



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
22 March 2012
Russian
Original: French

Комиссия международного права

Шестьдесят четвертая сессия

Женева, 7 мая — 1 июня

и 2 июля — 3 августа 2012 года

Восьмой доклад о высылке иностранцев

Подготовлен Специальным докладчиком
г-ном Морисом Камто

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Комментарии государств	2
III. Комментарии Европейского союза	11
IV. Заключительные замечания Специального докладчика	15
A. Конкретные комментарии по различным проектам статей	15
B. Конкретные комментарии по ряду методологических вопросов	16
C. Конкретные комментарии по поводу формы окончательного результата работы Комиссии международного права по этой теме	17



I. Введение

1. Представляя свой седьмой доклад¹ на шестьдесят третьей сессии Комиссии международного права, Специальный докладчик по высылке иностранцев указал, что это его последний доклад до представления всего комплекса проектов статей, разработанных по рассматриваемой теме, и в соответствии с его пожеланием до их принятия Комиссией.

2. Между тем в ходе обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят шестой сессии представители ряда государств, выступавших по этому вопросу, выразили озабоченность в отношении одних пунктов и сделали замечания и предложения в отношении других. В общем и целом они подтвердили уже известные позиции, высказав при этом вполне понятное разочарование по поводу того, что их замечания не были учтены Специальным докладчиком. Другие выступавшие также упрекнули его в недостаточном учете информации об их национальном законодательстве или же, как в случае Европейского союза, специфики права Сообщества в области выдворения иностранцев, не являющихся гражданами государств-членов.

3. По мнению Специального докладчика, большинство этих замечаний обусловлены разрывом между состоянием рассмотрения, достигнутым Комиссией международного права по теме высылки иностранцев, и информацией по этому вопросу, представленной Шестому комитету в рамках рассмотрения ежегодного доклада Комиссии международного права Генеральной Ассамблее о ее работе. В настоящем докладе предполагается устранить недопонимание, вызванное вышеназванным разрывом, ответить на замечания, безусловно, вызванные недостаточным разъяснением методологии, использованной при рассмотрении этой темы, и определить, в какой степени могли бы быть учтены некоторые предложения, которые еще не были включены после обсуждения в Комиссии.

4. С этой целью в настоящем докладе будут последовательно изучены комментарии государств (раздел II), затем комментарии Европейского союза (раздел III), после чего будут представлены заключительные замечания (раздел IV).

II. Комментарии государств

5. Представители ряда государств изложили свои мнения по вопросу о высылке иностранцев в ходе обсуждения доклада Комиссии международного права в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят шестой сессии. По существу эти комментарии касались проектов статей, предложенных Специальным докладчиком в добавлении 2 к его шестому докладу². В то же время некоторые выступления касались постоянно обсуждаемых вопросов о целесообразности работы над этой темой, используемой Специальным докладчиком методологии и судьбы результатов работы Комиссии по этой теме.

6. Для согласованности представления сначала будут рассмотрены конкретные комментарии по проектам статей, а затем даны ответы на комментарии общего характера в части, посвященной заключительным замечаниям Специального докладчика.

¹ A/CN.4/642.

² A/CN.4/625/Add.2.

7. В отношении включения правила о недопущении принудительного возвращения в различные положения проектов статей Соединенные Штаты Америки уже заявили о своей «озабоченности» тем, что Специальный докладчик включил ее во «многие положения», в частности в проекты статей 14 и 15³. В связи с этой озабоченностью, которая выражалась неоднократно, Специальный докладчик дал ответ в документе, представленном в качестве дополнения к его пятому докладу⁴, в сноске 8 к проекту статьи 14 и в сноске 9 к проекту статьи 15. С учетом современного состояния международного права прав человека он не видит каких-либо новых элементов, которые можно было бы добавить к этим разъяснениям.

8. По вопросу о возвращении высылаемого иностранца в государство назначения (проект статьи D1) Малайзия заявила, что «кодификация обязанности или степени обязательства, возлагаемого на государства, по поощрению добровольного отъезда высылаемого иностранца представляется излишней, поскольку соответствующее решение о высылке будет иметь юридическую силу», и вследствие этого иностранец будет обязан его выполнять⁵. Здесь, безусловно, возникло недопонимание, поскольку поощрение добровольного исполнения заключается не в том, чтобы предоставить иностранцу выбор исполнять решение или нет, а в том, чтобы позволить ему, так сказать, спокойно организовать свой отъезд, который в противном случае будет принудительно осуществлен компетентными властями высылающего государства. В то же время другие государства⁶, признавая обоснованность идеи добровольного возвращения, отметили, что термин «поощрять», содержащийся в пункте 1 проекта статьи D1, является нечетким и может создать трудности при осуществлении в отсутствие четких указаний относительно того, какие должны использоваться средства для поощрения. В этой связи некоторые государства, в частности Венгрия, Португалия и Греция, предложили найти формулировку, устанавливающую, что высылающее государство «способствует» или «содействует» или должно «стимулировать» добровольное исполнение решения о высылке, а не «поощрять»⁷. К такому же выводу пришла и Комиссия международного права по завершении обсуждения пункта 1 проекта статьи D1. Кроме того, Таиланд предложил исключить в пункте 2 проекта этой статьи конкретную ссылку на нормы, касающиеся воздушного транспорта, поскольку иностранец может быть также выслан с использованием морского или наземного транспорта⁸. Такое замечание в Комиссии уже прозвучало⁹, и оно было должным образом учтено.

³ См. выступление Соединенных Штатов Америки в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на шестьдесят четвертой сессии (A/C.6/64/SR.21, пункт 97).

⁴ A/CN.4/617.

⁵ A/C.6/66/SR.24, пункт 103.

⁶ В частности, Греция, Российская Федерация, Венгрия и Португалия; там же, пункты 17, 33, 56 и 62.

⁷ См. Греция (там же, пункт 17), Венгрия (там же, пункт 56) и Португалия (там же, пункт 62). Малайзия также считает формулировку пункта 1 проекта статьи D1 «широкой» (там же, пункт 103) и указывает, что ее практика заключается в предоставлении «разумного срока» для исполнения решения о высылке (там же, пункт 104).

