и не предпринимать никаких действий, которые могут нарушить их достоинство"⁵⁶⁶.

⁵⁶² Резолюция 40/144, статья 6.

⁵⁶³ "Большинство дел связано с чрезмерно жестоким осуществлением права высылки. Основопологающим является то, что эта мера должна ограничиваться своей прямой целью – избавлением от нежелательного иностранца. Поэтому вся ненужная жесткость считается основанием для жалобы. Даже когда высылка признается оправданной, она должна осуществляться с таким наименьшим вредом индивиду и его имущественным правам, насколько это совместимо с безопасностью и интересами высылающего государства". E. Montefiori Borchard, *op. cit.*, p. 59 и 60. "Хотя право выдворения или высылки является дискреционным, жесткий, произвольный или необоснованно оскорбительный способ осуществления этого дискреционного положения зачастую вызывает спор". В. О. Iluyomade, «The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law», *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No.1, 1975, p. 85. "Кальво утверждал, что, когда правительство высылает иностранца грубым, неуважительным образом, государство гражданства последнего вправе обосновать жалобу на высылку как на нарушение международного права". R. Plender, *International Migration Law, op. cit.*, p. 469 à 471 (цитируется по *Dictionnaire de droit international public et privé*). "[Г]осударство берет на себя международную ответственность, если оно высылает иностранца... необоснованно оскорбительным образом". Richard Plender, *op. cit.*, p. 459.

⁵⁶⁴ "Дипломатическая практика также убедительно подтверждает принцип, согласно которому высылка, если она достигается без надлежащего учета благополучия иностранца, противоречит международному праву". R. Plender, "The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law", *op. cit.*, p. 24, 25 и 26. "Произвольные высылки..., осуществляемые в условиях, когда допускаются грубые или жестокие, излишне оскорбительные для затронутого лица действия, дают повод для дипломатических претензий...", E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 57. "В самые последние годы имел место ряд других случаев, когда процедура, применяемая в ходе высылки, продемонстрировала грубое обращение, против чего Соединенные Штаты сочли себя обязанными выразить решительный протест". С. С. Hyde, *op. cit.*, p. 233 (ссылки опущены).

⁵⁶⁵ "Принцип, согласно которому высылка должна осуществляться способом, наименее оскорбительным для соответствующего лица, в связи с рядом случаев был сформулирован международными судами. Так, все суммарные высылки, в результате которых затронутые лица были подвергнуты ненужному унижению, грубому обращению или притеснению, международные комиссии сочли справедливым основанием для возмещения ущерба". E.M. Borchard, *op. cit.*, p. 60 [цитируются дела: *Maal (Pays-Bas) c. Venezuela, op. cit.*; и *Boffolo (Italie) c. Venezuela, op. cit.*; также приводятся ссылки на дело *Jaurett (U.S.) v. Venezuela, Sen. Doc. 413, 60th Cong. 1st Sess., 20 et seq., 559 et seq.* (урегулировано договоренностью от 13 февраля 1909 года, For. Rel., 1909, 629)]. "Произвольные высылки..., сопровождаемые грубыми или насильственными действиями, неоправданно оскорбительными по отношению к затронутому лицу, привели к возмещению по решениям арбитражных комиссий...", E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 57. "Таким образом, в делах, касающихся высылки иностранцев, Международный Суд, как правило, принимает приведенные государством доводы серьезного характера в оправдание такой меры как неопровержимые. Однако он считает неправомерными те меры высылки, которые сопровождаются ненужными трудностями". V. Cheng, *op. cit.*, p. 133 (ссылки опущены).

⁵⁶⁶ Конвенция о международной гражданской авиации (Convention relative à l'aviation civile internationale, p. 295).

230. Приводится ряд примеров из практики, подтверждающих требование осуществлять депортацию гуманным образом и с должным уважением достоинства заинтересованных лиц.

231. Существование такого требования было имплицитно подтверждено в деле *Lacoste*, хотя было установлено, что заявитель не подвергался грубому обращению:

"Лакост также требует компенсации за свой арест, лишение свободы, грубое и жестокое обращение и высылку из страны. ...Однако высылка, по всей видимости, не сопровождалась грубым обращением, и по просьбе истца ему было разрешено продлить срок, назначенный для его выезда из страны"⁵⁶⁷.

Аналогичным образом, в деле *Boffolo* арбитр в общих чертах указал, что:

"[В]ысылка [...] должна производиться способом, наименее оскорбительным для затронутого лица..."⁵⁶⁸.

232. В деле *Maal* арбитр подчеркнул неприкосновенность человеческой личности и требование проведения высылки без ненужного унижения или трудностей:

"[Если] бы высылка заявителя была осуществлена без ненужного унижения или создания для него трудностей, то арбитр посчитал бы себя обязанным отклонить жалобу. Согласно всем свидетельствам, заявитель прибыл сюда как добропорядочный человек и в течение всего допроса и депортации имел право на то, чтобы к нему относились как к добропорядочному человеку, и независимо от того, должны ли мы рассматривать его как добропорядочного человека или просто как человека, его права на свою собственную личность и на свой собственный душевный покой являются одними из важнейших прав независимости и бесценных привилегий свободы.

Арбитра учили рассматривать личность другого как нечто, что должно считаться священным, на что нельзя посягать даже в малейшей степени, в гневе или без причины, против его согласия, а если это происходит, то считается насилием, подлежащим возмещению причиненного ущерба, соизмеримому с духом и характером насилия и мужественным достоинством, проявленным индивидом, подвергшимся такому насилию"⁵⁶⁹.

233. Парламентская ассамблея Совета Европы выразила глубокую обеспокоенность числом инцидентов и злоупотреблений, имеющих место во время депортаций⁵⁷⁰. Кроме того, Ассамблея подчеркнула, что принудительная высылка не является основной формой высылки и что необходимо во всех обстоятельствах уважать безопасность и достоинство личности.

7. Ассамблея полагает, что принудительная высылка должна применяться только в качестве последнего средства, что к ней следует прибегать в отношении лиц, оказывающих явное и постоянное сопротивление и что ее можно избежать, если предпринимаются искренние усилия для предоставления депортируемым лицам персональной и контролируемой помощи в подготовке к их отъезду.

8. Ассамблея настоятельно подтверждает, что основные ценности Совета Европы окажутся под угрозой, если не будут приниматься меры для ликвидации нынешней атмосферы враждебности к беженцам, просителям убежища и иммигрантам и для

⁵⁶⁷ Дело *Lacoste c. Mexique* (Commission mexicaine), *op. cit.*, pp. 3347 и 3348.

⁵⁶⁸ Дело *Boffolo*, *op. cit.*, 534 (arbitre Ralston).

⁵⁶⁹ Дело *Maal*, Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela, 1 June 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 732.

⁵⁷⁰ Совет Европы, Парламентская ассамблея, Рекомендация 1547 (2002 год): Процедуры высылки, осуществленные в соответствии с правами человека и уважением к безопасности и достоинству личности, 22 января 2002 года, пункт 6.

проявления большего уважения к их безопасности и достоинству при всех обстоятельствах"⁵⁷¹.

234. Европейский комитет по предотвращению пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ЕКПП) также подчеркнул, что применение силы в ходе исполнения приказа о высылке должно быть ограничено теми способами, которые являются разумно необходимыми, и подробно изложил те средства и методы проведения депортации, которые не должны применяться. Кроме того, Комитет настаивал на необходимости создания внутренней и внешней систем контроля и надлежащего документирования акта депортации.

"ЕКПП признает, что выполнение приказа о высылке в отношении иностранного гражданина, который твердо намерен остаться на территории государства, часто бывает трудной задачей. Сотрудники правоохранительных органов в отдельных случаях могут быть вынуждены прибегнуть к силе, чтобы осуществить приказ о таком удалении. Однако применение силы не должно превышать пределы разумной необходимости. В частности, было бы абсолютно неприемлемым, чтобы получивших приказ о высылке лиц под угрозой физического насилия побуждали использовать в качестве средства сообщения транспортное судно или подвергали физическому воздействию в наказание за отказ поступить таким образом. Кроме того, ЕКПП должен подчеркнуть, что заставлять кого-либо молчать – весьма опасная мера"⁵⁷².

Тот же Комитет признал:

"[А]бсолютно неприемлемым получивших приказ о депортации лиц под угрозой физического насилия побуждали использовать в качестве средства сообщения транспортное судно или подвергали физическому воздействию в наказание за отказ поступить таким образом. ЕКПП приветствует тот факт, что данное правило находит свое отражение во многих релевантных инструкциях.

Например, некоторые рассмотренные ЕКПП инструкции тех стран, которые он посетил, запрещают применение мер принуждения, цель которых наказать иностранца за оказанное им сопротивление или причинить ненужную боль.

[...] Применение силы и мер принуждения не должно быть большим, чем это обоснованно необходимо. ЕКПП приветствует тот факт, что в ряде стран практика применения силы и мер принуждения в ходе процедур депортации подробно пересматривается с учетом принципов законности, соразмерности и необходимости.

[...] ЕКПП разъяснил, что во всех случаях, когда это возможно, следует избегать применения силы и/или мер принуждения, способных вызвать позиционную асфиксию, и что любое такое применение в исключительных обстоятельствах должно соответствовать руководящим принципам, предназначенным свести к минимуму угрозу здоровью соответствующего лица.

Помимо необходимости избегать риска позиционной асфиксии, о чем говорилось выше, ЕКПП систематически рекомендует запретить применение средств, которые могут привести к обструкции дыхательных путей (носоглотки и/или ротовой полости) частично или полностью. [...] Он отмечает, что в настоящее время такая практика прямо

⁵⁷¹ Там же, пункты 7 и 8.

⁵⁷² Совет Европы, Европейский комитет по предотвращению пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, седьмой сводный доклад о деятельности ЕКПП за период с 1 января по 31 декабря 1996 года (на французском языке), CPT/Inf (97) 10 [FR], 22 août 1997, "Personnes retenues en vertu de législations relatives à l'entrée et au séjour des étrangers", par. 36. В отношении этого Комитета см. J.-M. Larralde, « La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2004, n° 3, numéro spécial « Surveiller et punir/surveiller ou punir? », p. 29-41.

запрещена во многих государствах-участниках, и призывает государства, которые еще не сделали этого, безотлагательно принять обязывающие положения на этот счет.

Крайне важно, чтобы в случае чрезвычайной ситуации на борту самолета спасание депортируемых лиц не было затруднено. Соответственно должна быть предоставлена возможность немедленно по приказу экипажа убрать любые средства, ограничивающие свободу движений депортируемого лица.

[...] По мнению ЕКПП, соображения безопасности ни при каких обстоятельствах не могут служить оправданием ношения сопровождающим персоналом масок во время операций по депортации. Такая практика крайне нежелательна, поскольку в случае обвинения в жестоком обращении это может значительно затруднить установление лиц, ответственных за происходящее.