⁸ Там же, пункт 84.

⁹ A/66/10, пункт 236.

9. Что касается государства назначения высылаемого иностранца (проект статьи E1), то Малайзия, продемонстрировав явное многословие, заявила, что нынешняя формулировка пункта 2 для нее «неприемлема», поскольку в соответствии с ее законодательством, когда государство гражданства высылаемого иностранца не может быть определено, он может быть выслан только в государство погрузки или в страну рождения либо гражданства *[sic]*¹⁰. Здесь налицо лишь вариация содержащегося в пункте 2 перечня, но нет ничего, что, по мнению Специального докладчика, было бы «неприемлемым». Было также предложено проработать вопрос о том, что произойдет в случае, если ни одно государство не примет иностранца¹¹. По мнению Специального докладчика, принятие решения в этом случае следует оставить на усмотрение высылającego государства; на сегодняшний день в международном праве нет нормы, обязывающей такое государство оставлять соответствующего иностранца на своей территории, а выслать оно его может лишь на условиях, определенных в настоящих проектах статей и других нормах международного права. К тому же несколько слов по этому вопросу можно сказать в комментариях. Кроме того, то же самое необходимо сделать в отношении соглашений о реадмиссии, поскольку эти соглашения относятся к широкой области международного сотрудничества, в которой государства действуют как суверены, руководствуясь различными соображениями, которые нет никакой возможности уместить в нормативные стандарты посредством кодификации. Что касается вопроса о том, какая разница между государством, которое не согласилось принять высылаемого иностранца на своей территории, и государством, которое отказывается его принять¹², то он также поднимался в Комиссии международного права¹³ и, безусловно, будет разрешен посредством выбора одного из двух терминов.

10. Что касается защиты прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита (проект статьи F1), то большинство государств, выступавших по этому вопросу, либо говорили о двусторонних соглашениях, которые они заключают с государством транзита, либо, как некоторые, ссылались на свое национальное законодательство в дополнение к двусторонним соглашениям о сотрудничестве с государством транзита¹⁴. По мнению Специального докладчика, ни эти двусторонние соглашения, ни внутреннее право не могут противоречить в этой связи нормам международного права прав человека, которыми в равной степени может пользоваться подлежащий высылке иностранец. Однако, как справедливо было отмечено некоторыми членами Комиссии международного права в ходе обсуждения проекта статьи F1¹⁵ и как уже также отмечала Малайзия в Шестом комитете, государство транзита «обязано лишь соблюдать и применять свое собственное внутреннее законодательство и другие международные нормы, регулирующие права человека иностранцев и предусмотренные в документах, участником которых является государство транзита»¹⁶. Специальный докладчик поддерживает такой подход, считая, однако,

¹⁰ A/C.6/66/SR.24, пункт 105.

¹¹ См. Португалия (там же, пункт 63) и Таиланд (там же, пункт 85).

¹² Там же, пункт 63.

¹³ A/66/10, пункт 242.

¹⁴ Комментарии и информация, полученные от правительств в 2010 году, A/CN.4/628. См., в частности, Беларусь, Соединенные Штаты Америки, Чешская Республика и Швеция.

¹⁵ A/66/10, пункт 243.

¹⁶ A/C.6/66/SR.24, пункт 106.

уместным охватить сферой действия обязательств государства транзита весь комплекс норм международного права в области прав человека, которые на него распространяются, а не только нормы, под которыми оно подписалось. Специальный докладчик считает, что проект статьи F1 может быть соответствующим образом переработан.

11. Что касается защиты имущества высылаемого иностранца (проект статьи G1), то Греция полагает, что «разработка конкретного или привилегированного режима, регулирующего имущество высылаемых иностранцев, является излишней в том смысле, что такое имущество подлежит защите в соответствии с общими нормами международного права, применимыми международными договорами и национальным законодательством»¹⁷. Если бы такой аргумент имел вес (что в данном случае не так), то он был бы применим не только ко всем проектам статей о высылке иностранцев, но и к большинству или даже ко всем темам, которыми занимается Комиссия международного права. Потому что, по общему правилу, для целей кодификации и прогрессивного развития Комиссия использует правовые материалы, источником которых являются общие нормы международного права, применимые договоры и практика государств. В данном случае обязательство обеспечивать защиту имущества высылаемого иностранца несомненно вытекает из общих норм в том виде, в каком они изложены в представленной судебной практике, которая дает возможность сформулировать, уточнить и конкретно применить его к высылке иностранцев. Решение Международного Суда, вынесенное в 2010 году по существу дела *Диалло*¹⁸, подтверждает эту мысль. Между тем в комментарии к этому проекту статьи следовало бы сделать несколько уточнений относительно сферы применения этого правила, указав, в частности, то, что оно не затрагивает права любого государства на экспроприацию или на национализацию, но и то, что конфискация может быть компенсирована посредством выплаты возмещения, когда невозможна реституция.

12. В любом случае в отличие от Греции Российская Федерация полагает, что правило, содержащееся в пункте 1 проекта статьи G1, «является хорошо обоснованным принципом, который заслуживает поддержки»¹⁹. Таиланд заявил, что для преодоления трудности, связанной с объективной оценкой намерения высылающего государства, в пункт 1 следует добавить термин «незаконная», после чего он будет гласить: «Высылка иностранца исключительно с целью незаконной конфискации его или ее имущества запрещается»²⁰. Специальный докладчик не возражает против этого предложения.

¹⁷ Там же, пункт 20.

¹⁸ *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, 30 novembre 2010.

¹⁹ A/C.6/66/SR.24, пункт 34.

²⁰ Там же, пункт 86.

13. В отношении пункта 2 проекта статьи G1 государства²¹ предложили исключить выражение «по мере возможности», которое стоит в квадратных скобках. Аналогичное мнение уже выразили и члены Комиссии международного права²².