ЕКПП также имеет самые серьезные оговорки, касающиеся применения парализующих или раздражающих газов в целях поставить под контроль упорно не подчиняющихся правилам заключенных, с тем чтобы удалить их из камер и передать на самолет.

Важное значение имеет соблюдение требования о предоставлении находящимся в заключении иммигрантам возможности пройти медицинское обследование до решения вопроса об их депортации. Эта мера предосторожности особенно необходима, когда предполагается применение силы и/или специальных средств.

Операциям, включающим депортацию находящихся в заключении иммигрантов, должны предшествовать меры с целью помочь заинтересованным лицам организовать их возвращение, в частности оказать помощь в том, что касается семьи, работы и морального состояния.

Аналогичным образом, все лица, которые были объектом несостоявшейся операции по депортации, должны пройти медицинское обследование сразу по возвращении в места заключения.

Невозможно переоценить значения установления внутренних и внешних систем контроля в таком чувствительном месте, как зона, в которой депортации проводятся воздушным путем.

Операции по депортации должны быть тщательно задокументированы.

Далее, ЕКПП хотел бы подчеркнуть ту роль, которую призваны играть органы внешнего надзора, включая судебные, будь то национальные или международные, в предотвращении жестокого обращения в ходе операций по депортации. Эти органы должны внимательно следить за всем происходящим в данной области, обращая особое внимание на применение силы и мер принуждения и защиту основных прав лиц, депортируемых воздушным путем⁵⁷³.

235. Законодательство Европейского союза, касающееся высылки и выдворения гражданина третьей страны, также требует уважения достоинства личности. В преамбуле решения Совета от 23 февраля 2004 года указано:

"Это решение призвано обеспечить уважение основных прав и соблюдение принципов, которые лежат в основе, в частности, Хартии Европейского союза об основных правах. В частности это решение призвано обеспечить полное уважение достоинства личности в случаях высылки и выдворения, как это отражено в статьях 1, 18 и 19 этой Хартии"⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Treizième rapport général d'activités du CPT, CPT/Inf (2003) 35.

⁵⁷⁴ Решение Совета от 23 февраля 2004 года, устанавливающее критерии и практические меры в отношении компенсации финансовых расходов, вытекающих из применения Директивы 2001/40/ЕС о взаимном признании решений о высылке граждан третьей страны, 2004/191/СЕ, *Journal officiel no L 060 du 27 février 2004* p. 55 à 57. См. Хартию Европейского союза об основных правах, *Journal officiel no C 364, du 18 décembre 2000*, p. 1 à 22, статья 1 ("Достоинство личности. Достоинство личности неприкосновенно. Его следует уважать и защищать"), статья 18 ("Право на убежище. Право на убежище гарантируется согласно положениям Женевской конвенции от 28 июля 1951 года и Протокола от 31 января 1967 года о статусе беженцев и в соответствии с Договором об учреждении Европейского сообщества") и статья 19 ("Защита в случае удаления, высылки или экстрадиции. 1. Коллективные высылки запрещаются. 2. Никто не может быть удален, выслан или

236. В своих Правилах приема и высылки иностранцев Институт международного права изложил принцип, согласно которому:

"Депортация не является наказанием и потому должна проводиться с высочайшим уважением и с учетом конкретной ситуации индивида"⁵⁷⁵.

3. Условия содержания под стражей иностранца в процессе высылки

237. Несколько примеров из практики подтверждают мнение о том, что содержание под стражей в ожидании депортации является законным при условии, что оно отвечает определенным требованиям⁵⁷⁶.

238. В деле *Ben Tillett* арбитр признал право высылающего государства содержать под стражей иностранца с целью обеспечения его/ее депортации. Арбитр также придерживался мнения, что с учетом обстоятельств дела и, в частности, угрозы, которую этот иностранец может представлять для общественного порядка, государство может на законных основаниях заключить иностранца под стражу еще до издания приказа о депортации. Арбитр полагал, кроме того, что государство не обязано предоставлять депортируемым лицам особые условия содержания под стражей:

"Считая, что наряду с признанием прав государства на высылку того или иного лица, государству нельзя отказывать в средствах, гарантирующих действенность его предписаний; что оно должно иметь возможность осуществлять надзор за иностранцами, чье присутствие оно может рассматривать как угрозу общественному порядку, и что оно может содержать их в заключении⁵⁷⁷ всегда, когда оно опасается, что те, кто выдворяется с его территории, могут ускользнуть от его надзора".

Принимая во внимание, что приказ о высылке обычно следует за событиями, послужившими его причиной, в случае отсутствия у государства средств принуждения, для того чтобы на несколько часов, пока не будет вынесено официальное одобрение этой меры, содержать под стражей иностранца, поведение которого стало причиной беспорядков, последний имел бы возможность скрыться от полиции, и правительство оказалось бы безоружным⁵⁷⁸.

Считая, с другой стороны, что по закону невозможно принудить государство либо построить специальные помещения, которые были бы предназначены исключительно для превентивного содержания под стражей иностранцев со времени их ареста до осуществления меры по высылке, либо зарезервировать для таких иностранцев специальное место в уже существующих помещениях, правительство Бельгии, изолировав Бена Тиллета, а затем оградив его от контактов с другими обвиняемыми, выполнило требования международной вежливости⁵⁷⁹.

экстрадирован в государство, в котором существует серьезная угроза того, что он или она подвергнутся смертной казни, пыткам или другим бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения и наказания").

⁵⁷⁵ Règles internationales..., *ibid.*, art. 17.

⁵⁷⁶ См., в то же время, S. ODA, *op. cit.*, p. 483 ("Обязательного содержания под стражей иностранца, в отношении которого издан приказ о высылке, следует избегать, за исключением случаев, когда он отказывается выехать или пытается уклониться от контроля со стороны государственных органов"). События, упоминаемые в настоящем подразделе 3, взяты из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", *op. cit.*, пункты 715–726.

⁵⁷⁷ Великобритания/Бельгия, арбитражное решение от 26 декабря 1898 года, G. Fr. de Martens, Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, deuxième série, tome XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903.

⁵⁷⁸ Дело *Ben Tillett*, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 271.

239. Арбитр также установил, что с учетом обстоятельства данного дела, Бельгия не действовала незаконно, задержав Бена Тиллета на 26 часов⁵⁸⁰, и что условия его содержания под стражей были приемлемыми⁵⁸¹.

240. Комиссия, вынесшая решение по делу *Daniel Dillon*, обратила внимание на вопрос о минимальном стандарте обращения, предписанного международным правом, в отношении содержания иностранца в ожидании депортации. Комиссия пришла к заключению, что длительное содержание под стражей и отсутствие сообщенной заявителю информации о цели его содержания под стражей представляют собой плохое обращение, несовместимое с нормами международного права.

"Касательно вопроса о плохом обращении Комиссия считает, что не представлено достаточного доказательства, что состояние помещений, в которых заявителя содержали под стражей, не отвечало минимальным стандартам в соответствии с нормами международного права. Кроме того, недостаточными были доказательства в отношении предоставлявшегося ему питания и отсутствия кровати и постельного белья. Однако длительное содержание под стражей и содержание *incommunicado* без информации о причинах его задержания, по мнению Комиссии, представляют собой плохое обращение и создают трудности, не оправдываемые целью ареста, и в такой степени значительные, что делает Мексиканские Соединенные Штаты ответственными по международному праву"⁵⁸².

241. В своем комментарии к статье 13 Международного пакта о гражданских и политических правах, упоминавшейся выше в части VIII, Комитет по правам человека отметил, что если процедура депортации влечет за собой арест, то заинтересованному лицу должны быть предоставлены гарантии, предусмотренные Пактом в отношении случаев лишения свободы (статьи 9⁵⁸³ и 10⁵⁸⁴)⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Ibid., p. 271 и 272.

⁵⁸² *Daniel Dillon (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, Mexico-U.S.A. General Claims Commission, Award of 3 October 1928, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 369.

⁵⁸³ В статье 9 Пакта предусматривается, что: "1. Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом. 2. Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и в срочном порядке сообщается любое предъявляемое ему обвинение. 3. Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение. Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, но освобождение может ставиться в зависимость от представления гарантий явки на суд, явки на судебное разбирательство в любой другой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора. 4. Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно. 5. Каждый, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей, имеет право на компенсацию, обладающую искомой силой".

⁵⁸⁴ В статье 10 Пакта предусматривается, что: "1. Все лица, лишённые свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности. 2. а) Обвиняемые, в случаях когда отсутствуют исключительные обстоятельства, помещаются отдельно от осужденных и им предоставляется отдельный режим, отвечающий их статусу неосужденных лиц; б) обвиняемые несовершеннолетние отделяются от совершеннолетних и в кратчайший срок доставляются в суд для

242. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод прямо признает право государства любого иностранца содержать под стражей в ожидании его/ее депортации. В пункте 1 статьи 5 предусматривается:

"Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом:

[...]

f) законное задержание или заключение под стражу лица [...], против которого принимаются меры по его высылке [...]".

243. В деле *Chahal v. United Kingdom* Европейский суд по правам человека прояснил многие аспекты подпункта f) пункта 1 статьи 5. Суд постановил, что "это положение не требует, чтобы содержание под стражей лица в ожидании высылки обоснованно считалось необходимым, например для того чтобы предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения"⁵⁸⁶. Вместе с тем Суд указал, что задержание разрешено только пока ведется разбирательство по поводу депортации и при условии, что такое разбирательство не длится чрезмерно долго.

"Однако Суд напоминает, что любое лишение свободы на основании положений настоящей статьи [подпункт f) пункта 1 статьи 5] оправдано, только пока рассматривается вопрос о высылке. Если эта процедура не проводится с должной тщательностью, содержание под стражей в соответствии с подпунктом f) пункта 1 статьи 5 перестает быть оправданным. Поэтому надлежит определить, не продолжалось ли разбирательство по вопросу о высылке чрезмерно долго"⁵⁸⁷ (ЕСПЧ, решение от 15 ноября 1996 года, дело *Chahal c. Royaume-Uni*).

244. Кроме того, согласно постановлению Суда, содержание под стражей в ожидании депортации должно производиться в соответствии с законом и подлежать судебному пересмотру. В этом отношении "законность" содержания под стражей означает обязательство соблюдать нормы национального законодательства, но требует, кроме того, "чтобы любое лишение свободы отвечало цели статьи 5, а именно цели защитить индивида от произвола"⁵⁸⁸. Кроме того, судебный пересмотр должен быть "достаточно обстоятельным, чтобы охватить каждое из условий, необходимых, чтобы содержание лица под стражей было законным в соответствии с пунктом 1" (пункт 1 статьи 5)⁵⁸⁹.

245. Заслуживает также внимания *Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме*, содержащийся в

вынесения решения. 3. Пенитенциарной системой предусматривается режим для заключенных, существенной целью которого является их исправление и социальное перевоспитание. Несовершеннолетние правонарушители отделяются от совершеннолетних, и им предоставляется режим, отвечающий их возрасту и правовому статусу".

⁵⁸⁵ Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 15: Положение иностранцев в соответствии с Пактом, 11 апреля 1986 года, пункт 9.

⁵⁸⁶ Европейский суд по правам человека, дело *Chahal c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 15 November 1996, Application number 22414/93, par. 112. Суд подтвердил свою позицию в деле *Conka c. Belgique*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 5 February 2002, Application number 51564/99, p. 38.

⁵⁸⁷ Ibid., 113.

⁵⁸⁸ Европейский суд по правам человека, дело *Chahal c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, op. cit., par. 112. Суд подтвердил свою позицию в деле *Conka c. Belgique*, op. cit., 118. См. также дело *Conka c. Belgique*, op. cit., par. 39.

⁵⁸⁹ Ibid., par. 127.

Приложении к резолюции 43/173 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 декабря 1988 года (581), и в частности на принцип 8, касающийся содержания под стражей в ожидании депортации. В целом из содержащихся в указанном Приложении 36 принципов следующие 19 представляются актуальными в целях рассмотрения условий содержания под стражей лиц, подлежащих депортации⁵⁹⁰ :

Принцип 1: "Все лица, подвергнутые задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности".

Принцип 2: "Арест, задержание или заключение осуществляются только в строгом соответствии с положениями закона и компетентными должностными лицами или лицами, уполномоченными законом для этой цели".

Принцип 3: "В интересах лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, не допускается никакое ограничение или умаление каких бы то ни было прав человека, признаваемых или существующих в каком-либо государстве в соответствии с правом, конвенциями, правилами или обычаями, на том основании, что эти права не признаются или признаются в меньшем объеме в настоящем Своде принципов".

Принцип 5: "1. Настоящие принципы применяются ко всем лицам в пределах территории любого данного государства без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии или верования, политических или иных убеждений, национального, этнического или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения".

Принцип 6: "Ни одно задержанное или находящееся в заключении лицо не должно подвергаться пыткам или жестоким, бесчеловечным или унижающим достоинство видам обращения или наказания. Никакие обстоятельства не могут служить оправданием для пыток или других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания".

Принцип 8: "К задержанным лицам применяется режим, соответствующий их статусу неосужденных лиц. В этой связи они всегда, когда это возможно, помещаются отдельно от лиц, находящихся в заключении".

Принцип 9: "Власти, производящие арест лица, его задержание или ведущие расследование дела, осуществляют лишь полномочия, предоставляемые им по закону, и осуществление этих полномочий может быть обжаловано в судебном или ином органе, предусмотренном законом".

Принцип 10: "Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и без промедлений сообщается любое предъявленное ему обвинение".

Принцип 11: "1. Лицо не может находиться в задержании без предоставления эффективной возможности быть в срочном порядке заслушанным судебным или иным органом. Задержанное лицо имеет право само выступать в свою защиту или пользоваться помощью адвоката, как это предусмотрено законом.

2. До сведения задержанного лица или его адвоката, если таковой имеется, без промедлений доводится полная информация о любом постановлении о задержании, а также о причинах задержания.

3. Судебный или иной орган должен иметь полномочия для рассмотрения, в случае необходимости, основания для продолжения задержания".

⁵⁹⁰ См. резолюцию 43/173, касающуюся *Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме*, которая была принята на сорок третьей сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций.

Принцип 12: "1. Надлежащим образом заносятся в протокол:

- a) причины ареста;
- b) время ареста этого лица и время, когда такое лицо было препровождено в место содержания, а также время первого появления перед судебным или иным органом;
- c) фамилии соответствующих должностных лиц правоохранительных органов;
- d) точные данные в отношении места содержания.

2. Такие протоколы представляются задержанному или его адвокату, если таковой имеется, в предписанной законом форме".

Принцип 13: "Любому лицу в момент ареста и в начале задержания или заключения или вскоре после этого органом, ответственным за арест, задержание или заключение соответственно доводится до сведения и разъясняются его права и как оно может осуществить эти права".

Принцип 14: "Лицо, которое недостаточно хорошо понимает или говорит на языке, используемом властями, ответственными за его арест, задержание или заключение имеет право на получение как можно скорее на языке, который оно понимает, информации, указанной в принципах 10, 11 (пункт 2), 12 (пункт 1) и 13, и на получение помощи переводчика, если необходимо – бесплатной, в связи с юридическим разбирательством после его ареста".

Принцип 15: "Несмотря на исключения, содержащиеся в пункте 4 принципа 16 и пункте 3 принципа 18, задержанному или находящемуся в заключении лицу может быть отказано в связи с внешним миром, и в частности с его семьей или адвокатом, в течение периода, не превышающего нескольких дней".

Принцип 16: "2. Если задержанное или находящееся в заключении лицо является иностранцем, ему должно быть без промедлений сообщено о его праве связаться с помощью надлежащих средств с консульством или дипломатическим представительством государства, гражданином которого оно является или которое иным образом правомочно получить такое сообщение в соответствии с международным правом, или с представителем компетентной международной организации, если оно является беженцем или каким-либо иным образом находится под защитой межправительственной организации".

Принцип 17: "1. Задержанное лицо имеет право на получение юридической помощи со стороны адвоката. Оно вскоре после ареста информируется компетентным органом о своем праве, и ему предоставляются разумные возможности для осуществления этого права".

Принцип 21: "Запрещается злоупотреблять положением задержанного или находящегося в заключении лица с целью принуждения его к признанию, какому-либо иному изобличению самого себя...".

Принцип 22: "Ни одно задержанное или находящееся в заключении лицо не должно даже с его согласия подвергаться каким-либо медицинским или научным опытам, могущим повредить его здоровью".

Принцип 24: "Задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляется возможность пройти надлежащее медицинское обследование в возможно кратчайшие сроки после его прибытия в место задержания или заключения; впоследствии ему предоставляется медицинское обслуживание и лечение всякий раз, когда в этом возникает необходимость. Обслуживание и лечение предоставляются бесплатно".

Принцип 33: "Задержанное или находящееся в заключении лицо или его адвокат имеют право направить в органы, ответственные за управление местом задержания или заключения, и в более высокие инстанции, а в случае необходимости –

соответствующим органам, уполномоченным рассматривать жалобы или предоставлять средства защиты, просьбу или жалобу относительно обращения с данным лицом, в частности в случае пыток или другого жестокого, бесчеловечного или унижающего человеческое достоинство вида обращения".

246. Вопрос о содержании под стражей в ожидании высылки был поднят Специальным докладчиком по вопросу о правах человека мигрантов Габриэлой Родригес Писарро, которая, в частности, отметила необходимость периодической проверки решений о задержании; наличие права на обжалование и некарательный характер административного задержания; требование, чтобы содержание под стражей продолжалось не дольше, чем это необходимо для осуществления высылки соответствующего индивида, а также требование прекратить задержание, если постановление о депортации не может быть реализовано по причинам, не зависящим от мигранта.

"...Право на судебный или административный надзор за законностью содержания под стражей и право обжаловать решение о взятии под стражу или распоряжение о депортации, или на ходатайство об освобождении под залог или принятия иных мер, не связанных с лишением свободы, не всегда гарантируются в случаях административного задержания"⁵⁹¹.

Административное лишение свободы должно продолжаться не дольше, чем необходимо для того, чтобы приобрела действительный характер депортация или высылка. Лишение свободы ни в коем случае не должно быть бессрчным"⁵⁹².

...Особую обеспокоенность вызывает у Специального докладчика то обстоятельство, что такое недавно антитеррористическое законодательство, которое позволяет заключать мигрантов под стражу на основании расплывчатых неконкретных обвинений в угрозе национальной безопасности, может вести к бессрчному задержанию, когда мигранты не могут быть депортированы немедленно, ибо это было бы сопряжено с угрозой их безопасности и правам человека"⁵⁹³ (ссылка опущена).

...Административное задержание ни в коем случае не должно носить репрессивный характер"⁵⁹⁴.

247. Затем Специальный докладчик внесла нижеследующую рекомендацию; по ее мнению, необходимо:

"g) Обеспечить, чтобы закон устанавливал лимит на содержание под стражей в ожидании депортации и чтобы задержание ни при каких обстоятельствах не было бессрчным.

[...] Решение о задержании следует автоматически подвергать периодическому пересмотру исходя из четких законодательных критериев. Содержание под стражей должно быть прекращено, когда распоряжение о депортации не может быть реализовано по причинам, не зависящим от мигранта"⁵⁹⁵.

248. Следует отметить, что в 1892 году Институт международного права выразил мнение, что если высылкаемое лицо находится на свободе, его не следует лишать свободы в преддверии депортации"⁵⁹⁶. На сегодняшний день такая точка зрения в

⁵⁹¹ Комиссия по правам человека, Трудящиеся мигранты, доклад, представленный Специальным докладчиком г-жой Г. Родригес Писарро, *op. cit.*, пункт 20.

⁵⁹² Там же, пункт 35.

⁵⁹³ Там же, пункт 37.

⁵⁹⁴ Там же, пункт 43.

⁵⁹⁵ Там же, пункт 75 g).

⁵⁹⁶ "Если высылкаемое лицо находится на свободе, в отношении него не следует в этот период использовать меры принуждения". Institut de droit international, *Règles internationales, ...*, *ibid.*, art.

большинстве случаев представлялась бы достаточно нереалистичной, и весьма сомнительно, что она осталась бы неизменной до наших дней.

249. Национальные законодательства значительно расходятся в том, что касается законности и условий содержания под стражей в ожидании депортации⁵⁹⁷. Государство может задержать иностранца перед депортацией в рамках обычной процедуры депортации⁵⁹⁸ или 1) когда иностранец уклонился или собирается уклониться от депортации или нарушил условия условного освобождения от содержания⁵⁹⁹; 2) если иностранец совершил какое-либо уголовное или иное преступление или представляет угрозу общественному порядку или государственной безопасности⁶⁰⁰; 3) чтобы дать компетентным органам возможность установить личность или гражданство иностранца или обеспечить безопасность иностранца после его высылки⁶⁰¹; или 4) когда это считается необходимым для завершения депортации, в частности в том, что касается организации транспортировки⁶⁰². Государство может:

32.

⁵⁹⁷ Анализ национального законодательства и судебной практики по данному вопросу взят из документа "Высылка иностранцев. Меморандум Секретариата", *op. cit.*, пункты 726–737.