14. В отношении права на возвращение в высылающее государство (проект статьи H1) Специальный докладчик в добавлении 2 к своему шестому докладу продемонстрировал, что некоторые государства, в частности Германия, Беларусь, Малайзия, Мальта и Нидерланды, признают право на возвращение в высылающее государство иностранца, который был выслан незаконно. Между тем законодательство этих стран по данному вопросу не совпадает: одни страны в своих законах устанавливают ограничения в отношении права на возвращение; другие обуславливают его предварительным наличием вида на жительство, который должен быть аннулирован решением о высылке, третьи еще обуславливают его отменой решения о высылке по причине особо серьезных или явных ошибок²³. В комментариях и информации, полученных от правительств в 2010 году, Соединенные Штаты Америки отреагировали на этот вопрос весьма осторожно, создав впечатление, что в их законодательстве речь идет о возможности, которая зависит от компетентных иммиграционных органов, а не о праве, которое автоматически возникает при отмене незаконного решения о высылке²⁴. В том же смысле, но более лаконично выразилась Мальта, указав, что высылаемый может потребовать реадмиссии у старшего сотрудника по вопросам иммиграции²⁵.

15. В ходе обсуждения в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят шестой сессии в ноябре 2011 года Малайзия подтвердила свою позицию аналогичного характера, согласно которой «высланному гражданину должно быть позволено вернуться в высылающее государство при условии соблюдения его иммиграционных законов»²⁶. Греция сочла положения проекта статьи H1 «чересчур широкими». Она заявила, что «в этом проекте статьи не проводится никакого различия на основании того, законно или незаконно присутствует высылаемый иностранец в высылающем государстве, при том что аннулирование решения о высылке не может предоставить право на въезд или проживание в государстве иностранцу, который до осуществления решения находился в этом государстве незаконно. Кроме того, потенциальное право на возвращение в высылающее государство может быть предусмотрено только в тех случаях, когда решение о высылке отменено, поскольку оно противоречит материальной норме международного права»²⁷. В аналогичном смысле следует понимать и вышеприведенное заявление Малайзии.

²¹ См., в частности, Россия (там же, пункт 34) и Таиланд (там же, пункт 86).

²² A/66/10, пункт 246.

²³ A/CN.4/625/Add.2, пункты 153–157.

²⁴ A/CN.4/628, раздел II.B.3, Соединенные Штаты Америки, первый пункт.

²⁵ См. A/CN.4/628, раздел II.B.3, Мальта, второй пункт.

²⁶ A/C.6/66/SR.24, пункт 108.

²⁷ Там же, пункт 21.

16. Аргумент, согласно которому право на возвращение в высылающее государство может быть предусмотрено лишь в случае отмены решения о высылке за нарушение материальной нормы международного права, поддерживают и другие государства, в частности Российская Федерация²⁸ и Венгрия²⁹.

17. Кроме того, следует отметить, что некоторые государства³⁰ предпочитают употреблять выражение «право на реадмиссию», а не выражение «право на возвращение», которое можно спутать с правом лиц, перемещенных внутри государства или между государствами, на возвращение в свою собственную страну.

18. Специальный докладчик согласен с предшествующими предложениями. Более того, он предлагает, чтобы отныне речь шла о «реадмиссии иностранца в случае незаконной высылки» во избежание всяких коллизий насчет того, идет ли речь во всех случаях о праве или сохраняет ли высылающее государство свое полномочие разрешать въезд или отказывать во въезде иностранцу на свою территорию. Что касается другого предложения относительно проведения разграничения между иностранцами, законно находящимися на территории государства до принятия решения о высылке, и иностранцами, которые находятся на ней незаконно, то Специальный докладчик предлагает сделать реадмиссию иностранца, который был выслан незаконно, но который законно находился на территории высылающего государства, правом и чтобы реадмиссия осуществлялась на основе решения об отмене решения о незаконной высылке, причем компетентные власти высылающего государства обязаны в этом случае выполнить необходимые формальности. Что касается иностранца, который был выслан незаконно, но который незаконно находился на территории высылающего государства, то его реадмиссия подчинена действующей процедуре въезда и пребывания в высылающем государстве. Как в одном случае, так и в другом в реадмиссии может быть отказано по соображениям публичного порядка и государственной безопасности.

19. Наконец, некоторые государства подвергли критике выражение «неверные мотивы», содержащееся в пункте 2 этого проекта статьи, как не относящееся к юридической терминологии³¹. Такая критика уже звучала в Комиссии международного права³² и тогда же было предложено понятие «ошибочный мотив».

20. Что касается ответственности в случае незаконной высылки (проект статьи II) и дипломатической защиты (проект статьи J1), то мнения государств, выступавших по этому вопросу, в основном совпали. Венгрия не сделала никаких замечаний по проекту статьи II; в то же время она полагает, что следует подумать об исключении проекта статьи J1 о дипломатической защите, потому что «дело не только в том, что в этом проекте статьи рассматривается спорный вопрос, но и в том, что он недостаточно тесно связан с предметом регулирования проектов статей»³³. По мнению Португалии, рассматриваемые в этих двух проектах статей II и J1 вопросы «должны решаться с осторожностью, принимая во внимание, что государства обладают внутренними механизмами, дос-

²⁸ Там же, пункт 35.

²⁹ Там же, пункт 57.

³⁰ См. в этом смысле Таиланд (там же, пункт 87).

³¹ См. Чили (там же, пункт 6) и Венгрия (там же, пункт 57).

³² A/66/10, пункт 248.

³³ A/C.6/66/SR.24, пункт 57.

тупными для высылаемых иностранцев, которые позволяют им подать апелляцию в отношении ошибочного или незаконного решения о высылке или привлечь высылающие государства к ответственности за такое решение...»³⁴. А правительство Греции заявило, что «придает огромное значение эффективным средствам правовой защиты в случае принятия решений о высылке»³⁵.