⁵⁹⁸ Аргентина, Закон 2004 года, статьи 35, 70–72; Австралия, Закон 1958 года, статьи 196, 253 и 255; Австрия, Закон 2005 года, статья 3.76 2); Беларусь, Закон 1998 года, статья 30; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 28 3), 43 5) и 68 1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 60; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 241 а) 2), 507 б) 1), 2) С), с); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 год), статьи 31 9) и 34 5); Кения, Закон 1967 года, статья 12 2); Мадагаскар, Закон 1962 года, статья 17; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статьи 31, 34 1) и 35; и Нигерия, Закон 1963 года, статья 23 2). Такое содержание под стражей может быть специально применено в отношении иностранца, подозреваемого в причастности к терроризму и может включать период уголовного суда над иностранцем и засчитываться во время отбытия иностранцем наказания, назначенного приговором суда [Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 507 б) 1), 2) С), с)].

⁵⁹⁹ Германия, Закон 2004 года, статья 62 2); Беларусь, Закон 1993 года, статья 26; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 68 2); Колумбия, Декрет 1995 года, статья 93; Греция, Закон 2001 года, статья 44 3); Венгрия, Закон 2001 года, статьи 46 1) а)–б); Италия, Закон № 40 (1998 года), статья 11 6), Декрет-закон 1996 года, статья 7 3); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 55 1); Польша, Закон № 1775 (2003 года), статья 101 1); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 66, Декрет 1993 года, статья 80; Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 124 1); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статья 13b 1) с).

⁶⁰⁰ Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статья 68 2); Колумбия, Декрет 1995 года, статья 93; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 241 а) 6); Греция, Закон 2001 года, статья 44 3); Венгрия, Закон 2001 года, статьи 46 1) с)–е), 2), 9); и Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 124 1).

⁶⁰¹ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.80 4) 1); Бразилия, Закон 1980 года, статья 60; Китай, Положения 2003 года, статья 184; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 года), статья 14 1), Закон № 40 (1998 года), статья 12 1), Декрет-закон 1996 года, статья 7 3); и Нигерия, Закон 1963 года, статья 31 3).

⁶⁰² Германия, Закон 2004 года, статья 62 1); Китай, Положения 2003 года, статья 184; Хорватия, Закон 2003 года, статья 58; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 241 а) 1) С); Франция, Кодекс, статья L.551-1; Италия, Декрет-закон № 286 (1998 года), статья 14 1), Закон № 40 (1998 года), статья 12 1); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 13-2, 52 5); Кения, Закон 1967 года, статьи 8 2) б), 3)–4); Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 34 1); Нигерия, Закон 1963 года, статьи 31 3), 45; Панама, Декрет-закон 1960 года, статьи 59, 83; Польша, Закон № 1775 (2003 года), статья 101 4); Португалия, Декрет-закон 1998 года, статьи 22 4) и 124 2); Республика Корея, Закон 1992 года, статья 63 1); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статьи 13 b 1) а)–б). Такое содержание под стражей может быть прямо разрешено во время войны (Нигерия, Закон 1963 года, статья 45).

1) запретить содержание иностранца под стражей, если ему предписано добровольно покинуть страну⁶⁰³; или

2) разрешить содержание иностранца под стражей или другие ограничения на проживание или передвижение иностранца перед его добровольным отъездом⁶⁰⁴.

250. Релевантным законодательством могут быть установлены срок содержания под стражей, соответствующие процедуры или права и средства правовой защиты, доступные иностранцу⁶⁰⁵. Государство может специально предусмотреть содержание под стражей несовершеннолетних⁶⁰⁶, потенциально покровительствуемых⁶⁰⁷, или иностранцев, подозреваемых в причастности к терроризму⁶⁰⁸. Государство также может разрешить иностранцу внести залог, чтобы получить предварительное освобождение⁶⁰⁹. Оно может ввести ограничения в отношении места проживания или деятельности иностранца, или вместо содержания под стражей установить надзор, или в иных случаях специально не предусматривать содержания под стражей⁶¹⁰. Оно может договориться о передаче в места заключения в другом государстве⁶¹¹. Оно может потребовать, чтобы иностранец оплатил расходы по своему содержанию под стражей⁶¹² или прямо взять на себя обязательство нести расходы по содержанию иностранца под стражей⁶¹³. Оно может

⁶⁰³ Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 100 1).

⁶⁰⁴ Япония, Ордонанс 1951 года, статья 55-3 3); и Португалия, Декрет-закон 1998 года, статья 123 2).

⁶⁰⁵ Германия, Закон 2004 года, статья 62 1)–3); Аргентина, Закон 2004 года, статьи 70–72; Австралия, Закон 1958 года, статьи 196, 253-54, 255 6); Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.76 3)–7), 3.78-80; Беларусь, Закон 1998 года, статья 30, Закон 1993 года, статья 26; Босния и Герцеговина, Закон 2003 года, статьи 65(4), 69-71; Бразилия, Закон 1980 года, статья 60; Хорватия, Закон 2003 года, статья 58; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 241 g), 507 b) 2) D), c) 2), d)–e); Российская Федерация, Закон № 115-ФЗ (2002 года), статьи 31(9), 34(5); Франция, Кодекс, статьи L.551-2, L.551-3, L.552-1, L.552-2, L.552-3, L.552-6, L.552-7, L.552-8, L.552-9, L.552-10, L.552-11, L.552-12, L.553-1, L.553-2, L.553-3, L.553-4, L.553-5, L.553-6, L.554-1, L.554-2, L.554-3, L.555-1, L.555-2, L.561-1; Греция, Закон 2001 года, статья 44 3); Венгрия, Закон 2001 года, статьи 46 3)–7); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 года), статьи 14 1)–5bis), 7), 9), Закон № 40 (1998), статьи 12 1)–7), 9), Декрет-закон 1996 года, статья 7 3); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 2 15)–16), 13-2, 54, 55 2)–5), 61-3, 61-3-2, 61-4, 61-6, 61-7; Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статьи 34 1), 3), 35; Нигерия, Закон 1963 года, статья 31; Панама, Декрет-закон 1960 года, статья 59; Польша, Закон № 1775 (2003 год), статьи 101 1)–2), 3) 1), 4)–7); Республика Корея, Декрет 1993 года, статьи 77 1), 78; Чешская Республика, Закон 1999 года, статья 124 2); Швеция, Закон 1989 года, статьи 6.18–31; и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статьи 13b 2)–3), 13 c–d.

⁶⁰⁶ Австрия, Закон 2005 года, статьи 3.79 2)–3); и Швеция, Закон 1989 года, статьи 6.19 и 6.22.

⁶⁰⁷ Австрия, Закон 2005 года, статья 3.80 5); и Швейцария, Федеральный закон 1931 года, статьи 13a(a), (d), 13b(1)(d).

⁶⁰⁸ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 507 b) 2) D), c) 2), d)–e).

⁶⁰⁹ Беларусь, Закон 1998 года, статья 30; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 241 c) 2) C); Япония, Ордонанс 1951 года, статьи 54 2)–3), 55 3); Малайзия, Закон 1959–1963 годов, статья 34 1); и Республика Корея, Закон 1992 года, статьи 65, 66 2)–3), Декрет 1993 года, статьи 79 и 80.

⁶¹⁰ Китай, Правила 1986 года, статья 15; Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статья 241 a) 3); Франция, Кодекс, статьи L.513-4, L.552-4, L.552-5, L.552-6, L.552-7, L.552-8, L.552-9, L.552-10, L.552-11, L.552-12, L.555-1; Венгрия, Закон 2001 года, статья 46 8); Япония, Ордонанс 1951 года, статья 52 6); Мадагаскар, Закон 1962 года, статья 17; Нигерия, Закон 1963 года, статья 23 2); и Республика Корея, Закон 1992 года, статья 63 2), Декрет 1993 года, статья 78 2)–3).

⁶¹¹ Австралия, Закон 1958 года, статья 254.

⁶¹² Там же, статьи 209 и 211.

⁶¹³ Соединенные Штаты Америки, Закон об иммиграции и гражданстве, статьи 103 a) 11), 241 c) 2) B); Италия, Декрет-закон № 286 (1998 год), статья 14 9), Закон № 40 (1998 год), статья 12 9); и

прямо заявить, что высылка иностранца не рассматривается как акт содержания под стражей⁶¹⁴.

251. Парламентская ассамблея Совета Европы в своей рекомендации 1547 (2002 год) "Процедуры высылки, соответствующие правам человека и проводимые в условиях соблюдения безопасности и уважения достоинства", рекомендовала Комитету министров настоятельно призвать государства-члены безотлагательно скорректировать свои законодательства и практику в отношении содержания под стражей в ожидании депортации, с тем чтобы:

- a.* ограничить время содержания в месте ожидания или транзита сроком в пятнадцать дней;
- b.* ограничить срок содержания под стражей в полицейских участках теми же строго необходимыми сроками, которые действуют при любом аресте, и содержать иностранцев, ожидающих депортации, отдельно от лиц, арестованных за совершение уголовных преступлений;
- c.* тюремное заключение применять лишь в отношении тех лиц, которые представляют несомненную угрозу для общественного порядка или безопасности граждан, и содержать иностранцев, ожидающих депортации, отдельно от лиц, находящихся в заключении за совершение уголовных преступлений;
- d.* воздерживаться от содержания иностранцев, ожидающих депортации, в тюремных условиях, и в частности:
 - прекратить практику содержания в камерах;
 - обеспечивать возможность выхода на свежий воздух, пользования санузлами и допуска к местам, откуда иностранцы могут общаться с внешним миром;
 - не препятствовать общению с родными и с неправительственными организациями;
 - гарантировать возможность пользования средствами связи с внешним миром, такими как телефон и почта;
 - обеспечивать, чтобы в период содержания под стражей иностранцы могли достойно трудиться и получать за это надлежащее вознаграждение, а также участвовать в спортивных и культурных мероприятиях;
 - гарантировать беспрепятственное получение консультаций и помощи независимого адвоката;
- e.* гарантировать – под регулярным судебным надзором – строгую обоснованность и соразмерность задержания и содержания под стражей в целях исполнения постановления о депортации и установить максимальный срок содержания под стражей в один месяц;
- f.* шире использовать альтернативные меры пресечения, в меньшей степени ограничивающие свободу, как, например, запрет на смену места жительства, и другие меры контроля и надзора, такие как обязательная регистрация, а также создавать открытые центры приема;
- g.* организовать укомплектование мест содержания под стражей персоналом, прошедшим специальный отбор и социально-психологическую подготовку, и обеспечить постоянное или, по меньшей мере, регулярное присутствие там "межкультурных посредников", переводчиков, врачей, психологов, а также возможность пользоваться правовой защитой консультантов по юридическим вопросам.

Швейцария, Ордонанс 1999 года, статьи 15 2)– 3).

⁶¹⁴ Австралия, Закон 1958 года, статья 198А 4).

252. Право на заключение иностранца под стражу в преддверии его депортации было признано рядом национальных судов⁶¹⁵. В отношении продолжительности срока содержания под стражей многие национальные суды указали, что иностранец может содержаться под стражей столько времени, сколько разумно необходимо для организации мер по его депортации⁶¹⁶. В ряде случаев суды постановляли, что

⁶¹⁵ "Однако в то же время Суд признал содержание под стражей во время судебного разбирательства по поводу депортации как соответствующий Конституции законный аспект процедуры депортации". Дело *Charles Demore, District Director, San Francisco District of Immigration and Naturalization Service, et al., v. Hyung Joon Kim*, United States Supreme Court, 29 April 2003 [no 001-1491], 538 U.S. 510; "Согласно статье 22 (часть 2) Конституции Российской Федерации иностранные граждане и лица без гражданства, находящиеся на территории Российской Федерации, в случае принудительной депортации из Российской Федерации до судебного решения могут подвергнуться задержанию на срок, необходимый для их депортации, но не более чем на 48 часов". Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6 "По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24 июля 1981 года "О правовом положении иностранных граждан в СССР" в связи с жалобой Яхья Дашти Гафура", Конституционный суд Российской Федерации, 17 февраля 1998 года; "Желая оставаться в пределах разумного, Апелляционный суд постановляет, что, если, по мнению государства, интересам общественного порядка или национальной безопасности будет отвечать, чтобы М. не мог быть освобожден из заключения в преддверии его возможной высылки в страну, иную чем Югославия, или что в отношении него должны быть приняты другие ограничительные меры, на государстве лежит обязанность принять необходимые меры в соответствии с законом". Дело *SM c. Ministre de la justice, Cour d'appel de La Haye (Pays-Bas)*, 29 mai 1980; "Понятно, что содержание под стражей лица является законным, если этого требуют государственные интересы, в течение времени, необходимого для организации его подъема на борт или транспортировки за рубеж". *In re de Souza*, Cour suprême fédérale, 29 octobre 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 139, p. 334; "Утверждение о том, что существует обязательство предоставить нелегальному иммигранту свободу на время рассмотрения его дела, явно несовместимо с вышеприведенными мнениями, такое утверждение равнозначно ослаблению или даже аннулированию права осуществления признанных выше полномочий. Если бы иммиграционные службы приняли решение не высылать этого иностранца или если бы истец не выбрал это решение, не оставалось бы никакой другой альтернативы помещению этого иностранца под стражу в месте содержания иммигрантов на время, пока не будут выполнены все формальности, требуемые для его допуска в страну". *In re Grunblatt*, Cour Suprême, Argentine, 7 avril 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 84, p. 278; "Во-вторых, исполнительная власть может издавать приказ о содержании под стражей наиболее опасных иностранцев на время до их препровождения до границы, если этого требует национальная безопасность". *In re Bernardo Groisman*, *op. cit.*, p. 346; "В деле *R v. Governor of Durham Prison*, ex p *Singh* [1984] 1 All ER 983, [1984] 1 WLR 704, было постановлено в решении, которое никогда не подвергалось сомнению (и которым руководствовался Тайный совет в деле *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre* [1996] 4 All ER 256, [1997] AC 97), что такое содержание под стражей недопустимо, кроме как на время, разумно необходимое для завершения процедуры высылки". Дело *A et al. v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom House of Lords, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 December 2004 (Lord Bingham of Cornhill); дело *Rex v. Governor of H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Sliwa*, Court of Appeal of England, 20 décembre 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 95, p. 310 à 313; дело *Aronowicz v. Minister of the Interior*, *op. cit.*, p. 258 и 259; и дело *Al-Kateb v. Godwin*, High Court of Australia, [2004] HCA 37, 6 août 2004.

⁶¹⁶ См., например, дело *In re de Souza*, *op. cit.*, p. 334 "Понятно, что содержание под стражей выслаемого лица является законным, если того требуют государственные интересы, и в течение времени, необходимого для организации его подъема на борт или транспортировки за рубеж. Отвечая на этот вопрос, апелляционный суд, рассматривающий данное дело, должен задаться вопросом о том, является ли срок содержания под стражей разумно необходимым для обеспечения высылки данного иностранца". Дело *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v. Christine G. Davis*, *United States Supreme Court*, 533 U. S. 678, 28 juin 2001; "Однако какими бы оправданными ни были доводы поддержания общественного порядка, которые позволили исполнительной власти принять решение

длительные сроки содержания под стражей в ожидании высылки были чрезмерными⁶¹⁷.

253. В ряде недавних дел⁶¹⁸ национальные суды рассматривали вопрос о том, могут ли иностранцы содержаться под стражей неопределенное время, если высылка невозможна в обозримом будущем. В деле, решенном в 1998 году⁶¹⁹,

об удалении жителя этой территории, нет никакого сомнения в том, что примененное в этих целях лишение свободы не может продолжаться сверх срока, по истечении которого эта превентивная мера незаконно переходит в наказание". Дело *In re Flaumebaum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 juin 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 94, p. 313.

⁶¹⁷ См., например, Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6, *op. cit.* "Невозможно толковать это решение (по делу *Groisman*) как признание права исполнительной власти продлевать срок содержания под стражей в стране, где данное лицо проживает, даже в целях эффективности его законной высылки, сверх периода, по истечении которого эта превентивная мера превращается в наказание, не назначенное по закону, в данном случае до 19 месяцев, без решения суда или судебного разбирательства и по решению правительственного органа, который не имеет на то полномочий даже в условиях чрезвычайного положения (Конституция, статьи 23, 29 и 95). Напротив, именно судам надлежит в каждом деле расследовать, превышает или не превышает срок содержания под стражей законные пределы". Дело *In re Cantor*, Cour suprême fédérale (Argentine), 6 avril 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938–1940, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 143, p. 392 и 393; дело *In re Hely*, Cour fédérale de cassation du Venezuela, 16 avril 1941 (tiré de ILR, 1941–42, p. 313) (иностранец должен быть освобожден, поскольку он уже провел в заключении больше времени, чем если бы он отбывал наказание (от шести месяцев до одного года), предусмотренное по закону за совершенное им правонарушение); дело *In re de Souza*, *op. cit.*, p. 333 и 334 (содержание под стражей в течение семи месяцев является незаконным). Однако см. также дело *In re Bernardo Groisman*, *op. cit.*, p. 345 и 347 (содержание под стражей могло превысить три дня); "В силу этого переговоры о приеме выслаемого лица могли затянуться, и 7-недельное содержание под стражей, которому подвергся Аронович, не могло быть признано чрезмерным. Недобросовестность в действиях министра доказана не была, и, следовательно, он не превышал своих полномочий". Дело *Aronowicz v. Minister of the Interior*, *op. cit.*, p. 258 и 259; дело *Re Janoczka*, Cour d'appel du Manitoba (Canada), 4 août 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931–1932, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 154, p. 291 и 292 (никакой ненадлежащей задержки на девять месяцев содержания под стражей, пока велись переговоры о допуске в другое государство, не было); "Судьи постановили, что в мирное время содержание под стражей на срок от одного до четырех месяцев было разумным. В военное время оправданным мог бы быть и более длительный срок". Дело *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, États-Unis d'Amérique, District Court, District of Massachusetts, 20 octobre 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941–1942, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 95, p. 317 (ссылки опущены).

⁶¹⁸ В предшествующих делах рассматривался вопрос о бессрочном содержании иностранцев под стражей в ожидании депортации, в частности следующее положение: "Право на арест и содержание под стражей или в тюрьме иностранца является не чем иным, как необходимой неотъемлемой частью права выдворять или депортировать. Ни у этого суда, ни у любого другого суда в этой стране нет права бессрочно содержать под стражей любого вменяемого гражданина или иностранца, кроме как в качестве наказания за преступление. Рабство было отменено тринадцатой поправкой к Конституции. Ясно, что судебное разбирательство по поводу депортации или выдворения не является наказанием за преступление". *Petition of Brooks*, United States District Court, District of Massachusetts, 28 avril 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927–1928, A. D. McNair et H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 232, p. 340; "Бессрочное лишение свободы, однако, не находит подтверждения в праве, поскольку оно противоречит принципам защиты свободы и требованиям правосудия, воплощенным в нашем законодательстве". Дело *In re de Souza*, *op. cit.*, p. 333 и 334; *in re Forster*, Tribunal fédéral suprême du Brésil, 28 janvier 1942 (ранее действовавшее законодательство, ограничивавшее срок содержания под стражей, было отменено, и теперь нет ограничения, кроме как по усмотрению Министерства юстиции).

⁶¹⁹ Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6, *op. cit.*

Конституционный суд Российской Федерации рассматривал в контексте высылки иностранца – лица без гражданства конституционность закона, который позволяет бессрочно содержать под стражей иностранца. Суд пришел к выводу:

"6. Согласно статье 22 (часть 2) Конституции Российской Федерации иностранные граждане и лица без гражданства, находящиеся на территории Российской Федерации, в случае принудительной депортации из Российской Федерации до судебного решения могут подвергнуться задержанию на срок, необходимый для их депортации, но не более чем на 48 часов. Данное лицо может оставаться под стражей сверх указанного срока лишь по судебному решению и только в том случае, если приказ о депортации не может быть осуществлен без такого содержания под стражей.

Таким образом, чтобы предоставить данному лицу защиту не только от произвольного продления срока содержания под стражей сверх 48 часов, но также от незаконного содержания под стражей как такового требуется судебное решение, поскольку суд в любом случае оценивает законность и обоснованность применения задержания к конкретному лицу. Из статьи 22 Конституции Российской Федерации во взаимосвязи со статьей 55 (части 2 и 3) следует, что содержание под стражей бессрочно не может рассматриваться как допустимое ограничение права каждого на свободу и личную неприкосновенность и, по сути, является отступлением от этого права. Поэтому оспариваемое заявителем положение Закона СССР "О правовом положении иностранных граждан в СССР", касающееся содержания под стражей в течение времени, необходимого для депортации, не должно рассматриваться как основание содержания под стражей бессрочно, даже если решение вопроса о депортации лица без гражданства может быть отложено из-за того, что ни одно государство не соглашается принять депортируемое лицо.

В противном случае содержание под стражей как необходимая мера для обеспечения выполнения решения о депортации превратилось бы в отдельную форму наказания, не предусмотренную в законодательстве Российской Федерации и противоречащую вышеупомянутым нормам Конституции Российской Федерации"⁶²⁰.