21. По поводу наличия связи между высылкой иностранцев и вопросом об ответственности высылающего государства в случае незаконной высылки, с одной стороны, и дипломатической защитой — с другой, следует вкратце напомнить (этот вопрос рассматривался в седьмом докладе)³⁶, что вынесенное в 2010 году Международным Судом решение по делу *Диалло*³⁷ венчает обширную арбитражную практику еще XIX века, которая явно свидетельствует о том, что эти два вопроса всегда составляли сердцевину международно-правового регулирования высылки иностранцев. Небезынтересно отметить, что, согласно заявлению делегации Чили, она «поддерживает включение как проекта статьи II (Ответственность государств в случае незаконной высылки), так и проекта статьи J1 (Дипломатическая защита), которая касается осуществления дипломатической защиты государством гражданства высланного иностранца, в частности с целью предоставления гарантии защиты прав человека в случае незаконной высылки»³⁸. Что касается настоятельных заявлений некоторых государств относительно существования внутренних механизмов, доступных иностранцам в случае незаконной высылки, то само собой разумеется, что осуществление дипломатической защиты подчинено требованию об исчерпании внутренних средств защиты. Поскольку как режим ответственности за международно-противоправное деяние, так и режим дипломатической защиты в международном праве достаточно четко определены, Специальному докладчику не представляется уместным уделять им особое внимание.

22. Как специальный докладчик уже отмечал в своем седьмом докладе³⁹, оба проекта статей, соответственно об ответственности государств в случае незаконной высылки и о дипломатической защите в силу того, что было сказано выше, с полным основанием занимают свое место в проектах статей о высылке иностранцев.

23. Что касается высылки в связи с экстрадицией (пересмотренный вариант проекта статьи 8⁴⁰), то этот проект получил недвусмысленную поддержку Российской Федерации, поскольку он «воплощает новый подход, который заслуживает поддержки и согласно которому наличие просьбы об экстрадиции само по себе не является обстоятельством, препятствующим высылке»⁴¹. Правда, следует констатировать, что речь идет об одном из редких случаев столь безусловной поддержки этого проекта статьи. Правительство Чили выразило «особенную обеспокоенность по поводу связи между двумя схожими, но разными понятиями — высылка и экстрадиция, — каждое из которых имеет свою собст-

³⁴ Там же, пункт 64. Малайзия также заявила о том, что «следует применить более осторожный подход» (там же, пункт 109).

³⁵ Там же, пункт 23.

³⁶ A/CN.4/646, пункты 20–42.

³⁷ См. сноску 18 выше.

³⁸ A/C.6/66/SR.24, пункт 7.

³⁹ A/CN.4/642, пункт 42.

⁴⁰ A/66/10, пункт 224, сноска 540.

⁴¹ A/C.6/66/SR.24, пункт 36.

венную правовую базу». Тем не менее оно предлагает изучить этот вопрос, с тем чтобы «согласовать понятие высылки с понятием экстрадиции»⁴². По мнению Малайзии, «решение о депортации или экстрадиции должно оставаться исключительной прерогативой суверенного государства. Поэтому формулировка проекта статьи должна быть пересмотрена с целью проведения четкого разграничения между замаскированной экстрадицией и подлинной депортацией»⁴³.

24. В то же время Соединенные Штаты Америки⁴⁴ всегда выступали против включения такого проекта статьи в проект статей о высылке иностранцев независимо от предложенной формулировки. Кроме того, Португалия заявила о своей неуверенности в том, что пересмотренный проект статьи 8 «правильно включен в проекты статей»⁴⁵. В том же духе по этому вопросу выступил Таиланд⁴⁶. В свою очередь Канада заявила безо всяких экивоков, что «проект данной статьи должен быть исключен по причине его преждевременности», поскольку, как она считает, существующая практика недостаточна «для того, чтобы сделать вывод, на котором основан пересмотренный проект статьи 8»⁴⁷.

25. Что касается расхождения во мнениях по этому вопросу и явной тенденции к тому, чтобы исключить нынешнюю формулировку пересмотренного проекта статьи 8 проекта статей о высылке иностранцев, то Специальный докладчик считает полезным предложение Таиланда⁴⁸ о том, чтобы заменить этот проект статьи положением «без ущерба», касающимся международно-правовых обязательств относительно выдачи между соответствующими государствами.

26. На вопрос о приостанавливающем действии апелляции на решение о высылке отреагировали лишь немногие государства. В своем ответе на вопрос, поставленный государствам на эту тему, Швеция в 2010 году сообщила, что «постановление о высылке не может быть исполнено до тех пор, пока оно не стало окончательным»⁴⁹. Выступая в ходе обсуждения в Шестом комитете доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии, Канада заявила, что «практика государств пока еще не дает оснований для формулирования положения о приостанавливающем действии апелляции в отношении решения о высылке»⁵⁰. В своем письменном ответе на вопросы Комиссии международного права в главе III ее доклада о работе ее шестьдесят

⁴² Там же, пункт 7.

⁴³ Там же, пункт 111.

⁴⁴ См., в частности, позицию Соединенных Штатов Америки, отраженную в A/C.6/60/SR.12, пункт 22; A/C.6/62/SR.20, пункт 19; A/C.6/63/SR.21, пункт 9; A/C.6/64/SR.21, пункт 97; A/C.6/65/SR.25, пункт 8, и A/C.6/66/SR.21, пункт 67. См. также на эту тему позиции, изложенные на предыдущих сессиях Шестого комитета Китая (A/C.6/65/SR.22, пункт 56), Францией (A/C.6/65/SR.23, пункт 77), Грецией A/C.6/62/SR.21, пункт 49), Индонезией (A/C.6/60/SR.20, пункт 7), Нидерландами A/C.6/62/SR.20, пункт 27), Шри-Ланкой (A/C.6/65/SR.26, пункт 35), Португалией (A/C.6/65/SR.23, пункт 3) и Испанией (A/C.6/65/SR.24, пункт 84).

⁴⁵ A/C.6/66/SR.24, пункт 65.

⁴⁶ Там же, пункт 88.

⁴⁷ Там же, пункт 77.

⁴⁸ Там же, пункт 88.

⁴⁹ A/CN.4/628, раздел II.B.

⁵⁰ A/C.6/66/SR.24, пункт 76.

третьей сессии (2011 год)⁵¹, направленном в секретариат Комиссии международного права в феврале 2012 года, Германия дала подробный анализ состояния права в этой области. По ее мнению, статья 80(1) административно-процессуального кодекса предусматривает, что по общему правилу обжалование и «просьбы об отмене» имеют приостанавливающее действие. Однако в пункте 2 этой статьи и различных положениях закона о пребывании иностранцев предусмотрены исключения к этому правилу.