254. В связи с делом *Zadvydas c. Davis*⁶²¹, к Верховному суду Соединенных Штатов обратились с просьбой вынести решение о конституционности закона, разрешающего бессрочное содержание под стражей иностранца, проживающего в Соединенных Штатах Америки⁶²² в ожидании высылки⁶²³. Не признавая юридической недействительности этого закона, Суд отметил:

"Один из кардинальных принципов статутарного толкования состоит в том, что, если конституционность принятого Конгрессом закона вызывает серьезные сомнения, Суд

⁶²⁰ Суд также постановил, что этот закон, в той мере, в какой он разрешал содержание под стражей более 48 часов без постановления суда, является неконституционным. Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 6, *op. cit.*

⁶²¹ *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v. Christine G. Davis and Immigration and Naturalization Service v. Kim Ho ma*, U.S. Supreme Court, 28 juin 2001, nos 99-7791 et 00-38.

⁶²² Скорее иностранец, ходатайствующий о допуске в Соединенные Штаты Америки. См. *supra Clark v. Martinez, infra*. Суд выделил дело *Zadvidas* из других дел, в которых он явно разрешал бессрочное содержание под стражей на этом основании, таких как дело *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953) (касавшемся иностранца, въехавшего в Соединенные Штаты на законном основании, который затем покинул Соединенные Штаты, вернулся после поездки за границу, получил отказ в допуске и был оставлен на острове Эллис в бессрочном содержании под стражей, потому что правительство не могло найти другую страну, готовую его принять).

⁶²³ "Закон не устанавливает предела в отношении сроков содержания под стражей иностранцев, которые подпадают под одну из категорий, предусмотренных в статье 1231 а) 6), сверх периода, необходимого для исполнения постановления о высылке". Дело *Kestutis Zadvydas, op. cit.* p. 689.

прежде должен удостовериться, вполне ли возможно такое толкование этого закона, которое позволяет обойти данный вопрос"⁶²⁴.

Далее Суд указал, что:

"Закон, разрешающий бессрочное содержание под стражей иностранца, привел бы к возникновению серьезной конституционной проблемы. Клаузула о надлежащем процессе Пятой поправки к Конституции запрещает правительству "лишать кого бы то ни было свободы без надлежащей правовой процедуры". Право не подвергаться лишению свободы – задержанию, содержанию под стражей или любым другим формам физического ограничения свободы – является одним из основных условий свободы, которую защищает эта клаузула". См. *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71, 80 (1992). [...]

По мнению правительства, данный закон имеет две цели регулятивного характера:

"Обеспечение явки иностранцев на будущее судебное разбирательство по делам об иммиграции и предотвращение угрозы обществу". Записка по делу для ответчиков № 99-7791, стр. 24. Однако по определению первое обоснование – предотвращение бегства – неубедительно или не существует, если ссылка, в лучшем случае, выглядит отдаленной перспективой. Как заявил Суд в деле *Jackson v. Indiana* [406 U.S. 715 (1972)], если цель содержания под стражей практически более недостижима, содержание под стражей больше не несет обоснованной связи с целью, ставившейся при задержании данного иностранца. *Idem*, p. 739"⁶²⁵.

Соответственно Суд постановил:

"При ответе на этот основной вопрос [является ли совокупность конкретных обстоятельств, оправдывающих содержание под стражей менее или более периода времени, обоснованно необходимым для обеспечения процедуры выдворения, определяющей при установлении соответствия содержания под стражей авторитету закона] Суд, рассматривающий законность ареста, должен выяснить, превышает ли срок содержания под стражей, о котором идет речь, период времени, разумно необходимый для обеспечения меры по выдворению. Он должен оценивать степень обоснованности срока содержания под стражей, в первую очередь с точки зрения достижения главной цели закона, которая состоит в том, чтобы обеспечить присутствие иностранца в момент выдворения. Таким образом, если выдворение в обозримом будущем обоснованно не предвидится, Суд должен признать продолжающееся содержание под стражей необоснованным и соответственно уже не санкционированным законом. В этом случае освобождение иностранца из-под стражи, безусловно, может и должно быть обусловлено любой из различных форм освобождения с передачей под надзор, уместной в данных обстоятельствах, и при нарушении этих условий иностранец может, без сомнения, быть возвращен в места заключения. [...]

Мы осознаем, если признать это необходимым, то во многих ситуациях свобода, действий исполнительной власти потребует принятия трудных судебных решений.

Чтобы уменьшить число случаев, когда судом придется принимать их, мы считаем практически необходимым признать некоторую презумпцию обоснованного срока содержания под стражей [...]

⁶²⁴ Там же (цитируется из дела *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22,62 (1932); см. также *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U. S. 64, 78 (1994); *United States v. Jin Fuey Moy*, 241 U. S. 394, 401 (1916); cf. *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U. S. 224, 238 (1998) (толкование закона, которое позволит обойти признание закона недействительным, наилучшим образом отражает волю Конгресса).

⁶²⁵ Суд тем не менее ограничил сферу охвата своего решения высылкой легальных иностранцев-иммигрантов и особо отметил, что "не рассматривает ни терроризм, ни иные особые обстоятельства, при которых могут быть выдвинуты особые доводы в пользу форм превентивного содержания под стражей и повышенного уважения к решениям политических органов в отношении вопросов государственной безопасности". Дело *Kestutis Zadvydas*, *Ibid.* p. 690 и 696.

Хотя может быть выдвинут довод в пользу ограничения любого презюмируемого срока до 90 дней, мы сомневаемся, что Конгресс, сокращая в 1996 году срок удаления до 90 дней, верил, что в течение этого периода могли быть осуществлены все разумно предвидимые выдворения.

Однако у нас есть основания полагать, что Конгресс в прошлом ставил под сомнение конституционность содержания под стражей свыше шести месяцев.

(См. Juris. Statement of United States in *United States v. Witkovich*, O. T. 1956, no 295, p. 8 и 9). Поэтому, желая сохранить единообразие в отправлении правосудия федеральными судами, мы оставляем этот срок без изменения.

По истечении этого шестимесячного срока, если поведение иностранца дает все основания полагать, что не существует большой вероятности его выдворения в обоснованно обозримом будущем, правительство должно представить доказательства, достаточные, чтобы опровергнуть эти основания. А для того чтобы содержание под стражей по-прежнему считалось обоснованным, поскольку период предварительного, после передачи дела в другую инстанцию, заключения увеличивается, то, что считается "обоснованно обозримым будущим", напротив, придется сокращать. Разумеется, шестимесячный презюмируемый срок не означает, что по истечении шести месяцев каждый иностранец, который не был выдворен, должен быть освобожден. Напротив, иностранец может быть оставлен под стражей до тех пор, пока не будет установлено, что не существует большой вероятности его выдворения в обоснованно обозримом будущем"⁶²⁶.

255. Впоследствии в решении по делу *Clark v. Martinez*⁶²⁷ Верховный суд Соединенных Штатов Америки расширил рамки своего постановления, согласно которому иностранец может содержаться под стражей не дольше, чем это разумно необходимо для исполнения касающегося его распоряжения о высылке, чтобы осуществить процедуру выдворения в отношении не получивших допуска иностранцев. Соответственно Суд пришел к выводу, что:

"Так как правительство не сообщило причину, по которой срок, обоснованно необходимый для осуществления процедуры выдворения не получившего допуска иностранца, продолжается в течение более длительного периода, применяется презюмируемый шестимесячный срок содержания под стражей, который мы предписали в деле *Zadvydas* (см. 533 U.S., p. 699-701). Как Мартинес, так и Бенитес содержались под стражей значительно более шести месяцев после окончательного принятия приказов об их выдворении. Поскольку правительство не представило никаких документов, свидетельствующих о реальной возможности выдворения, хотя шесть месяцев истекли (фактически оно признает, что больше не ведет переговоры с Кубой об их репатриации), и поскольку Окружной суд в обоих случаях постановил, что удаление на Кубу не является обоснованно предвидимым, ходатайства об их освобождении должны быть удовлетворены"⁶²⁸.

256. Аналогичный вопрос был затронут Верховным судом Австралии в деле *Al-Kateb v. Godwin*⁶²⁹, в связи с которым Суд рассматривал вопрос о том, может ли административное содержание под стражей нелегальных иностранцев продолжаться бессрочно. Суд подтвердил конституционность оспариваемого закона, при этом судья Макхью отметил, что:

⁶²⁶ Ibid., p. 699-701.

⁶²⁷ Дело *Seattle, Immigration and Customs Enforcement, et al. v. Martinez*, U.S. Supreme Court, 12 janvier 2005, no 03-878.

⁶²⁸ Ibid., p. 15.

⁶²⁹ Дело *Al-Kateb v. Godwin*, High Court, 6 août 2004, 2004 HCA 37.

"Предназначение закона, требующего заключения иностранца под стражу, определяется целью такого содержания под стражей. Поскольку цель содержания под стражей – сделать возможной депортацию иностранца или предотвратить его въезд в Австралию либо Австралийский союз, такое содержание под стражей не носит карательного характера"⁶³⁰.

257. Некоторые члены Палаты лордов также отмечали решения, вынесенные Верховным судом Соединенных Штатов Америки по делу *Zadvydas v. Davis*⁶³¹, – Отделением Королевской скамьи Высокого суда в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии по делу *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*⁶³², а также Тайным советом Гонконга по делу *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*⁶³³, – в которых бессрочное содержание под стражей было признано незаконным. Они отметили, что бессрочное содержание под стражей уже было оспорено в судах в связи с делом *Lloyd v. Wallach*⁶³⁴, в котором Суд обратился к Акту о военных приготовлениях 1914 года (Cth) и делу *Ex parte Walsh*⁶³⁵, касающемуся Правил (всеобщих) о национальной безопасности 1939 года (Cth).

258. В связи с делом *Al-Kateb* также отмечалось, что, хотя закон является конституционным, вопрос о его соответствии международным обязательствам Австралии не рассматривался. Суд решительно отклонил заявление о том, что Конституцию надлежит толковать в соответствии с принципами международного публичного права, заявив, что нормы международного права, существовавшие на момент принятия Конституции, могут в ряде случаев пролить свет на смысл ее положений⁶³⁶.

259. В деле *A and others v. Secretary of State for the Home Department*⁶³⁷, вопрос состоял в том, чтобы разобраться, можно ли, в отступление от положений статьи 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, подвергать бессрочному задержанию любых иностранцев, в отношении которых имеется постановление о высылке, но выдворить которых оказалось невозможно.

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Дело *Kestutis Zadvydas, op. cit.*

⁶³² "Хотя предоставленное государственному секретарю в пункте 2 право содержать под стражей индивидов не подпадает под действие каких-либо прямых временных ограничений, я твердо убежден, что оно подлежит ограничениям. Прежде всего, оно может санкционировать задержание, только если в одном случае индивид содержится под стражей в ожидании принятия приказа о депортации и в другом случае в преддверии выдворения индивида. Во-вторых, поскольку это право предоставлено для того, чтобы сделать возможным осуществление процедуры депортации, я рассматриваю право на содержание под стражей как имплицитно ограниченное сроком, который обоснованно необходим для этой цели". Дело *Regina v. Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*, [1984] 1 WLR 704; [1984] 1 All ER 983.