27. Так, согласно статье 84(1) закона о пребывании меры в связи с отказом в виде на жительство (выдача или продление) не имеют приостанавливающего действия. В статье 52(1) (подпункт 4 пункта 1) закона о пребывании вместе со статьей 75(2) закона о процедуре предоставления убежища говорится, что отмена вида на жительство иностранца не имеет приостанавливающего действия. В статье 80(2) (подпункт 4 пункта 1) административно-процессуального кодекса также говорится, что в случаях, когда орган, который самостоятельно принял административное решение, распоряжается о его немедленном исполнении в интересах общества, приостанавливающее действие отсутствует.

28. Даже в случаях, когда приостанавливающее действие имеет место, закон о пребывании предусматривает, что конкретные последствия высылки или административного решения, прекращающего законность пребывания, не должны затрагиваться возражением или юридическим действием (статья 84(2)). Согласно административно-процессуальному кодексу компетентный административный орган все же может наделить приостанавливающим действием административное решение в случаях, когда такое приостанавливающее действие не может наступать в силу статьи 80(2).

29. На вопрос о том, зависит ли приостанавливающее действие от законности или незаконности пребывания иностранца, Германия ответила отрицательно. Решение о высылке делает незаконным пребывание указанного в нем иностранца и заставляет его покинуть территорию Германии.

30. На вопрос о том, считает ли государство, где существует приостанавливающее действие, что такое действие является требованием международного права, Германия ответила, что в этой области она главным образом следует своему собственному конституционному праву.

31. В свете такой практики Германии можно оценить крайнюю сложность этого вопроса. Не только не существует достаточного сходства в практике государств, как это отметил Специальный докладчик в добавлении 2 к своему шестому докладу⁵², а затем Канада в своем выступлении, о котором говорилось выше, но и вообще было бы опасно предлагать общее правило по вопросу, на который законодательство различных стран дает самые разнообразные ответы в зависимости от конкретного случая. Поэтому Специальный докладчик испытывает сомнения относительно наличия достаточных правооснований для предложения проекта статьи на эту тему.

⁵¹ A/66/10, пункты 40–42.

⁵² A/CN.4/625/Add.2, пункты 51–55.

III. Комментарии Европейского союза

32. Амстердамский договор закрепляет передачу государствами-членами Европейской комиссии важной области — «правового регулирования статуса иностранцев». Такая передача произошла в 1999 году и привела к появлению в Договоре о Европейском сообществе отдельного раздела — раздела IV, касающегося вопросов виз, убежища, иммиграции и других аспектов свободы передвижения лиц. Европейское сообщество предприняло различные инициативы в целях установления общей политики в вопросах возвращения и реадмиссии (неевропейских) граждан и приняло различные директивы в этой области⁵³ или международные соглашения, которые были заключены в связи с разделом IV Амстердамского договора. Этот раздел IV Амстердамского договора был заменен разделом V Лиссабонского договора, после вступления в силу которого 1 декабря 2009 года Европейское сообщество стало Европейским союзом. Этот раздел V Лиссабонского договора касается «области свободы, безопасности и справедливости»⁵⁴.

33. Под термином «иностранцы» в контексте работы Комиссии международного права по теме «Высылка иностранцев» в праве Европейского союза понимаются «граждане третьих стран», которые в статье 2(а) Директивы 2001/40/CE Совета европейских сообществ о взаимном признании решений о выдворении граждан третьих государств от 28 мая 2001 года⁵⁵ определяются как «лица, которые не имеют гражданства одного из государств-членов». В отношении «высылки» в законодательстве Европейского союза употребляется целый ряд терминов для ее обозначения, в частности «завершение пребывания», «выдворение» или «возвращение».

34. В Директиве о возвращении от 16 декабря 2008 года⁵⁶, где закреплены общие нормы и процедуры, применимые к государствам-членам в вопросе репатриации граждан третьих государств, незаконно находящихся на их территории, употребляется та же терминология, однако говорится также о «доброволь-

⁵³ См., в частности, Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *Journal Officiel des Communautés européennes*, L 149/34, 02.06.2001 ; Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 348/39, 24.12.2008 ; Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 16/44, 23.1.2004 ; Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 251/12, 3.10.2003.

⁵⁴ Пояснения, содержащиеся в письме Генерального директора Юридической службы Европейской комиссии от 22 февраля 2010 года в адрес Секретариата Организации Объединенных Наций в ответ на просьбу представить конкретные комментарии по теме «Высылка иностранцев», отраженной в пункте 29 главы III доклада Комиссии международного права о работе ее шестьдесят первой сессии (2009 год) (A/64/10).

⁵⁵ *Journal Officiel des Communautés Européennes*, L 149/34, 2-6-2001.

⁵⁶ Директива 2008/115/CE Европейского парламента и Совета об общих нормах и процедурах, применимых в государствах-членах в вопросе возвращения незаконно пребывающих в них граждан третьих стран, *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 348/98, 24.12.2008, Article 3(2). Члены Европейского союза, участвующие в Шенгенском соглашении, должны были до 24 декабря 2010 года инкорпорировать эту директиву в свое национальное законодательство.

ном возвращении». В этой директиве термин «возвращение» определяется как процесс, в рамках которого гражданин третьего государства возвращается добровольно в силу решения о высылке или принудительно: а) в страну происхождения; б) в страну транзита, с которой Сообщество имеет соглашение или на основе двустороннего соглашения о реадмиссии или в силу любых других договоренностей; или с) в другое третье государство, в которое гражданин третьего государства, в отношении которого принято решение о высылке, решает вернуться, и которое его принимает.