⁶³³ Дело *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*, Privy Council of Hong Kong, [1997] AC 97.

⁶³⁴ Дело *Lloyd v. Wallach*, 20 CLR 299 (1915).

⁶³⁵ Дело *Ex parte Walsh*, [1942] ALR 359.

⁶³⁶ "Наконец, вопреки мнению судьи Кирби, суды не могут толковать Конституцию, ссылаясь на положения международного права, которые получили признание после принятия Конституции в 1900 году. Нормы международного права, действовавшие на то время, в некоторых случаях могли бы пролить свет на значение того или иного положения Конституции". Дело *Ex parte Walsh*, [1942] ALR 359. (Gleeson, C. J.).

⁶³⁷ Дело *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom House of Lords, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 décembre 2004.

260. Отмечалось, что в соответствии с предыдущим постановлением Палаты лордов по делу *R. v. Governor of Durham Prison ex parte Singh* лица, подлежащие высылке, могут содержаться под стражей только столько времени, сколько обоснованно необходимо для осуществления процедуры депортации⁶³⁸. Суд напомнил, вместе с тем, что в соответствии с постановлением Европейского суда по правам человека по делу *Chahal* некоторые лица, причастные к международному терроризму, не могут быть высланы из Соединенного Королевства. Соответственно было представлено официальное уведомление об отступлении в отношении статьи 5 Конвенции.

261. Палата лордов постановила, что положения оспариваемого закона, допускающие бессрочное содержание иностранцев под стражей без предъявления обвинения или без судебного разбирательства, являются незаконными, невзирая на представление оговорки об отступлении. Это положение было сочтено несоразмерным и дискриминационным, поскольку оно дифференцированно применялось в отношении неграждан и граждан, подозреваемых в причастности к терроризму. Лорд Бингхэм Корнхиллский отметил, что:

"В статье 15 предусматривается, что любые меры по отступлению не шли дальше того, что строго требует не терпящая отлагательства ситуация, и запрещение дискриминации на основании гражданства или иммиграционного статуса не подлежит отступлению. Статья 14 остается в силе полностью. Любая дискриминационная мера неизбежно затрагивает скорее узкую, нежели широкую группу лиц, но не может быть оправдана на том основании, что еще больше людей были бы затронуты неблагоприятным образом, если бы эта мера была применена ко всем. Обоснования требует не указанная мера, а дифференциация в обращении с одним лицом или группой лиц по сравнению с другими лицами. И ничем нельзя обосновать в данной ситуации решение содержать под стражей одну группу подозреваемых международных террористов, определяемых по национальности или иммиграционному статусу, а не другую"⁶³⁹.

4. Продолжительность периода содержания под стражей

262. Продолжительность периода содержания под стражей, безусловно, оказывает влияние на условия содержания под стражей. Продолжительность периода содержания под стражей – это время, прошедшее с даты задержания лица в целях его высылки до дня его освобождения или фактического выдворения из страны. Никаких международных конвенций, в которых бы точно устанавливалась допустимая продолжительность периода содержания под стражей в ожидании высылки, не существует. В международной судебной практике если и рекомендуется придерживаться обоснованного периода содержания под стражей, а в отдельных случаях даже отмечается, что продолжительность такого периода была чрезмерной, пределы периода содержания под стражей точно не указываются. Следует отметить, однако, что продолжительность периода содержания под стражей можно рассчитать только при условии, что процедура высылки носит регулярный характер. В деле *Hokic et Hrustic c. Italie*, Европейский суд по правам человека указал, что "продолжительность периода содержания под стражей в принципе считается обоснованной, если оно происходит во исполнение решения суда. Последующее обнаружение какого-либо нарушения со стороны судьи может, согласно нормам

⁶³⁸ Ibid., par. 8 (Lord Bingham de Cornhill). Лорд Бингхэм Корнхиллский отметил, что "бессрочное содержание под стражей без предъявления обвинения или без суда считается верхом зла во всех странах, признающих верховенство права. Оно лишает заключенного защиты, которую, как предполагается, должен ему обеспечить уголовный суд. Столь крайняя мера может быть оправдана только в абсолютно исключительных обстоятельствах".

⁶³⁹ Ibid., par. 68.

внутригосударственного права, никак не сказаться на обоснованности содержания соответствующего лица под стражей именно в этот период времени"⁶⁴⁰.

263. Национальное законодательство большинства стран ограничивает продолжительность периода содержания под стражей в ожидании высылки. Продолжительность этого периода различается в соответствующих государствах и этот период может быть продлен. Однако добиться соблюдения этих требований на практике достаточно сложно, поскольку, как отмечает один автор: "В ходе периода пребывания в месте содержания под стражей достигаются две цели. С одной стороны, это время, необходимое для установления личности задержанного иностранца и выдачи ему соответствующих документов (паспорта, пропуска...). С другой стороны, этот период используется для того, чтобы попытаться изменить линию поведения задержанного лица в отношении его высылки, для того чтобы, например, он сам способствовал правильной организации своей депортации, к примеру, сообщив сведения, касающиеся собственной личности (гражданское состояние, страны транзита...)"⁶⁴¹. Заключение иностранца под стражу в целях его высылки может по-разному оцениваться различными органами власти одного и того же государства. Согласно нормам национального законодательства задержание иностранца может быть произведено на основании административного решения или решения суда. Как правило, такие решения выносятся на основании норм прямого применения. Обычно право ограничить или продлить период содержания под стражей принадлежит органу власти, принявшему решение о задержании.

264. В Германии, в подпункте 3) пункта 4) статьи 57 Законов об иностранцах от 9 июля 1990 года и от 30 июня 1993 года предусматривается, что "[п]остановление о содержании под стражей по соображениям безопасности [Sicherheit] может быть вынесено на период в шесть месяцев". Данный закон предусматривает возможность однократного продления этого периода на двенадцать месяцев, если иностранец "чинит препятствия" своей депортации, так что общий срок содержания под стражей может достигать полутора лет. Решения о продлении данного периода должны быть приняты в соответствии с той же процедурой, что и первоначальные решения о заключении под стражу. На практике же, поскольку полицейские суды не специализируются в области права иностранцев⁶⁴², они, как правило, встают на позиции администрации и выносят решения о заключении под стражу сроком на три месяца, который в случае необходимости продлевается. Заключение в местах содержания под стражей регламентируется положениями статьи 57 Законов об иностранцах от 9 июля 1990 года и от 30 июня 1993 года.

265. В Бельгии, согласно Закону от 15 декабря 1980 года, период содержания под стражей в принципе ограничивается 5 месяцами с возможностью его продления до восьми месяцев, когда это оправдано соображениями, связанными с поддержанием общественного порядка или национальной безопасности. Кроме того, на практике период содержания под стражей в Бельгии не ограничивается никакими сроками, поскольку, если какое-либо лицо противится депортации, начинается новый период его содержания под стражей. Тем не менее задержание на срок в один год

⁶⁴⁰ ЕСПЧ, дело *Hokic et Hrustic c. Italie*, Постановление от 1 декабря 2009 года, пункт 22.

⁶⁴¹ F. P. Weber, "Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1)", *Cultures & Conflits*, 23, automne 1996, [в интернете] размещено в сети 15 марта 2006 года по адресу: <http://www.conflits.org/index350.html>. Ссылка использовалась 31 мая 2009 года.

⁶⁴² Рассмотрение споров с участием иностранного элемента на самом деле относится к компетенции административных судов.

представляется исключительным сроком⁶⁴³. Между тем данные о сроках содержания под стражей, представленные Министерством внутренних дел, дают лишь частичное представление о реальности. Причина этого кроется в методе расчета сроков содержания под стражей. Единственные данные, которые были сообщены Бюро по делам иностранцев, касаются средней продолжительности периода содержания под стражей по центрам содержания под стражей, а не среднего периода содержания под стражей на одного задержанного. Поэтому в этих данных не учитывается общая продолжительность периода, в действительности проведенного человеком в местах содержания под стражей, поскольку переводы задержанных из одного в другой такой центр в расчет не принимаются. А подобные переводы между центрами содержания под стражей практикуются довольно часто. Например, в отчете центра "127 bis" за 2006 год отмечается: "Из 2228 зарегистрированных лиц 126 поступили из других центров: за 2006 год 176 заключенных были переведены в другой изолятор"⁶⁴⁴. Задержанный, который до репатриации провел 2 месяца в центре "127", а затем 3 месяца в центре "127 bis" и 24 часа в центре "INAD" будет фигурировать в статистических данных трижды. Для администрации речь не будет идти о человеке, который провел в заключении более 5 месяцев. Напротив, с точки зрения статистики речь будет идти о трех лицах, чьи сроки содержания под стражей, отображаемые по каждому из центров, составляют соответственно 2 месяца, 3 месяца и 24 часа. Как это ни парадоксально, этот задержанный, который провел в местах лишения свободы 5 месяцев, даст администрации возможность значительно занижить статистические данные о продолжительности содержания под стражей⁶⁴⁵. По данным НПО, в Бельгии, несмотря на установленную законом максимальную продолжительность периода содержания под стражей в 5 месяцев, на самом деле оно иногда длится гораздо дольше. Отдельные лица таким образом уже провели в различных закрытых центрах более года непрерывно. Психологические последствия такого длительного содержания под стражей для людей разрушительны⁶⁴⁶.

266. В Дании общая продолжительность периода содержания под стражей не ограничивается. Решения о продлении этого периода принимаются в том же порядке, что и первоначальные решения о заключении под стражу. При этом должен соблюдаться принцип соразмерности: судья обязан убедиться в том, что формальности, необходимые для высылки, выполняются и что высылки можно ожидать в "обоснованный" срок.

267. В Испании период содержания под стражей, ограничиваемый до необходимого минимума, не может превышать 40 суток. В отношении решения о заключении под стражу можно в течение трех суток подать вынесшему его судье ходатайство о его изменении и, кроме того, обратиться с просьбой о его пересмотре в ревизионном порядке в вышестоящую судебную инстанцию. Такие апелляции не имеют приостанавливающего действия. По истечении 40 суток иностранцев, которых не удалось депортировать, например потому, что у них отсутствуют документы, или потому, что власти их стран отказываются сотрудничать, выпускают на свободу. Их нельзя повторно подвергнуть задержанию на том же основании, но вручаемое им

⁶⁴³ Cf. Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapport de la délégation de la commission LIBE sur la visite aux centres fermés pour demandeurs d'asile et immigrés de Belgique du 11 octobre 2007, Rapporteur: Giusto Catania, p. 3.

⁶⁴⁴ Ibid.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 5.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 7.

распоряжение о высылке прочно закрепляет их на положении маргиналов, потому что не позволяет им на законных основаниях найти жилье и работу.

268. В Италии Конституционный суд еще в 2001 году пришел к заключению, что содержание под стражей представляет собой лишение свободы, несовместимое с положениями статьи 13 Конституции, согласно которым "любое ограничение свободы личности недопустимо, если оно не является результатом мотивированного акта судебной власти и не имеет место исключительно в случаях и формах, предусмотренных законом". Вследствие этого решения о заключении под стражу в обязательном порядке подлежат утверждению судьей. Период содержания под стражей ограничен тридцатью сутками. По просьбе полиции судья может продлить его еще на тридцать суток. Такое решение о продлении срока задержания может являться предметом кассационного обжалования, не приостанавливающего исполнение ранее принятого решения. Апелляция должна быть подана в течение 60 суток.

269. В Швейцарии в статье 76 Закона об иностранцах в отношении заключения под стражу в ожидании удаления или депортации предусматривается, что:

"2. Период содержания под стражей на основании положений подпункта b пункта 1 главы 5 не может превышать 20 суток.

3. Период содержания под стражей на основании положений подпунктов a и b пункта 1, главы 1–4, не может превышать трех месяцев; если возникают особые препятствия, не позволяющие осуществить удаление или депортацию, период содержания под стражей, с согласия кантонального суда, может быть продлен еще на пятнадцать месяцев и не более чем на девять месяцев для несовершеннолетних в возрасте от 15 до 18 лет. Количество суток содержания под стражей на основании положений пункта 2 должно засчитываться в максимальный срок содержания под стражей".

270. Статья L.554-1 Свода законов о въезде иностранцев и их пребывании во Франции гласит, что "[и]ностранец может быть помещен под стражу или содержаться под стражей только на время, строго необходимое для обеспечения его депортации. Администрация должна прилагать все усилия в этом направлении". Поэтому было бы важно, чтобы административные органы публиковали данные о продолжительности периода содержания под стражей по каждому задержанному, а не только по центрам содержания под стражей, что технически представляется вполне возможным. Одновременное вмешательство административных и судебных органов в вопросы задержания лиц, ожидающих высылки, создает неразбериху и ведет к утрате контроля за продолжительностью периода содержания под стражей. Кроме того, возможность продления срока содержания под стражей неизбежно затрудняет расчет продолжительности периода содержания под стражей.

271. Для расчета продолжительности содержания под стражей международные суды, в данном случае Европейский суд по правам человека, учитывают период, прошедший с момента заключения иностранца под стражу в целях его высылки до дня его освобождения⁶⁴⁷. Рассчитать продолжительность периода содержания под стражей оказывается невозможно, когда процедура высылки не отвечает требованиям закона или когда какой-либо орган власти допускает злоупотребление своими полномочиями.

⁶⁴⁷ ЕСПЧ, дело *Hokic et Hrustic c. Italie*, Постановление от 1 декабря 2009 года, пункт 18.

272. В дополнение к судебной практике и доктрине, международные организации также согласны с необходимостью ограничения периода содержания под стражей в ожидании высылки сравнительно коротким сроком, чтобы не продлевать нахождение депортируемого в заключении. В пункте 13 своей Рекомендации 1547 (2002) "О процедурах депортации, соответствующих требованиям прав человека и выполняемых с соблюдением безопасности и достоинства", Парламентская ассамблея Совета Европы рекомендует, чтобы Комитет министров настоятельно призвал государства-члены:

"безотлагательно скорректировать свое законодательство и практику в отношении временного содержания под стражей в преддверии депортации, с тем чтобы:

a. ограничить временное содержание под стражей в местах содержания под стражей и транзита сроком в пятнадцать дней;

b. ограничить содержание под стражей в полицейских участках теми же строго необходимыми сроками, что действуют при аресте, и содержать иностранцев, ожидающих депортации, отдельно от лиц, допрашиваемых в связи с совершением уголовных преступлений".

273. Срок содержания под стражей должен соответствовать предусмотренному законом. Это подчеркивалось в решении Европейского суда по правам человека по делу *Shamsa*, касавшемуся двух ливийских граждан, которые незаконно находились на территории Польши и стали объектами решения о высылке за нарушение общественного порядка. Они были задержаны для последующей депортации, и после нескольких неудачных попыток депортировать их пограничная полиция содержала их под стражей в транзитной зоне варшавского аэропорта. Касательно произвольного характера лишения свободы в данном случае и, следовательно, его несовместимости с положениями пункта 1 статьи 5 Европейской конвенции по правам человека, Суд отметил, что общий принцип правовой обеспеченности должен быть соблюден и что "[поэтому] исключительно важно, чтобы условия лишения свободы на основании норм внутригосударственного права были четко определены и чтобы сам закон был предсказуемым в своем применении в такой мере, чтобы отвечать критерию "законности", установленному Конвенцией (...)"⁶⁴⁸. В этом случае заявителей содержали под стражей сверх периода, предусмотренного польским законодательством, в котором не уточняется, допустимо ли такое содержание под стражей. Поэтому Суд постановил, что национальное законодательство не удовлетворяет критерию "предсказуемости" по смыслу пункта 1 статьи 5 Конвенции и что, поскольку исполнение решения о высылке продолжалось в отсутствие каких-либо законных оснований⁶⁴⁹, по смыслу этой статьи, лишение свободы не было применено "законным путем".

274. В отношении продления периода содержания под стражей Европейский суд по правам человека пришел к заключению, что оно должно осуществляться по решению судебного органа или лица, уполномоченного выполнять судебные функции⁶⁵⁰. В пункте 59 решения по делу *Shamsa*, он вывел норму касательно целостности статьи 5, и в частности подпункта с) ее пункта 1⁶⁵¹, а также пункта 3⁶⁵².

⁶⁴⁸ ЕСПЧ, Постановление от 27 ноября 2003 года, дело *Shamsa c. Pologne*, пункт 49.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, par. 53. Еще один пример содержания под стражей без законного основания см. в CEDH, arrêt du 23 mai 2001, *Denizci e.a. c. Chypre*, recueil 2001-V (задержание уроженцев Кипра в целях их высылки из Республики Кипр в северную часть острова).

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ В подпункте с) пункта 1 статьи 5 сказано следующее: "[Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях (...)] и в порядке, установленном законом: законно[е] задержани[е] или

Суд также ссылается на содержащуюся в пункте 4 статьи 5 Конвенции "гарантию права неприкосновенности личности", чтобы "поддержать идею, что продление срока содержания под стражей сверх периода, первоначально предусмотренного в пункте 3, требует вмешательства "суда" в качестве гарантии от произвола"⁶⁵³. В своем предложении от 1 сентября 2005 года в отношении директивы о возвращении мигрантов Комиссия Европейских сообществ предусматривала в пункте 4 статьи 14, что "временное содержание под стражей [в целях высылки] может быть продлено судебными органами", а его срок не должен превышать шести месяцев⁶⁵⁴.

275. Статья 7 Американской конвенции о правах человека 1969 года запрещает произвольное задержание и заключение под стражу и в силу этого предусматривает соответствующие процессуальные гарантии⁶⁵⁵. Исходя из этого, Межамериканская комиссия по правам человека пришла к заключению, что не существует "никаких положений в рамках международного правопорядка, которые оправдывали бы длительное содержание под стражей на основании каких-либо чрезвычайных полномочий и которые позволяли бы содержать соответствующих лиц в тюрьме, не предъявляя им обвинений в предполагаемом нарушении законов о национальной безопасности или иных законов и не предоставляя им права воспользоваться надлежащими гарантиями справедливого и беспристрастного судебного разбирательства"⁶⁵⁶.

276. В свете проделанного выше анализа уместно предложить нижеследующий проект статьи, положения которого вытекают из различных международно-правовых документов, общепризнанной практики международных судов, в частности арбитражных, многочисленных и согласующихся друг с другом национальных

заключени[е] под стражу лица, произведено[е] с тем, чтобы оно предстало перед компетентным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения".

⁶⁵² Пункт 3 статьи 5 гласит: "Каждый задержанный или заключенный под стражу в соответствии с подпунктом с) пункта 1 настоящей статьи незамедлительно доставляется к судье или к иному должностному лицу, наделенному согласно закону судебной властью, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. Освобождение может быть обусловлено предоставлением гарантий явки в суд".

⁶⁵³ ЕСПЧ, Постановление от 27 ноября 2003 года, дело *Shamsa*, пункт 59.

⁶⁵⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1^{er} 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.

⁶⁵⁵ В соответствии с пунктом 1 статьи 7 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября 1969 года: "Каждый человек имеет право на личную свободу и неприкосновенность"; пункт 3: "Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или тюремному заключению"; пункт 4: "Каждому задержанному сообщаются причины его задержания и в срочном порядке сообщается предъявленное ему обвинение"; пункт 5: "Каждое задержанное лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение без ущерба для продолжения разбирательства. Его освобождение может ставиться в зависимость от представления гарантий явки на суд".

⁶⁵⁶ Межамериканская комиссия по правам человека, *Diez años de actividades – 1971-1981*, Organisation des États américains, Washington, 1982, p. 320, ссылка приводится МФПЧ, доклад № 429, октябрь 2005 года, "L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme: les clés de la compatibilité", <http://www.fidh.org/IMG/pdf/onu429f.pdf>. В следующем месяце в дополнение к указанному был издан второй доклад "Violations des droits de l'homme en Afrique sub-saharienne au motif de la lutte contre le terrorisme: une situation à hauts risques", доклад № 429-A, ноябрь 2005 года.

законодательных актов и судебной практики, а также находят полное подтверждение в правовой доктрине:

Проект статьи В. Обязательство уважать права человека иностранцев в процессе высылки или в период содержания под стражей в преддверии высылки.

1. Высылка иностранца должна осуществляться в соответствии с нормами международного права в области прав человека. Она должна осуществляться гуманно, без неоправданной жестокости и в духе уважения достоинства депортируемого лица.

- 2. а) Содержание иностранца под стражей в преддверии высылки должно происходить в надлежащем месте, отдельном от мест содержания лиц, приговоренных к наказанию, связанному с лишением свободы, и с соблюдением прав человека депортируемого лица.*
- б) Содержание под стражей депортируемого иностранца или иностранца, в отношении которого начата процедура высылки, не должно носить карательного характера.*
- 3. а) Период содержания под стражей не может быть бессрочным. Он должен быть ограничен временем, обоснованно необходимым для исполнения постановления о высылке. Любое чрезмерно длительное содержание под стражей запрещается.*
- б) Решение о продлении срока содержания под стражей может быть вынесено только судебным органом или лицом, уполномоченным осуществлять судебные функции.*
- 4. а) Решение о заключении под стражу должно периодически, в фиксированные сроки, пересматриваться на основе четких критериев, установленных законом.*
- б) Заключение под стражу прекращается, если постановление о высылке не может быть исполнено по причинам, не зависящим от депортируемого лица.*