35. Эти положения вписываются в рамки анализа, который Специальный докладчик посвятил отношениям между высылающим государством и государствами транзита и назначения в добавлении 2 к своему шестому докладу⁵⁷ и результатом которого стала разработка проекта статьи E1, озаглавленного «Государство назначения высылаемого иностранца»⁵⁸ и проекта статьи F1, озаглавленного «Защита прав человека подлежащего высылке иностранца в государстве транзита»⁵⁹. Относительно соглашений о реадмиссии, разумеется, речь конкретно не заходила. Специальный докладчик указал на существование таких соглашений, однако решил, что в этой области не требуется кодификация и даже прогрессивное развитие, постольку поскольку речь идет о вопросе международного сотрудничества, в котором государства могут по своему усмотрению заключать любые соглашения, которые они считают необходимыми в этой области.

36. По конкретным вопросам, по которым государствам было предложено сообщить о своей практике в данной области, Европейский союз представил пояснения, изложенные в следующих пунктах.

37. Что касается мотивов высылки в национальном законодательстве, то в соответствии с принципами права Европейского союза власти государств-членов должны индивидуально подходить к высылке, в том числе к высылке по соображениям публичного порядка и государственной безопасности. При таком подходе должны учитываться опасность, которую такое лицо представляет, тяжесть и вид совершенного правонарушения, срок проживания в государствах-членах, возраст соответствующего лица, последствия высылки для него и его семьи, связь со страной проживания и/или отсутствие связи со страной происхождения. Вследствие этого перечня реальных мотивов для высылки по соображениям публичного порядка и государственной безопасности не существует⁶⁰.

38. По поводу условий и продолжительности «заключения под стражу для целей выдворения» в Директиве относительно возвращения 2008 года по этому вопросу содержатся подробные положения, закрепляющие минимальные нормы в отношении продолжительности заключения под стражу (статья 15), общих условий содержания под стражей (статья 16) и особые положения относительно содержания под стражей несовершеннолетних (статья 17).

⁵⁷ A/CN.4/625/Add.2, пункты 60–118.

⁵⁸ Там же, пункт 116.

⁵⁹ Там же, пункт 118.

⁶⁰ См. сноску 54 выше относительно письма Генерального директора Юридической службы Европейской комиссии.

39. Что касается содержания под стражей, то в статье 15 говорится, что иностранец, «в отношении которого осуществляется процедура возвращения», не может содержаться под стражей, за исключением случаев, когда: а) «существует опасность побега»; или б) иностранец «уклоняется от подготовки возвращения или процедуры выдворения или препятствует ей». В любом случае «содержание под стражей должно быть максимально коротким и длиться лишь столько времени, сколько требуется для осуществления механизма выдворения, и производиться со всей необходимой предосторожностью».

40. Что касается «условий содержания под стражей», то в статье 16 говорится, что «содержание под стражей по общему правилу осуществляется в специализированных центрах». Если содержание под стражей осуществляется в пенитенциарном учреждении, то иностранец должен быть отделен от заключенных, совершивших общеуголовные преступления. Ему разрешается на основании просьбы вступать в контакт «в свое время» со своим юридическим представителем, членами семьи и компетентными консульскими учреждениями. В пункте 3 этой статьи закреплено обязательство уделять «особое внимание» положению уязвимых лиц и обеспечивать «экстренное медицинское обслуживание и необходимое лечение больных». В пункте 4 предусмотрена возможность посещения центров содержания под стражей национальными, международными и неправительственными компетентными организациями и органами, в зависимости от случая, при получении соответствующего разрешения; пункт 5 наделяет содержащихся под стражей иностранцев правом «систематически получать информацию о режиме содержания и их правах и обязанностях».

41. В отношении содержания под стражей несовершеннолетних и семей в статье 17 предусматривается, что оно производится «лишь в качестве крайней меры и на максимально короткий срок». В статье далее излагаются различные права и другие меры защиты этой категории лиц: право на содержание в отдельном месте, которое гарантирует им необходимое уединение; возможность для несовершеннолетних проводить досуг; поселение по мере возможности в учреждение, располагающие соответствующим персоналом и объектами; и наконец, «высшие интересы ребенка являются одним из главных соображений при содержании под стражей несовершеннолетних до их выдворения» (статья 17(5)).

42. Соображения, отраженные в статьях 15, 16 и 17 Директивы о возвращении 2008 года были проанализированы Специальным докладчиком в его шестом докладе⁶¹. При этом следует признать, что применительно к этим вопросам в вышеуказанной Директиве содержатся весьма прогрессивные положения, намного опережающие нормы, существующие в других регионах мира. Хотя речь идет о праве, действующем в 27 государствах, было бы сложно сформулировать на его основе универсальные нормы, тем более, что некоторые государства⁶² без колебаний упрекают Специального докладчика в том, что он занимается кодификацией права Европейского союза или даже практики наблюдательных договорных органов по правам человека. По крайней мере следует отметить, что содержащиеся в этих положениях основные нормы в целом приме-

⁶¹ A/CN.4/625, пункты 211–276, и проект статьи В.

⁶² См., в частности, заявление Соединенных Штатов Америки в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на ее шестьдесят четвертой сессии (A/C.6/64/SR.21, пункт 97).

няются в практике большинства государств и к тому же носят универсальный характер, поскольку отражены, в частности, в резолюции 43/173 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1988 года, которую Специальный докладчик особо отметил в пункте 245 своего вышеуказанного шестого доклада. Обсуждения в Комиссии международного права показали, что мнения разделились, например, по поводу условий, предусмотренных в статье 15 относительно содержания под стражей иностранца, который подлежит высылке.

43. Заслуживает внимания и вопрос терминологии. В Директиве относительно возвращения говорится о “*rétention*”, тогда как Специальный докладчик, а за ним и Комиссия употребляют термин “*détention*”. Можно было бы заимствовать терминологию Директивы, но, честно говоря, такой выбор не представляется необходимым. Во-первых, термин “*détention*” является всеобъемлющим. В этом смысле вышеуказанная резолюция 43/173 имеет показательное название: «Защита всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме». Далее, постольку поскольку в статье 15(2) Директивы установлено, что «вопрос о содержании под стражей решают административные или судебные органы», не представляется уместным проводить разграничение между случаями содержания под стражей, решение о которых принимают одни и те же административные или судебные органы, пусть даже за разные по характеру правонарушения, но которые порождают одинаковые последствия в плане лишения свободы.

44. Вместе с тем целесообразно воспользоваться вышеуказанной статьей 15(2) для внесения изменений в проект статьи В (3)(b)⁶³, которая гласит, что «решение о продлении срока содержания под стражей может быть вынесено только судебным органом или лицом, уполномоченным осуществлять судебные функции». Это заимствованное из практики положение лишает административные органы возможности продлевать срок содержания под стражей, даже при том, что они правомочны принимать решение о взятии под стражу. Такой подход не только нелогичен, но может создать практические трудности для государств, поскольку, как известно, в ряде экстренных случаев ситуация не позволяет дожидаться окончания судебной процедуры, которая, как правило, в этом случае протекает медленнее, чем административная процедура.

45. Что касается возможного права незаконно высланного иностранца на возвращение в высылающее государство, то в Директиве относительно возвращения прямо этот вопрос не рассматривается. Статья 11(1) этой Директивы, касающаяся запрета на въезд, позволяет сделать вывод о том, что в возвращении в высылающее государство в отдельных случаях может быть отказано. Например, когда в решениях о высылке содержится запрет на въезд, если не было установлено срока для добровольного отъезда или если обязательство вернуться не было выполнено. В то же время государствам-членам разрешается не устанавливать запретов на въезд по гуманитарным соображениям, включая случаи, когда речь идет о жертвах торговли людьми, а также в случае лиц, просящих убежище, или лиц, которые нуждаются в международной защите.

⁶³ См. сноску 61 выше.

46. Следует отметить также, что в статье 13 Директивы предусмотрено право обжаловать решение о высылке, в том числе в случаях, когда установлен запрет на въезд. Последствия удовлетворения апелляции должны определяться апелляционным органом в каждом случае в отдельности. В общей сложности в праве Европейского союза не существует конкретной нормы, непосредственно касающейся возвращения иностранца в высылающее государство.

47. Эта констатация в отношении общей практики 27 европейских государств укрепляет Специального докладчика в мысли о том, что в этой области не существует ни общего правила, ни единой практики и что правило, сформулированное в проекте статьи П1, содержащейся в добавлении 2 к его шестому докладу⁶⁴, в полной мере представляет собой прогрессивное развитие международного права. Его актуальность заключается в том, что это правило *a contrario*, правило логичное, в целом сформулированное как необходимое юридическое следствие нарушения нормы международного права.

48. Что касается характера отношений между высылающим государством и государством транзита, то в Директивах Европейского союза этот вопрос прямо не затрагивается. Вместе с тем он отражен в ряде соглашений о реадмиссии, заключенных между Европейским союзом и государствами, не являющимися членами Союза. Между тем речь идет об области двустороннего сотрудничества, где государства свободно по своему усмотрению согласовывают те правила, которые они намерены применять в своих двусторонних отношениях, при условии, что эти правила не нарушают объективных норм международного права или обязательств *erga omnes*. По этой причине Специальный докладчик полагает, что следует ограничиться в этой области тем, что уже имеется в рамках общего международного права, что и сделано в проекте статьи F1, предложенном в добавлении 2 к шестому докладу⁶⁵, который к тому же был изменен в ходе обсуждения на пленарных заседаниях Комиссии международного права указанного доклада⁶⁶.

IV. Заключительные замечания Специального докладчика

49. Заключительные замечания сначала включают ремарку по поводу комментариев государств относительно некоторых конкретных проектов статей. Затем они касаются последовательно некоторых аспектов методологии работы, использованной Специальным докладчиком, и продолжения работы по теме «Высылка иностранцев» в Комиссии международного права и судьбы окончательного результата работы Комиссии международного права по этой теме.

A. Конкретные комментарии по различным проектам статей

50. Специальный докладчик признателен за комментарии и предложения, сформулированные государствами в отношении конкретных проектов статей. Как было указано выше, он полагает, что Комиссия международного права могла бы положительно воспринять некоторые предложения при окончательной доработке проектов статей в первом чтении. Он попытается в соответствующих случаях сформулировать предложения на этот счет.

⁶⁴ A/CN.4/625/Add.2, пункт 160.

⁶⁵ Там же, пункты 117 и 118.

⁶⁶ A/66/10, пункт 219, сноска 534.

В. Конкретные комментарии по ряду методологических вопросов

51. Некоторые государства иногда противоречиво выражались относительно того, каким образом Специальный докладчик разрабатывал проекты статей. Так, Соединенные Штаты Америки упрекнули его в том, что он кодифицирует судебную практику региональных правозащитных органов, например Европейского суда по правам человека, а также практику органов по наблюдению за осуществлением основных международных конвенций в области прав человека⁶⁷. Напротив, Европейский союз упрекал его в том, что он игнорирует его право или недостаточно его учитывает⁶⁸. А Германия⁶⁹ упрекнула его в том, что он использует слишком старые источники.

52. Специальный докладчик, не собираясь здесь вновь воспроизводить подробно ответ, который он дал на этот счет в ходе обсуждения в Шестом комитете в ноябре 2011 года⁷⁰, ограничится напоминанием о весьма сильном выступлении одного из членов⁷¹ Комиссии международного права по этому вопросу в ходе обсуждения на пленарном заседании добавления 2 к шестому докладу о высылке иностранцев. Этот член Комиссии дал положительную оценку усилиям Специального докладчика по сбору самых разнообразных источников со всех регионов мира и тому, каким образом он их использовал, сравнивая их и разворачивая историческую перспективу. Об этом свидетельствуют различные доклады о высылке иностранцев. Вполне возможно, что применительно к какой-то стране представление определенных событий создало ложное впечатление того, что анализ сконцентрирован на прошлом. Это следовало бы рассматривать лишь как усилия Специального докладчика максимально использовать имеющийся исторический опыт для нахождения более прочной базы для предложений по проектам статей, не вынося при этом никаких суждений ни по поводу самих фактов, ни по поводу обстоятельств, в которых они имели место. Специальный докладчик ни в коем случае не намеревался обидеть какое-либо государство или вынести суждение по поводу событий в его истории или современной практике.

53. В том же духе он представил в своем седьмом докладе⁷² новую редакцию Конституции Швейцарии относительно высылки иностранных преступников, принятую народом и кантонами Швейцарии в ноябре 2010 года, при этом было принято к сведению, что правительство Швейцарии сможет ее скорректировать с учетом передовой практики, когда она будет передаваться на законодательный уровень. И именно в этом духе в том же седьмом докладе⁷³ был представлен проект французского закона 2011 года, который касается, как известно, иммиграции, интеграции и гражданства, но затрагивает, хотя бы косвенно, высылку иностранцев, поскольку в нем предусмотрено лишение гражданства после высылки. Специальный докладчик принимает к сведению то обстоятельство

⁶⁷ См., в частности их выступление в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на шестьдесят четвертой сессии (A/C.6/64/SR.21, пункт 97).

⁶⁸ A/C.6/66/SR.21, пункт 45.

⁶⁹ A/C.6/66/SR.23, пункт 26.

⁷⁰ A/C.6/66/SR.25, пункты 46–54.

⁷¹ A/CN.4/SR.3093 (выступление г-на Васьянни).

⁷² A/CN.4/642, пункты 7–9.

⁷³ Там же, пункты 10–19.

во, что аспекты этого проекта закона, которые привлекли внимание в связи с вопросом о высылке иностранцев, в окончательной редакции, принятой французским парламентом, были исключены.

54. И наконец, в ходе рассмотрения темы «Высылка иностранцев» в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи обнаружился разрыв между уровнем работы, проделанной по этой теме в Комиссии международного права, и информацией, содержащейся в докладах, которые были представлены государствам в Шестом комитете на основе первоначальных докладов Специального докладчика. По сути, работа в Комиссии международного права в области высылки иностранцев всегда опережала доклады, представляемые Генеральной Ассамблее по этой теме. Проекты статей, которые обсуждались на пленарных заседаниях Комиссии международного права, а затем направлялись в Редакционный комитет и рассматривались им зачастую после получения новых предложений редакционного характера Специального докладчика, не доводились тотчас до сведения Шестого комитета. Причина заключалась в том, что Редакционный комитет отложил принятие решения по некоторым первоначальным проектам статей, которые касались, в частности, сферы применения проектов статей и ряда ключевых определений, до рассмотрения остальных проектов статей. В результате этого возник разрыв между реальным состоянием работы по этой теме в Комиссии международного права и материалами, представленными государствам в Шестом комитете, в результате чего диалог между двумя органами оказался несколько затруднен, поскольку они обладали не совсем одинаковым объемом информации о состоянии указанной работы. Следует надеяться, что представление всего комплекса проектов статей, принятых Комиссией международного права, а также комментариев к ним положит конец такой ситуации.

С. Конкретные комментарии по поводу формы окончательного результата работы Комиссии международного права по этой теме

55. Несколько государств заявили, что тема «Высылка иностранцев» не готова для кодификации⁷⁴ или что конечный результат работы Комиссии по этому вопросу в лучшем случае должен иметь форму «основополагающих принципов, норм и руководящих указаний принципов»⁷⁵ или «руководящих принципов», а не «проектов статей»⁷⁶. Некоторые государства выразили аналогичное мнение в ходе обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи⁷⁷. Сходные мнения были высказаны и в самой Комиссии международного права⁷⁸. То есть эта тема неизбежна.

⁷⁴ См., в частности, позицию Соединенного Королевства (A/C.6/66/SR.23, пункт 46). См. также позицию стран Северной Европы, изложенную Финляндией (A/C.6/66/SR.21, пункт 59).

⁷⁵ Греция (A/C.6/66/SR.24, пункт 16).

⁷⁶ Таиланд (там же, пункт 88).

⁷⁷ См., в частности позиции, изложенные Венгрией (A/C.6/66/SR.13, пункт 9), Израилем (A/C.6/60/SR.16, пункт 58), Португалией (A/C.6/60/SR.12, пункт 38; A/C.6/62/SR.19, пункт 85); Соединенным Королевством (A/C.6/62/SR.19, пункты 45 и 46; A/C.6/63/SR.21, пункт 25; A/C.6/64/SR.17, пункт 111) и Словенией (A/C.6/64/SR.21, пункт 65). См. также позицию, изложенную от имени стран Северной Европы Швецией (A/C.6/62/SR.19, пункт 50) и Данией (A/C.6/63/SR.20, пункт 2).

⁷⁸ См., в частности, A/66/10, пункты 229–233.

56. Специальный докладчик ограничится здесь лишь кратким напоминанием ответов, которые он давал на этот вопрос как в Комиссии международного права на ее шестьдесят третьей сессии⁷⁹, так и в ноябре 2011 года в ходе обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи⁸⁰. Помимо темы «Ответственность государств за международно-противоправные деяния» и в какой-то степени темы «Дипломатическая защита», работа по кодификации которых к тому же обильно подпитывалась международной судебной практикой в области высылки иностранцев, никакая другая тема, находящаяся в повестке дня Комиссии в течение трех пятилетних периодов, не имела столь богатой и обширной базы для кодификации, как высылка иностранцев: значительный объем международно-правовых документов, самой разнообразной международной судебной практики, изобилие представленного национального законодательства, судебной практики и доктрины. Целый ряд тем, рассматривавшихся Комиссией и завершившихся принятием проектов статей, а не руководящих указаний, руководящих положений или принципов, не имели под собой столь богатого правового материала.

57. Было бы, безусловно, преждевременно решать вопрос о судьбе окончательного результата работы Комиссии международного права по вопросу о высылке иностранцев. Однако постольку поскольку этот вопрос вызывает озабоченность некоторых государств, Специальный докладчик надеется, что смог донести уверенность в том, что после завершения разработки проекты статей с комментариями еще более явно, чем сегодня, продемонстрируют согласованность и солидность проделанной работы и позволят, безусловно, снять некоторые колебания в этом вопросе. Вследствие этого он хотел бы, чтобы Комиссия в свое время направила результат своей работы Генеральной Ассамблее в форме проектов статей, с тем чтобы Ассамблея могла с полным знанием дела принять решение о его окончательной форме.

⁷⁹ Там же, пункт 258.

⁸⁰ A/C.6/66/SR.25, пункты 46–54.